



Revista Științifică a Studenților în Drept

Facultatea de Drept, Universitatea din București

2023

Facultatea de Drept, Universitatea din București

Sesiunea de Comunicări Științifice a Studenților și Masteranzilor

Ediția a XIV-a

30 – 31 martie 2023

COLEGIUL ȘTIINȚIFIC

Juriu Secțiunea de Drept Privat

prof. dr. Adriana ALMĂȘAN, prof. dr. Radu RIZOIU, conf. dr. Doru TRĂILĂ

Juriu Secțiunea de Drept Penal

conf. dr. Cristian MITRACHE, conf. dr. Andrei ZARAFIU, lector dr. Raluca MOCANU

Juriu Secțiunea de Drept Public

prof. dr. Simona-Nely GHERGHINA, conf. dr. Alexandru CIOBANU, lector dr. Carmen ACHIMESCU

directorul ediției a XIV-a

lector dr. Oana Mihaela SALOMIA

fondatorul Sesiunii de Comunicări Științifice a Studenților și Masteranzilor

prof. dr. Adriana ALMĂȘAN

redactor

Ioana VÂRSTA

Grafică & DTP

MINID
COMMUNICATION

Cuprins

Secțiunea Drept Privat	6
<u>Stiu unde stau, dar stau unde știu? – Noțiunea de reședință obișnuită în dreptul succesoral (inter)național – între situație de fapt și realitate (juridică)</u>	
Nicol-Maria IORDACHE (Master Drept privat)	7
<u>Moștenirea digitală. Considerații asupra cheii ce deschide cutia Pandorei</u>	
Iulia-Maria STANCA (anul IV, grupa 404, IF)	22
<u>Ațiunea în contrafacere. Început, parcurs și finalitate din perspectiva Legii 84/1998 privind mărcile și indicațiile geografice și a Regulamentului (UE) 2017/1001 privind marca Uniunii Europene</u>	
Marius-Andrei ȚONE (anul III, grupa 306, ID)	34
<u>Legea aplicabilă clauzei compromisorii – lex loci arbitri sau lex contractus? Cour de cassation de France versus United Kingdom Supreme Court</u>	
George DOMOCOȘ (anul IV, grupa 411, IF)	49
<u>Perioada de probă – evoluția reglementării și (ne)protejarea intereselor salariaților cu handicap</u>	
Oana-Denisa VÂLCELARU (anul IV, grupa 415, IF)	66
<u>Digital Markets Act - o reglementare care atacă mori de vânt. Oportunitatea unei reglementări ex ante în domeniul digital european; posibile scenarii și externalități juridice neprevăzute</u>	
Filip UNGUREANU (Master Dreptul Afacerilor) PREMIUL III	83
<u>Câteva reflecții asupra principiului non reformatio in pejus</u>	
Daria-Ioana GEORGESCU (Master Carieră Judiciară)	99

Știm ce vrem, dar cum cerem? Implicații (procedurale) ale acțiunilor privind monedele virtuale

Rareș PETRESCU (anul IV, grupa 410, IF)	PREMIUL I	113
---	------------------	-----

Răspunderea locatarului pentru neplata ratelor de leasing, în contextul noilor reglementări

Cristina-Florentina PÎRVU (anul III, grupa 316, IF)		
Cătălina-Mihaela COMAN (anul III, grupa 316, IF)		132

Simulația - diferite forme de manifestare

Ionuț-Daniel VÎLCEANU (Anul IV, grupa 418, IF)		145
--	--	-----

Reglementarea doctrinei piercing the corporate veil în dreptul român. Perspective practice

Andreea MITROI (anul IV, grupa 401, IF)	PREMIUL II	
Luka PEROVIĆ (anul IV, grupa 412, IF)	PREMIUL II	161

Efectele marketingului asupra consimțământului

Maria COPILĂU (anul IV, grupa 418, IF)		
Ariana-Cristina SULIMAN (anul III, grupa 304, IF)		179

Secțiunea Drept Penal 196**Furtul săvârșit de către o persoană travestită – transsexuală**

Vlad BĂRBULESCU (anul III, grupa 302, IF)	PREMIUL II	197
---	-------------------	-----

Accesul ilegal la un sistem informatic: delimitarea infracțiunii în cadrul unor ipoteze particulare privind instrumentele de plată electronice

Diana ALBU (anul III, grupa 303, IF)		
Antonio SANDA (anul III, grupa 312, IF)		213

Criterii de diferențiere a formelor și modalităților de vinovăție în cazul decesului victimei în urma încălcării regulilor de siguranță a circulației pe drumurile publice de către conducătorul unui autovehicul

George-Eduard CĂLIN (anul II, grupa 214, IF) 230

Dreptul la viață antepartum, între incriminare și pedepsire pe cale jurisprudentială. O perspectivă comparativă

Bianca-Elena BĂNĂȚEANU (anul III, grupa 304, IF) PREMIUL III

Anda-Andreea ZAMFIR (anul III, grupa 306, IF) PREMIUL III 244

Despre noile posibile dimensiuni ale raportului dintre hotărârile definitive penale și cele civile

Ioan-Nicolae SĂCRIERU (anul III, grupa 309, IF) PREMIUL I 261

Secțiunea Drept Public 277

Regimul juridic al taxelor parafiscale – o eventuală reglementare în legislația fiscală românească (între deziderat și necesitate)

Tudor SANDU (anul III, grupa 318, IF) 278

Analiza evolutivă a consacrării egalității de gen în politicile și acțiunile Uniunii Europene

Rebeca-Andreea PESTRIȚU (anul III, grupa 318, IF) PREMIUL III 295

Între compromis și compromitere. Regimul efectelor produse de ordonanțele de urgență conform articolului 115, alineatul (8) din Constituție sub imperiul principiului neretroactivității

Ilinca LEȘOVȘCHI (anul II, grupa 205, IF) PREMIUL II

Adela-Lorena VIMAN (anul II, grupa 205, IF) PREMIUL II 310

Principiul autodeterminării în contextul spațiului cibernetic

Ioana-Anonda SIMION (anul III, grupa 318, IF) PREMIUL I

Simona-Irina UNGUREANU (anul III, grupa 315, IF) PREMIUL I 325

Secțiunea Drept Privat

Știu unde stau, dar stau unde știu? Noțiunea de reședință obișnuită în dreptul succesoral (inter)național – între situație de fapt și realitate (juridică)

I know where I stand, but do I stand where I know? The notion of habitual residence in (inter)national succession law – between factual situation and (legal) reality

Je sais où je me tiens, mais est-ce que je me tiens là où je sais? La notion de résidence habituelle en droit (inter)national des successions – entre situation de fait et réalité (juridique)

Nicol-Maria IORDACHE – Master Drept Privat

coordonator: prof. dr. Camelia TOADER

Rezumat: În cadrul acestui studiu am optat pentru analiza situației fenomenului emigrării, ce tinde să capete astăzi valențe uriașe în context internațional, realizând totodată corelația cu diverse evenimente ce sunt iminente, precum decesul respectivilor cetățeni.

Astfel fiind, analiza noțiunii de „**reședință obișnuită**” prin raportare atât la regulile existente în cadrul Regulamentului (UE) nr. 650/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 4 iulie 2012 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și acceptarea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni și privind crearea unui certificat european de moștenitor (denumit în continuare Regulamentul), cât mai ales la modul în care acest concept a fost preluat și integrat în jurisprudența (inter)națională, a devenit imperioasă pentru deslușirea multiplelor sensuri pe care le poate îmbrăca.

Cuvinte-cheie: reședință obișnuită, succesiune, situație de fapt, context transfrontalier, determinarea legii aplicabile, Regulamentul 650/2012, drept internațional privat.

Abstract: In this study, we opted for the analysis of the situation of emigration, a phenomenon that tends to take on huge importance in the international context today, realizing, at the same time, its correlation with various events that are imminent, such as the death of those citizens.

Thus, the analysis of the notion of "**habitual residence**" by referring both to the existing rules under *Regulation (EU) no. 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, the recognition and enforcement of court decisions and the acceptance and enforcement of authentic documents in matters of inheritance and on the creation of a European certificate of heirship* (hereinafter referred to as the Regulation), as especially to the way in which this concept was taken over and integrated into (inter)national jurisprudence, became imperative for the understanding of the multiple meanings it can take on.

Keywords: habitual residence, succession, factual situation, cross-border context, determination of the applicable law, Regulation 650/2012, private international law.

Résumé: Dans cette étude, nous avons opté pour l'analyse de la situation du phénomène de l'émigration, qui tend à prendre aujourd'hui une grande importance dans le contexte international, tout en réalisant la corrélation avec divers événements imminents, tels que la mort des citoyens respectifs.

Ainsi, l'analyse de la notion de "**résidence habituelle**" en se référant à la fois aux règles existantes en vertu du *Règlement (UE) no. 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relative à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice ainsi que l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de succession et à la création d'un certificat européen d'hérédité* (ci-après dénommé le Règlement), car notamment dans la manière dont cette notion a été reprise et intégrée dans la jurisprudence (inter)nationale, est devenue impérative pour discerner les multiples sens qu'elle peut revêtir.

Mots-clé: résidence habituelle, succession, situation de fait, contexte transfrontalier, détermination de la loi applicable, Règlement 650/2012, droit international privé.

1. Introducere

Dreptul succesoral a reprezentat întotdeauna un punct acut de interes, având în vedere faptul că la baza lui stă probabil unicul fenomen cu un puternic caracter inevitabil din viața oricărei persoane – moartea, dovada în sensul menționat stând chiar în reglementarea pe care acesta a primit-o încă din dreptul roman, ce îngloba trei sisteme importante – succesiunea ab intestat (legală – forma cea mai veche, a se vedea în acest sens Legea celor XII Table), succesiunea testamentară și succesiunea deferită contra testamentului.

Fără a dezvolta noțiunile expuse anterior, scopul studiului centrându-se în jurul analizei altora, reușim să ajungem în secolul XXI, cel în care trăim, ne desfășurăm activitățile zilnice și pe care, deopotrivă, trebuie să-l deslușim, pentru a fi capabili să-i înțelegem mecanismele.

Necesitatea adoptării unui instrument (la nivelul Uniunii Europene) care să reușească să faciliteze interpretarea și rezolvarea raporturilor din sfera succesorală, ce dobândesc, prin corelarea cu diversele elemente avute în vedere (defunctul a locuit într-un alt stat decât cel de origine, moștenitorii săi se regăsesc în această situație, masa succesorală conține bunuri aflate în multiple state) un caracter internațional, devenise o reală preocupare, concretizându-se într-un final prin prisma actului ce ulterior a fost denumit *Regulamentul (UE) nr. 650/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 4 iulie 2012 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și acceptarea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni și privind crearea unui certificat european de moștenitor*.

Dobândind un rol atât de important în tranșarea (tuturor) problemelor cu caracter eventual sau actual ce se pot ivi la momentul decesului persoanei vizate (fiind aplicabil succesiunilor deschise **la sau după data de 17 august 2015**), având ca principale scopuri atât armonizarea diverselor legislații existente pe teritoriul european, cât și evitarea unor soluții multiple și contrare, am hotărât ca în continuarea studiului să abordăm într-un mod succint principalele reglementări și noutăți aduse de Regulament, acum, la mai bine de zece ani de la momentul adoptării lui și să stabilim, în concret, dacă el poate fi considerat pe alocuri „**revoluționar**”, pe alocuri „**necopt**”, precum s-a menționat anterior în doctrină (a se vedea în acest sens articolul „*Regulamentul 650/2012: Revoluția succesiunilor?*”¹) sau dacă, precum se menționa într-un alt studiu, a reușit să „...deschidă o **nouă** etapă în elaborarea dreptului internațional privat european...”².

1 Ioan-Luca Vlad, *Regulamentul 650/2012: Revoluția succesiunilor?*, 2015, disponibil la adresa [<https://www.juridice.ro/395852/regulamentul-6502012-revolutia-succesiunilor.html>].

2 Camelia Toader, *Primele aplicații în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene ale Regulamentului nr. 650/2012 privind succesiunile europene, cu elemente de drept succesoral comparat*, Revista Română de Drept

Pentru a facilita înțelegerea principalelor motive ce au creat anumite practici neunitare în jurisprudența națională, ne vom concentra asupra anumitor aspecte particulare, vizată fiind în special interpretarea noțiunii de „*reședință obișnuită*”.

2. Noțiunea de reședință obișnuită – mit sau adevăr?

În cadrul Regulamentului, noțiunea de „*reședință obișnuită*” apare menționată de treisprezece ori în cadrul celor 84 de articole ce-l compun. Interesantă situație am putea afirma, în condițiile în care capitolul consacrat definițiilor nu conferă sintagmei specificate o explicație unitară (cel puțin nu una la nivel european). Putem spune, astfel, că, spre a nu îngreuna în vreo modalitate situația statelor-membre, legiuitorul a ales să privească acest concept ca fiind unul strâns legat de realitatea obiectivă, depășind astfel sfera pur teoretică, juridică.

De asemenea, faptul că s-a renunțat la formalul principiu în care elementele prevalente se regăseau în jurul conceptelor de „cetățenie” sau „domiciliu” reliefează ideea conform căreia spațiul european a dorit o abordare mult mai tangibilă, una care să se ralieze pe deplin standardelor impuse de societatea (dinamică) în care ne desfășurăm existențele, detașându-se încet de zona pur administrativă (în ciuda argumentului conform căruia determinarea cetățeniei unei persoane presupune o analiză mult mai facilă din punct de vedere probatoriu – articolul 2569 din Noul Cod Civil statuând în acest sens că stabilirea aspectului menționat se face având în vedere regulile statului a cărei cetățenie se invocă – pentru rezolvarea actuală a unei spețe cu elemente internaționale, în strânsă legătură, însă, cu Noul Cod Civil, a se vedea **Decizia 1730 din 4 octombrie 2022** - I.C.C.J., Secția I Civilă³).

Într-adevăr, „omisiunea” pe care o vom analiza în continuare a adus numeroase beneficii, precum vom observa, însă, lejeritatea cu care anumite instanțe naționale aleg să interpreteze conceptul avut în vedere, raportându-se nu la un cumul de factori, ci la un singur element – spre exemplu la timpul petrecut de către defunct pe un anumit teritoriu, atrage după sine multiple probleme care ajung să se concretizeze în hotărâri eronate, ce trebuie, la rândul lor, evidențiate, spre a fi ulterior remediate sau, în toate cazurile, evitate.

European(Comunitar)”, numărul 1 din data de 31 martie 2018, articol existent la adresa [<https://sintact.ro/#/publication/151012571?keyword=camelia%20toader&cm=SREST>], accesat la data de 01.12.2022.

³ Decizia 1730 din 4 octombrie 2022 - I.C.C.J., Secția I civilă, disponibilă la adresa [<https://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=194799#highlight=###>], accesată la data de 20.12.2022.

Ideea ce subliniază necesitatea interpretării elementelor ce țin de existența *de cuius*-ului într-un mod plenar, fără a exista limitări doar la nivelul anumitor aspecte, precum aminteam anterior, a fost relevată și în cauza soluționată de către Curtea Europeană de Justiție (în continuare CJUE – articolul 267 din Tratatul pentru Funcționarea Uniunii Europene calificând-o drept singura autoritate care este capabilă să ofere interpretări cu caracter obligatoriu ale actelor normative aparținând Uniunii Europene⁴) – **C-80/2019 E.E.**, având ca obiect o cerere de decizie preliminară, care statuează în sensul că „autoritatea care se ocupă de succesiune ar trebui să efectueze o evaluare **de ansamblu** a circumstanțelor vieții defunctului în cursul anilor anteriori decesului său și la momentul decesului, luând în considerare toate elementele de fapt relevante, în special durata și regularitatea prezenței defunctului în statul vizat, precum și condițiile și motivele acestei prezențe...”⁵ (considerentul 23 – cadrul juridic).

Printre factorii decisivi, ce trebuie avuți în vedere, luând în considerare mai ales imposibilitatea ca o persoană să-și stabilească în mod unilateral, la un moment anterior decesului, locul ce va determina reședința sa obișnuită, se numără, precum s-a evidențiat în doctrină – prezența fizică, condițiile de viață, motivele ce stau la baza șederii pe un anumit teritoriu, integrarea persoanei în activitățile socio-culturale, relațiile familiale desfășurate în mod normal în respectivul climat, cunoașterea limbii statului etc. .

Astfel fiind, instanțele naționale au un rol decisiv în stabilirea corectă a conceptului de reședință obișnuită, fiind chemate să dezvolte un rol **activ**, implicându-se în interpretarea diferită în funcție de situația concretă dedusă judecății. O problemă interesantă a fost ridicată vizavi de caracterul unitar ce diferențiază, în principal, noțiunea mai sus amintită de aceea de domiciliu.

Poate o persoană să aibă două sau mai multe reședințe obișnuite (a se vedea opiniile existente în dreptul roman – în funcție de anumite particularități, se putea presupune că în cadrul aceleiași cetățean se regăsesc două domiciliu)?

Răspunsurile oferite în mod constant de către CJUE prin soluționarea diverselor cauze ce i-au fost deferite (inclusiv în cazul dosarelor ce fac referire la anumite aspecte matrimoniale – a se vedea **Cauza C-289/20 - IB** – unde Curtea a declarat faptul că „un soț care își împarte viața între două state

4 Tratatul pentru Funcționarea Uniunii Europene, articolul 267, disponibil la adresa [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0001.02/DOC_2&format=PDF], accesat la data de 22.12.2022.

5 C-80/2019 E.E., disponibilă la adresa [<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=228675&mode=lst&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=RO&cid=209608>], accesată la data de 09.11.2022.

membre nu poate avea reședința obișnuită decât în unul dintre aceste state membre...”⁶ – considerentul 51) a fost în sens negativ, iar ulterior vom analiza și de ce ar fi imposibil să susținem contrariul.

O precizare importantă stabilită la nivelul CJUE, cuprinsă în considerentul 25 din Preambulul Regulamentului și redată în cadrul mai multor motivări realizate la nivel național (exemplu – **Sentința 10609/2020**, 25 noiembrie 2020, Judecătoria Iași, Secția Civilă⁷) statuează în sensul că „...autoritatea care se ocupă de succesiune poate, în cazuri **excepționale** când, de exemplu, defunctul s-a mutat în statul reședinței sale obișnuite destul de recent înainte de deces, iar **toate** circumstanțele cazului indică faptul că acesta avea în mod evident o legătură mai strânsă cu un alt stat, să ajungă la concluzia că legea aplicabilă succesiunii nu ar trebui să fie legea statului în care defunctul își avea reședința obișnuită, ci mai degrabă legea statului cu care defunctul avea în mod evident o legătură mai strânsă. **Totuși**, nu ar trebui să se recurgă la utilizarea legăturii celei mai strânse în mod evident drept factor de legătură subsidiar ori de câte ori se dovedește complicată stabilirea reședinței obișnuite a defunctului în momentul decesului...”.

Interpretând respectivele dispoziții, considerăm că principala idee, ce trebuie indubitabil asumată de către autoritățile ce sunt implicate în soluționarea diverselor dosare ce se referă la succesiunile cu caracter internațional, constă în aceea conform căreia indiferent de cât de anevoios s-ar dovedi procesul de stabilire a realei reședințe obișnuite, acesta trebuie în toate cazurile parcurs, doar ca **excepție (iar nu în subsidiar)** acceptându-se apelarea la criteriul relevant de legătura cea mai strânsă pe care defunctul a realizat-o cu un alt stat (a se avea în vedere în acest sens și principiul **unității moștenirii** ce instituie în mod expres cazurile de excepție).

În doctrină s-a pus și problema situației “...unui deputat sau consul decedat în țara unde era în funcție deja de mai mulți ani...”, stabilindu-se că în ciuda aspectului conform căruia „...reședința obișnuită pare să fie cea din țara unde a decedat, se va aplica legea statului care l-a trimis, putându-se crede în mod rezonabil că respectivul a păstrat legături mai strânse cu acest stat...”⁸.

6 C-289/20 – IB, disponibilă la adresa

[<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=250046&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=RO&cid=26417>], accesată la data de 22.12.2022.

7 Sentința 10609/2020, 25 noiembrie 2020, Judecătoria Iași, Secția Civilă, disponibilă la adresa [<https://sintact.ro/#/jurisprudence/534749584/1/sentinta-nr-10609-2020-din-25-nov-2020-judecatoria-iasi-succesiune-civil?keyword=Hot%C4%83r%C3%A2rea%2010609~2F2020,%20Judec%C4%83toria%20la%C8%99i,%20Sec%C8%9Bia%20Civil%C4%83&cm=SFIRST>], accesată la data de 22.12.2022.

8 Conf. Univ. Dr. Dan Andrei Popescu, *Ghid de drept internațional privat în materia succesiunilor*, Editura Magic Print Onești, 2014, pagina 82, disponibil la adresa [https://www.uniuneanotarilor.ro/files/2015/Ghid_dr_intl_al_succesiunilor_RO.pdf], accesat la data de 16.11.2022.

Însă, având în vedere totalitatea elementelor analizate anterior, este corectă oare această calificare ce pare să aibă un caracter absolut? Se va aplica legea statului pe care-l reprezintă chiar în toate situațiile?

Consider că soluția nu doar că este una discutabilă, în esență, dar ea dobândește chiar un caracter periculos, având în vedere că efectele produse în respectiva ipoteză propusă pot să fie unele mult diferite de cele imaginate de „legiuitorul” european la momentul adoptării Regulamentului.

A determina legea aplicabilă unei întregi succesiuni în mod abstract, fără a avea în vedere conglomeratul elementelor faptice din viața *de cuius-ului*, fără a ne raporta la realitatea obiectivă în care acesta își desfășura existența, considerând că în 100% dintre cazuri respectivul diplomat a păstrat o legătură mai profundă cu țara de origine, relevă o interpretare non-juridică și lipsește de conținut întreaga reglementare a instituției reședinței obișnuite.

Ce se întâmplă, spre exemplu, în situația în care acel consul sau deputat și-a mutat și întreaga familie în țara unde a fost trimis, poate și-a achiziționat chiar o locuință, integrându-se destul de rapid în noua configurație a propriei vieți?

Indubitabil, în această situație, nu vom putea afirma faptul că reședința obișnuită a acestuia a rămas pe teritoriul țării de unde a plecat, ceea ce infirmă ipoteza absolută menționată anterior.

Relevantă în acest sens este și **Cauza C-501/20 MPA împotriva LCDNMT** care, deși are în vedere o speță referitoare la divorț, stabilește în mod clar și concludent, prin punctul 31, faptul că „...statutul de agenți contractuali ai Uniunii Europene al soților într-un stat terț nu constituie un element important pentru stabilirea reședinței obișnuite a soților...”⁹, analiza trebuind să se concentreze în jurul legăturii dintre aspectele obiective și cele subiective – „...pentru ca **reședința** într-un anumit loc să fie considerată ca fiind „**obișnuită**”, aceasta trebuie să prezinte un element obiectiv (relevat prin prisma sintagmelor „stabilitate” sau „regularitate”) și un element subiectiv, caracterul intenționat (ceea ce în practică denumim simplu „voința părților”)...”¹⁰.

O abordare interesantă reiese din afirmațiile recurentei din litigiul principal, aceasta înțelegând să afirme că pe durata concediilor ori a sărbătorilor sau chiar în perioada necesară nașterii celor doi copii, reședința sa obișnuită s-a schimbat, fiind localizată în Spania. Desigur că instanța nu a înțeles

9 Cauza C-501/20 MPA împotriva LCDNMT, punctul 31, disponibilă la adresa

[<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=re%25C8%2599edin%25C8%259B%25C4%2583%2Bobi%25C8%2599nuit%25C4%2583%2Bsuccesiune&docid=254603&pageIndex=0&doclang=ro&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=27273#Footnote28>], accesată la data de 28.11.2022.

10 C-80/2019 E.E., disponibilă la adresa

[<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=228675&mode=lst&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=RO&cid=209608>], accesată la data de 09.11.2022.

să-și însușească respectivele susțineri, considerând că, prin raportare la totalitatea elementelor existente la dosarul cauzei, ele dobândesc un caracter eronat, desprins de realitate.

3. Jurisprudența națională – realitatea bate filmul?

În cadrul acestui capitol, am ales câteva spețe recente, ce abordează problema succesiunilor internaționale, soluționate de către instanțele din România, ce au menirea de a transpune conceptul european de „reședință obișnuită”, existent în cadrul Regulamentului 650/2012, în realitatea obiectivă pe care o trăim.

O primă ipoteză a fost tranșată prin intermediul *Deciziei Civile 87/2021* - 11 iunie 2021, Tribunalul București, Secția a IV-a Civilă.

În perioada 01.02.2017 – 01.10.2018, defunctul și soția sa au locuit într-un imobil închiriat într-o localitate din Germania, la sfârșitul anului 2018 mutându-se în casa proprietate personală, până la momentul decesului (30.10.2018). În plus, soții au încheiat contracte de muncă, au cumpărat un autoturism, obținând atât permisele de conducere emise de autoritățile germane, cât și cardurile de sănătate și codurile unice de înregistrare fiscală necesare.

Reclamantul-pârât susține, în contradictoriu, că defunctul nu avea reședința statornică în Germania, locuind într-un apartament din București și vizitându-și mama frecvent. Instanța, însă, înțelege să aducă în prim-plan ideea conform căreia în ciuda vizitelor dese pe care defunctul le făcea în România, „...acest fapt nu poate fi hotărâtor în a stabili că viața sa socială se desfășura în România, de vreme ce familia sa se afla în Germania și defunctul făcea eforturi să se integreze în societatea germană, urmând cursuri de limbă, obținând permis de conducere și încheind asigurări de sănătate în acest stat...”¹¹.

În procedura ulterioară, recurenții subliniază faptul că elemente precum locul de muncă din Germania sau plata cotralorii unei ipoteci nu situează în mod indubitabil reședința obișnuită a acestuia pe teritoriul Germaniei, ci facilitează doar construcția unei aparențe în acest sens (în condițiile în care, susțin aceștia, ar trebui ca perioada scurtă petrecută în afara țării să fie raportată la întreaga existență de până atunci, dusă pe teritoriul României).

Tribunalul dă dreptate primei instanțe, stabilind că în mod absolut corect aceasta a stabilit reședința obișnuită a defunctului pe teritoriul Germaniei, având în vedere aspecte de ordin profesional

11 Decizia Civilă 87/2021, Tribunalul București, Secția Civilă, disponibilă la adresa [http://www.rolii.ro/hotarari/6139697fe49009c8180000c9], accesată la data de 09.11.2022.

(activitatea profesională nu îi putea permite defunctului să se deplaseze constant în România și să rămână aici pe perioade mai lungi, întrucât trebuia să fie prezent pe teritoriul Germaniei pentru a lucra), dar și personal (în Germania se afla soția sa, avea loc de muncă și efectuase demersuri pentru a se stabili).

În legătură cu perioada considerată de recurenți ca fiind prea scurtă pentru ruperea legăturilor strânse cu România, instanța a subliniat faptul că ea trebuie analizată și interpretată prin prisma tuturor celorlalte aspecte relevante asupra intenției defunctului de a locui efectiv în Germania, durata de un an și opt luni fiind suficient de mare pentru a prezuma că în acest interval defunctul s-ar fi hotărât cu privire la stabilirea reședinței în Germania și ar fi întreprins demersuri în acest sens (contractarea unui credit ipotecar pentru cumpărarea unei locuințe, obținerea diverselor acte necesare etc.).

Foarte interesantă idee este reiterată în finalul deciziei, reliefându-se faptul că deținerea de către defunct a unor bunuri imobile în România „...nu afectează aspectele mai sus reținute, determinarea reședinței obișnuite presupunând a determina, în cele din urmă, unde se desfășura, în concret, viața de familie a defunctului...” .

Desigur că o interpretare restrictivă ne-ar conduce spre concluzia că instanța a stabilit o legătură unică de determinare a reședinței obișnuite în aspectul vieții de familie (necontestat fiind rolul acesteia în existența umană, precum se stipulează și în doctrină -„Dreptul succesiunilor nu poate fi privit "separat", dislocat de realitățile lumii în care trăim, desprins de evoluția din celelalte ramuri ale dreptului, mai ales de instituția familiei, pe care, în bună parte, o deservește și de care este atât de strâns legat...”¹²), ceea ce nu ar fi just, având în vedere că discutăm despre un ansamblu mult mai complex de factori ce concurează în stabilirea acesteia, însă reținem că soluția oferită per ansamblu este una corectă și bine justificată.

În sensul interpretării **globale** a elementelor ce țin de existența defunctului, s-a pronunțat clar Judecătoria Alexandria, prin **Sentința 1286 din 23 mai 2019**, considerând că următoarele elemente - durata și regularitatea șederii defunctului într-o anumită țară (în speță 22 ani în Spania, aspect ce nu a fost contestat de niciuna dintre părți), condițiile și motivele șederii defunctului într-o anumită țară (autorizație permanentă de a lucra pe teritoriul Spaniei), țara în care se află familia și viața socială a defunctului (ambii soți locuiau în Spania), țara în care se află bunurile defunctului (și în România, dar și în Spania), cetățenia defunctului (cetățean român, rezident permanent spaniol), în ansamblul lor,

12 Popescu Dan Andrei, *Dreptul european al moștenirilor sau cum să traversezi râul simțind pietrele. Dreptul succesoral între trauma tradiției și perspectiva modernității. Principiile Regulamentului European al succesiunilor*, Revista Română de Drept Privat, numărul 1 din data de 31 ianuarie 2014, disponibil la adresa [<https://sintact.ro/#/publication/151008937?keyword=sucesiune%20re%C8%99edin%C8%9B%C4%83%20obi%C8%99nuit%C4%83&cm=SREST>] , accesat la data de 09.11.2022.

duc la concluzia că respectivul defunct nu ar fi nutrit niciun gând de a se întoarce în România, având indubitabil reședința obișnuită stabilită pe teritoriul spaniol, „...punând bazele unei vieți sociale în Spania cu mult înaintea decesului și având o legătură mult mai strânsă cu Spania decât cu România...”¹³.

Nici mențiunea din Pașaportul mortuar autorizat de Ambasada României la Madrid, conform căreia ultimul domiciliu al defunctului se afla pe teritoriul românesc, respectiv în Alexandria, nu prezintă relevanță sub aspectul stabilirii competenței potrivit regulilor reședinței obișnuite, având în vedere totalitatea elementelor de fapt menționate anterior.

Într-o altă speță, s-a conchis în sensul că existența unor imobile pe teritoriul României, lipsită de alte manifestări care să conducă spre ideea existenței unei reședințe obișnuite faptice aici, nu este capabilă în mod izolat să schimbe aplicarea legii arabe, ce fusese stabilită anterior – „...faptul că o parte din bunurile sale se află pe teritoriul României nu schimbă această concluzie, întrucât imobilele nu au fost cumpărate în scopul de a-și stabili reședința în România, ci pentru a-și petrece vacanțele în România împreună cu copiii, astfel cum precizează și părțile...”¹⁴ – **Sentința 963 din 05 februarie 2018**, Judecătoria Sectorului 5, Secția Civilă.

Astfel fiind, analizând toate spețele soluționate de instanțele române, putem ajunge la o primă concluzie, stabilită și de către CJUE în **Cauza C-497/10 PPU** (22 decembrie 2010 – punctul 51), vizând faptul că ultima reședință obișnuită trebuie considerată ca fiind pe spațiul statului în care persoana și-a stabilit centrul permanent al intereselor sale, determinat/evaluat pe baza unui ansamblu de circumstanțe de fapt (durata și regularitatea șederii, viața familială, legăturile personale, integrarea socială, activitatea profesională și interesele patrimoniale).

4. Excepții de la regula raportării la reședința obișnuită sau cum planificarea succesorală poate salva situația

Având în vedere complexitatea situațiilor ce pot apărea în realitatea obiectivă, era inevitabil ca Regulamentul să nu stabilească, pe baza instituirii unor veritabile excepții, anumite situații particulare în care regula raportării la noțiunea de „ultima reședință obișnuită” să nu se aplice. În plus, dorința existentă la nivelul Uniunii Europene tinde să ghideze pașii cetățenilor săi spre o atitudine bazată pe **prevenție**, în acest sens relevant fiind considerentul 38 ce menționează

13 Sentința Civilă 1286/2019, Judecătoria Alexandria, disponibilă la adresa

[<http://www.rolii.ro/hotarari/5d4b7dcbe490098c1a00002b>], accesată la data de 09.11.2022.

14 Sentința 963 din 05 februarie 2018, Judecătoria Sectorului 5, Secția Civilă, disponibilă la adresa

[<http://www.rolii.ro/hotarari/5aa34bb7e49009a423000053>], accesată la data de 09.11.2022.

importanța **planificării succesoriale**, respectivul concept devenind un adevărat deziderat în lumina actului adoptat.

Continuarea respectivei idei subliniază totuși că este recomandabil ca opțiunea vizând legea aplicabilă succesiunii să fie limitată la una ce este în concordanță cu cetățenia deținută, scopul imediat fiind acela de a asigura o legătură irefutabilă între cele două aspecte, pe când cel mediat vizează sfera evitării alegerii făcute strict pentru „...a înșela așteptările legitime ale persoanelor care au dreptul la o cotă-parte...”¹⁵.

În acest sens, chiar la nivel național, prin prisma mai multor hotărâri, s-a stabilit faptul că derogările în sensul menționat anterior se pot realiza „...numai în condițiile în care defunctul a încheiat un acord de alegere a forului, în condițiile articolelor 5 și 22, sau în cazul competenței subsidiare, reglementată de articolele 10 și 11 din Regulament...”¹⁶ (**Sentința Civilă Nr. 851 din 09 iunie 2021, Judecătoria Miercurea Ciuc**).

În continuare, vom analiza respectivele ipoteze, aducând și argumente în sensul susținerii sau respingerii lor. Luând în considerare faptul că toate elementele ce țin de succesiunea persoanei tind să capete un caracter personal accentuat, era firesc ca subiectul de drept (internațional) privat să poată realiza anumite alegeri în ceea ce privește soarta bunurilor, drepturilor și obligațiilor deținute, urmând ca ele să devină funcționale odată cu decesul.

Desigur că, în momentul în care suntem tineri, eventualitatea morții este văzută ca fiind un lucru abstract, foarte îndepărtat, pe care, de cele mai multe ori, nu vrem să îl acceptăm, refuzând categoric abordarea oricărui gând ce ar putea conduce înspre această zonă sensibilă.

Însă, fiind ființe raționale, ce au fost înzestrate cu posibilitatea antamării anumitor situații viitoare și luând, totodată, în considerare problemele pe care le putem observa în jurul nostru în momentul în care o succesiune este deschisă fără stabilirea niciunui element relevant, în prealabil, referindu-ne aici la totalitatea circumstanțelor tensionate ce apar atât între potențialii succesori, dar nu numai, trebuie să afirmăm că șansa oferită de către Regulament prin implementarea noțiunii de „**planificare succesorală**” reprezintă o veritabilă cheie de salvare.

Fie că optăm pentru a parcurge acest demers încă de la un moment prematur (din ziua încheierii unei căsătorii, spre exemplu) sau pe parcursul existenței noastre, animați fiind de diverse motive (anumite divergențe apărute, o stare de sănătate precară etc.), consider că este crucial să înțelegem

15 Regulamentul (ue) nr. 650/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 4 iulie 2012, considerentul 38, disponibil la adresa [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012R0650&from=NL>], accesat la data de 22.12.2022.

16 Sentința Civilă 851 din 09 iunie 2021, Judecătoria Miercurea Ciuc, disponibilă la adresa [<http://www.rolii.ro/hotarari/60dfc64de49009b80a00002d>], accesată la data de 23.11.2022.

importanța pe care o astfel de punere în ordine o dobândește, mai ales în contextul (actual) transfrontalier.

Potrivit articolului 22 din Regulament, orice persoană are posibilitatea de a determina în mod subiectiv legea ce urmează să-i orânduiască succesiunea, rezolvând majoritatea problemelor ce se pot ivi în acest sens – Regulamentul stipulând reglementarea succesiunii **în ansamblul** său, având opțiunea de a alege între legea statului a cărui cetățenie o deține fie la această dată, fie prin raportare la momentul decesului. În situația în care avem în vedere existența cetățeniilor multiple, sfera devine și mai largă, ținându-se cont de faptul că viitorul *de cuius* își poate fixa alegerea în jurul oricăreia dintre acestea.

Ne-am putea gândi că o astfel de alegere ar putea dobândi un caracter periculos în situația în care s-ar dori să se facă într-o manieră ocultă, care să producă anumite efecte, ce îi pot dezavantaja pe cei ce vor fi ulterior implicați în soluționarea procedurii, însă, tocmai pentru a evita menționata situație, următorul paragraf stabilește expres obligativitatea ca respectiva opțiune să rezulte într-un mod explicit, lipsit de echivoc, fie dintr-o declarație ce poate îmbrăca forma unei dispoziții pentru cauză de moarte, fie dintr-o clauză care să concretizeze dorința personală. Ulterior, se statuează în sensul că tot ce ține de condițiile de fond ale actului de alegere va fi supus legii naționale alese, pe când condițiile de formă, precum și cele pentru modificarea sau revocarea lui vor fi cele privind dispoziția pentru cauză de moarte.

În vederea aceluiași scop, pentru a ne îndepărta de ipoteza concretizării unei eventuale dorințe de a fraudă legea, este necesar să amintim și incidența articolului 35 din Regulament care plasează ordinea publică la un nivel superior (cum, de altfel, este nu numai normal, dar de dorit), sintetizând, în esență, ideea că aplicarea unei dispoziții din legea străină indicată prin normele conflictuale existente în cadrul celor 84 de articole poate fi refuzată în situația în care prin implementarea ei s-ar aduce atingere ordinii publice a forului.

Pentru a exemplifica respectiva situație, este particularizată aici ipoteza care se referă la anumite alegeri făcute de către viitorul *de cuius*, a căror singură menire ar fi să eludeze normele din dreptul român privind rezerva succesorală (spre exemplu, acesta determină legea aplicabilă ca fiind cea israeliană, ea necunoscând, însă, noțiunea de rezervă succesorală a descendenților).

În situația expusă, Regulamentul nu stabilește o sancțiune unitară (de altfel, existența uneia fiind foarte greu de imaginat în cadrul multiplelor sisteme, cu particularități diferite, de drept) existentă la nivelul Uniunii Europene, ce ar avea ca menire corijarea acestei atitudini deviante, astfel că toate autoritățile competente să soluționeze respectiva succesiune vor fi obligate să înlăture clauza de alegere, invalidând-o, urmând să stabilească elementele referitoare la competență pe baza celorlalte reguli existente în cadrul acestuia.

Concluzii

Precum am putut observa prin analiza expusă pe parcursul acestui studiu, dreptul succesoral european ridică multiple probleme astăzi, într-o societate dinamică, plină de schimbări, la care, însă, suntem nevoiți să ne raliem, căutând în permanență soluțiile benefice.

Din punctul meu de vedere, termenul de „*reședință obișnuită*” are un rol crucial atât în contextul Regulamentului 650/2012, cât și prin raportare la dreptul național aplicabil pe teritoriul român, astfel că interpretarea lui într-un mod cât se poate de corect și complet este nu doar de dorit, dar capătă un caracter imperios, în condițiile în care, dacă acest lucru nu se întâmplă, consecințele pot fi dintre cele mai grave, periclitând deopotrivă drepturile și obligațiile defunctului, cât mai ales pe cele ale succesibililor.

Consider că o calificare justă trebuie să aibă în vedere, precum am statuat anterior, o multitudine de factori, constituiți de fapt într-un tot unitar, compact, neputându-se afirma o eventuală preferință sau prevalență a unui singur aspect asupra celorlalte, doar o astfel de coroborare fiind capabilă să ne conducă spre un rezultat în concordanță cu realitatea obiectivă traită de către defunct.

Este crucial, în acest sens, să fie avute în vedere elemente distincte – durata șederii pe un anumit teritoriu, relațiile socio-economice străine în care persoana s-a implicat activ sau nu, tendința de a reveni în mod constant sau doar în scurte vacanțe pe teritoriul României, poziționarea relațiilor de familie, integrarea totală sau doar parțială prin care individul a trecut sau pe care o are în vedere etc., ce trebuie interpretate, însă, diferit, de la caz la caz, pentru a nu se ajunge la aplicarea unor simple șabloane, ce pot fi inexacte pentru situații distincte – spre exemplu, situația ce trebuie stabilită în cazul unui diplomat tinde să fie mult mai complexă decât cea a unui simplu cetățean aflat pe un alt teritoriu la momentul decesului.

Este nu doar criticabil, ci chiar inechitabil, să se ajungă în jurisprudență la soluții care să valideze doar anumite aspecte, privite în mod singular, iar nu la nivel global, unitar, astfel că, în opinia mea, deși nu s-ar putea stabili o definiție rigidă, intangibilă, a noțiunii de reședință obișnuită, având totodată în vedere și multitudinea sistemelor diferite de drept existente la nivelul Uniunii Europene, s-ar putea încerca măcar conturarea, chiar și timidă, a câtorva aspecte ce prezintă o relevanță deosebită în viața oricărei persoane, ulterior urmând ca acestea să fie aduse împreună și interpretate într-un context potrivit.

În loc de concluzie, voi sublinia insistent faptul că mai importantă poate decât stabilirea corectă a aspectelor menționate anterior ar trebui să fie, atât pentru judecători, cât și pentru toți specialiștii dreptului ce se confruntă cu rezolvarea unor situații similare, din punctul meu de vedere,

interpretarea și poziționarea lor prin raportare la realitatea obiectivă trăită de către defunct, doar astfel putându-se stabili în concret unde se plasa în cazul său centrul de interes al întregii existențe.

În caz contrar, riscăm să ajungem la spețe soluționate în mod greșit, trase la indigo, ce afectează nu doar bunul mers al justiției, ci mai ales încrederea pe care cetățenii o au în autoritățile statului, cele ce ar trebui să fie de cele mai multe ori fără de cusur (admițând, fără îndoială, că, având la bază tot ființe umane, iar nu simple mașinării, ce ar fi chemate să rezolve situațiile de fapt și de drept expuse într-un mod mecanic, uneori greșelile sunt inevitabile).

Probabil că următorii ani vor fi decisivi în stabilirea unei jurisprudențe aferente conceptului menționat, care să sublinieze din nou faptul că legislația și practica existente la nivelul Uniunii Europene nu au nicidecum rolul de a ne conduce spre „...aplicarea cu efect obligatoriu a unor codificări străine la noi acasă în loc să ne "exportăm" produsul cultural și normativ în alte teritorii, să-l facem prietenos și dorit măcar de românii din diaspora...”¹⁷, precum s-a menționat anterior în doctrină, ci dobândesc scopul de a facilita modalitatea de interpretare corectă a unor concepte ce tind să aibă aceeași valoare indiferent de teritoriul vizat, plasând în prim-plan tocmai ideea că individul reprezintă un concept **complex**, ce depășește cu mult sfera pur juridică și că tot ce ține de existența lui trebuie interpretat cât se poate de aproape de realitate, iar nu de teorie.

Bibliografie:

Resurse tipărite:

1. Ioan Luca Vlad, *Sucesiuni internaționale. Regulamentul nr. 650/2012. Tratat internațional în domeniu.*, Ediția a II-a, Editura Universul Juridic, 2020, București.
2. Dan Andrei Popescu, *Ghid de drept internațional privat în materia succesiunilor*, Editura Magic Print, 2014, Onești.
3. Aniela Flavia Ticău-Suditu, *Ultima reședință obișnuită*, Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Tomul LXVII/2, Seria Științe Juridice, 2021, Iași.

17 POPESCU Dan Andrei, *Dreptul european al moștenirilor sau cum să traversezi râul simțind pietrele. Dreptul succesoral între trauma tradiției și perspectiva modernității. Principiile Regulamentului European al succesiunilor*, Revista Română de Drept Privat 1 din 2014, disponibil la adresa [<https://sintact.ro/#/publication/151008937?keyword=resedinta%20obisnuita%20succesiune&cm=SREST>], accesat la data de 20.12.2022.

Resurse digitale:

1. Camelia Toader, *Primele aplicații în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene ale Regulamentului nr. 650/2012 privind succesiunile europene, cu elemente de drept succesoral comparat*, Revista Română de Drept European (Comunitar), numărul 1 din data de 31 martie 2018, disponibil la adresa <https://sintact.ro/#/publication/151012571?keyword=sucesiuni%20internationale&cm=SREST>, accesat la data de 25.11.2022.
2. Dan Andrei Popescu, *Dreptul european al moștenirilor sau cum să traversezi râul simțind pietrele. Dreptul succesoral între trauma tradiției și perspectiva modernității. Principiile Regulamentului European al succesiunilor*, Revista Română de Drept Privat, numărul 1 din data de 31 ianuarie 2014, disponibil la adresa <https://sintact.ro/#/publication/151008937?keyword=sucesiuni%20internationale&cm=SREST>, accesat la data de 01.12.2022.
3. Sandra Liliana Gătejeanu, *Modificările aduse de noul Cod civil în domeniul conflictelor de legi în materie succesorală*, Revista Română de Jurisprudență, numărul 3 din data de 31 martie 2012, disponibil la adresa <https://sintact.ro/#/publication/151006098?keyword=sucesiuni%20internationale&cm=SREST>, accesat la data de 13.12.2022.
4. Camelia Toader, *Studiu De Drept Succesoral Comparat*, Revista Pandectele Române, numărul 5 din data de 31 octombrie 2004, disponibil la adresa <https://sintact.ro/#/publication/150997286?keyword=sucesiuni%20internationale&cm=SREST>, accesat la data de 29.12.2022.
5. *Regulamentul 650/04-iul-2012 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și acceptarea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni și privind crearea unui certificat european de moștenitor*, disponibil la adresa <https://sintact.ro/#/act/79142040/4?directHit=true&directHitQuery=regulament%20650%2F2012>, accesat la data de 03.01.2023.

Moștenirea digitală. Considerații asupra cheii ce deschide cutia Pandorei

Digital legacy. Insights on the key that opens Pandora's box

L'héritage numérique. Considérations sur la clé qui ouvre la boîte de Pandore

Iulia-Maria STANCA – anul IV, grupa 404

coordonator: **conf. dr. Doru-Florel TRĂILĂ**

Rezumat: În contextul prezenței în mediul on-line și al utilizării ample a rețelelor sociale, instituția moștenirii digitale devine din ce în ce mai actuală. Aceasta implică transmiterea *mortis causa* a patrimoniului digital al unui subiect de drept, la momentul decesului acestuia, către succesibilii săi, în concordanță cu reglementările existente în materia protecția datelor cu caracter personal. În lipsa unui cadru legislativ aplicabil instituției moștenirii digitale, în dreptul român, provocările practice pot apărea.

Cuvinte-cheie: succesiune, moștenire digitală, rețele sociale, testament, drepturi de autor, protecția datelor cu caracter personal.

Abstract: In light of online presence and of expansive use of social media, the institution of digital legacy becomes more and more actual. It implies the *mortis causa* transfer of the digital estate of a subject to their heirs, according to the law of data protection. In the absence of a Romanian legal framework applicable to the institution of digital legacy, challenges in practice may occur.

Keywords: succession, digital legacy, social media, will, copyright, protection of personal data.

Résumé : Au contexte de la présence en ligne et de l'utilisation des réseaux sociaux, l'institution de l'héritage numérique est de plus en plus actuelle. Cela implique la transmission *mortis causa* du patrimoine digital appartenant à un sujet de droit, au moment de son décès, aux successibles, compte tenu des dispositions existantes en la matière de la protection des données au caractère personnel. Faute d'un cadre législatif applicable à l'institution de l'héritage numérique, dans le droit roumain, des enjeux pratiques peuvent survenir.

Mots-clé: succession, héritage numérique, réseaux sociaux, testament, droits d'auteur, protection des données au caractère personnel.

1. Introducere

În secolul vitezei și al digitalizării, fie că este vorba despre utilizarea rețelelor sociale, ca activitate cotidiană, fie că este vorba despre implementarea inteligenței artificiale, despre roboți care pledează în fața instanței sau de soft-uri ce pot găsi soluția într-un litigiu, provocările juridice nu întârzie să apară.

Pentru prezenta lucrare, propunem o temă ce capătă din ce în ce mai multă amploare, și care se află la congruența mai multor ramuri de drept privat – cu precădere cea a dreptului succesoral și a protecției datelor cu caracter personal, dată fiind complexitatea acesteia: moștenirea digitală.

2. Considerații generale

Astfel cum s-a apreciat în doctrină, patrimoniul reprezintă un atribut al personalității, astfel că orice persoană are un patrimoniu¹. Iar odată cu decesul acesteia, patrimoniul se transmite universal, cu titlu universal, respectiv cu titlu particular către moștenitori. Ca atare, astfel cum s-a apreciat în doctrină, prin succesiune se pot transmite drepturile cu caracter patrimonial, astfel că cele cu caracter nepatrimonial sau cele ce izvorăsc din contracte încheiate *intuitu personae* încetează odată

1 Valeriu Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, ediția a IV-a revizuită și adăugită, editura C. H. Beck, 2021, București, pp. 10-11.

cu decesul titularului lor². Transmisiunea poate avea loc, așadar, fie prin moștenire legală, fie prin moștenire testamentară.

2.1. Moștenirea *ab intestat*. Moștenirea testamentară

Continuând logica juridică propusă încă din perioada Romei antice, Codul civil român cunoaște atât moștenirea *ab intestat*, cât și moștenirea testamentară. În termeni generali, conform art. 955 alin. (1) Cod civil (C. civ.), „*patrimoniul defunctului se transmite prin moștenire legală, în măsura în care cel care lasă moștenirea nu a dispus altfel prin testament*”. Ca atare, moștenirea va fi supusă regulilor devoluțiunii legale atât timp cât defunctul nu a întocmit un testament, însă este în egală măsură posibil ca cele două forme de moștenire să coexiste, așa cum prevede expres art. 955 alin. (2) C. civ.³.

Ce este comun celor două forme de moșteniri este faptul că în conținutul lor nu pot intra decât drepturi și obligații transmisibile *mortis causa*, indiferent de izvorul acestora – legal ori convențional. Mai mult decât atât, cu caracter de principiu, toate drepturile și obligațiile se transmit unitar moștenitorilor legali sau legatarilor, „după aceleași reguli și indiferent de natura bunurilor” ce compun patrimoniul succesoral⁴. Pentru instituția moștenirii digitale, ce face obiectul prezentei lucrări, este, așadar, imperativă decelarea naturii drepturilor ce intră în conținutul acesteia, pentru a vedea în ce măsură acestea pot fi transmise pentru cauză de moarte – pe cale legală ori testamentară, respectiv pentru a analiza în ce măsură aceasta ar putea face excepție de la caracterul unitar al moștenirii. În cele ce urmează, vom analiza conceptul de „patrimoniu digital”, respectiv de „moștenire digitală”, precum și modul în care acestea se oglindesc în dreptul român.

2.2. Conceptul de „moștenire digitală”

Deși preocuparea pentru delimitarea juridică a patrimoniului digital și, deci, a moștenirii digitale este pe deplin justificată, acestea nu se bucură de o definiție unanim acceptată. Cu toate acestea, putem contura o definiție pentru aceste instituții, inspirată din Carta UNESCO pentru preservarea patrimoniului digital, adoptată în anul 2003. Astfel patrimoniul digital este considerat a privi drepturile și obligațiile decurgând din datele și informațiile personale din mediul on-line, iar moștenirea digitală privește transmiterea acestora către succesibili, la momentul decesului titularului lor.

2 Francisc Deak, Romeo Popescu, *Tratat de drept succesoral, vol. I. Moștenirea legală*, ediția a IV-a actualizată și completată, editura Universul Juridic, 2019, București, pp. 32 și urm.

3 Avem în vedere ipoteza în care testatorul exherează, în tot sau în parte, un moștenitor rezervatar (spre pildă, un descendent), încălcându-i acestuia rezerva succesorală. În acest caz, la cerere, moștenitorului rezervatar i se va respecta rezerva succesorală, dar va veni la moștenire în concurs împreună cu un alt moștenitor, bunăoară, fratele defunctului. În acest caz, vor coexista moștenirea legală cu cea testamentară.

4 Francisc Deak, Romeo Popescu, *Tratat de drept succesoral, vol. I. Moștenirea legală*, ediția a IV-a actualizată și completată, editura Universul Juridic, 2019, București, p. 41.

Făcând încă un pas în analiza conceptului de „moștenire digitală”, ce face obiectul prezentei lucrări, este imperativ să evidențiem definiția pe care Regulamentul nr. 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (RGPD) o propune pentru datele cu caracter personal. Cu acest titlu, art. 4 pct. 1 din RGPD prevede că sunt date cu caracter personal „*orice informații privind o persoană fizică identificată sau identificabilă („persoana vizată”); o persoană fizică identificabilă este o persoană care poate fi identificată, direct sau indirect, în special prin referire la un anumit element de identificare, cum ar fi un nume, un număr de identificare, date de localizare, un identificator on-line, sau la unul sau mai multe elemente specifice propriei sale identități fizice, fiziologice, genetice, psihice, economice, culturale sau sociale*”. În completarea RGPD, art. 77 C. civ. dispune că „*[O]rice prelucrare a datelor cu caracter personal, prin mijloace automate sau neautomate, se poate face numai în cazurile și condițiile prevăzute de legea specială*”. Este drept, dispozițiile acestui articol nu rezolvă, însă, problema posibilității transmiterii pentru cauză de moarte a drepturilor asupra acestor date. Ca atare, această dilemă va trebui analizată (i) plecând de la calificarea datelor cu caracter personal prin prisma dispozițiilor de drept comun existente și, apoi (ii) inspirându-ne din legislațiile și jurisprudența occidentală în materie.

Care este, așadar, natura juridică a acestor date cu caracter personal? Sunt ele bunuri? Dacă da, sunt bunuri corporale cu conținut economic? Doctrina pare să fi găsit răspunsul la aceste întrebări, operând cu următoarea distincție: datele cu caracter personal sunt simple informații, deci nu sunt bunuri⁵ sau lucruri necorporale, așa încât nu se pune problema caracterului patrimonial⁶. Pe de altă parte, bazele ce conțin aceste date personale reprezintă bunuri corporale, având o valoare patrimonială intrinsecă⁷.

Drepturile asupra acestor date cu caracter personal sunt prevăzute de RGPD. Printre acestea, menționăm: dreptul de acces al persoane vizate (art. 15), dreptul la rectificare (art. 16), dreptul „de a fi uitat” (art. 17), dreptul la restricționarea prelucrării datelor (art. 18), dreptul la portabilitatea datelor (art. 20) și dreptul la opoziție (art. 21). Toate aceste drepturi prevăzute de Regulamentul european sunt, în mod intuitiv, drepturi nepatrimoniale și, în principiu, *intuitu personae*, întrucât sunt strict legate de titular și de personalitatea acestuia. Ca atare, nu este lipsită de interes problematica privitoare la (im)posibilitatea transmiterii acestor drepturi pe cale succesorală.

5 Art. 535 C. civ.: „Sunt bunuri lucrurile, corporale sau necorporale, care constituie obiectul unui drept patrimonial”.

6 Valeriu Stoica, „Ce sunt datele cu caracter personal?”, *juridice.ro*, 2019 (https://www.juridice.ro/essentials/2091/ce-sunt-datele-cu-caracter-personal#_ftnref13), accesat la data de 22 februarie 2023.

7 Ovidiu Ungureanu, Cornelia Munteanu, *Drept civil. Persoanele în reglementarea noului Cod civil*, ediția a 3-a revăzută și adăugită, Ed. Hamangiu, 2015, București, pp. 106-107.

În mod natural, având aceasta logică propusă de legiuitorul european, ne întrebăm în ce măsură aceste date cu caracter personal sunt transmisibile *mortis causa* și pot intra în conținutul moștenirii digitale.

2.3. Reglementare în spațiul european. Aspecte de drept comparat

În spațiul european, conceptul de „moștenire digitală” pare să prindă un contur din ce în ce mai bine definit, reprezentând o preocupare constantă a statelor membre. La nivel comunitar, însă, nu există o reglementare omogenă, întrucât RGPD nu se aplică în cazul succesiunilor. Cu alte cuvinte, datele cu caracter personal ale defunctului nu intră în sfera de reglementare ori de protecție a Regulamentului, așa cum se prevede expres: „(27) Prezentul regulament nu se aplică datelor cu caracter personal referitoare la persoane decedate. Statele membre pot să prevadă norme privind prelucrarea datelor cu caracter personal referitoare la persoane decedate”. Ca atare, nu este lipsită de interes discuția referitoare la soarta componentei digitale a patrimoniului defunctului.

Teza finală a pct. (27) sus-menționat oferă statelor membre ale Uniunii Europene posibilitatea de a reglementa, la nivel intern, cadrul privind protecția datelor cu caracter personal ale persoanei decedate. Cu acest titlu, menționăm, spre pildă, că Franța a adoptat în 2016 un cadru normativ⁸ prin care permite (i) transmiterea *mortis causa* a drepturilor asupra datelor cu caracter personal ale defunctului, inclusiv, dar nelimitativ, cu privire la conturile deschise pe rețelele de socializare, precum și (ii) numirea legatarilor și/sau a executorilor testamentari care vor *administra* raporturile juridice referitoare la datele cu caracter personal ale defunctului. Modul în care legatarii și executorii testamentari vor efectua acte și fapte juridice cu acest titlu este supus controlului autorității competente în materia protecției datelor cu caracter personal. Totodată, din 2018, Spania a prevăzut posibilitatea ca defunctul să dispună pentru cauză de moarte cu privire la raporturile juridice ce conțin datele cu caracter personal, succesibilii având dreptul de a accesa ori șterge datele acestuia din mediul digital⁹. Nu în ultimul rând, în 2018, pe cale jurisprudențială, Germania a antamat conceptul de moștenire digitală. Într-o cauză dedusă Curții Supreme, s-a recunoscut părinților unei fete minore, decedată la vârsta de 15 ani, în calitate de moștenitori ai acesteia, de a

8 Art. 63 din Legea nr. 2016-1321 privind o Republică digitală: „Les droits ouverts à la présente section s'éteignent au décès de leur titulaire. Toutefois, ils peuvent être provisoirement maintenus conformément aux II et III suivants. En l'absence de directives ou de mention contraire dans lesdites directives, les héritiers de la personne concernée peuvent exercer après son décès les droits mentionnés à la présente section dans la mesure nécessaire : à l'organisation et au règlement de la succession du défunt. A ce titre, les héritiers peuvent accéder aux traitements de données à caractère personnel qui le concernent afin d'identifier et d'obtenir communication des informations utiles à la liquidation et au partage de la succession. Ils peuvent aussi recevoir communication des biens numériques ou des données s'apparentant à des souvenirs de famille, transmissibles aux héritiers ; à la prise en compte, par les responsables de traitement, de son décès. A ce titre, les héritiers peuvent faire procéder à la clôture des comptes utilisateurs du défunt, s'opposer à la poursuite des traitements de données à caractère personnel le concernant ou faire procéder à leur mise à jour”.

9 Sergio Camara Lapuente, *Succesiunea mortis causa în patrimoniul digital*, în cadrul Conferinței ținute la Camera Notarilor Publici din Madrid, Sala Academică, în data de 24 ianuarie 2019 (<https://buletinulnotarilor.ro/succesiunea-mortis-causa-in-patrimoniul-digital/>), accesat la data de 17 februarie 2023.

accesa contul Facebook al fetei, întrucât drepturile și obligațiile ce decurgeau din contractul încheiat între fiică și Facebook s-au transmis către părinți, în calitate de moștenitori (legali) universali¹⁰.

Ca atare, urmând logica deja conturată de legislația și jurisprudența occidentală, pentru a analiza regimul juridic aplicabil moștenirii digitale, este imperioasă determinarea naturii juridice a contului deschis în cadrul unei rețele sociale.

3. Natura juridică a *contului* din cadrul rețelelor de socializare

Majoritatea persoanelor dețin un cont în cadrul unei rețele de socializare – fie că este vorba de Facebook, Instagram sau *clasicul* sistem de comunicare prin mijloace electronice de la distanță (*i.e. e-mail-ul*). Cât privește, totuși, natura juridică și regimul aplicabil acestui *cont*, se impun a fi făcute anumite precizări.

În materie penală, doctrina și jurisprudența sunt destul de vaste. Spre pildă, în jurisprudența recentă a Înaltei Curți de Casație și Justiție, platforma Facebook este calificată drept „spațiu public” (Decizia penală nr. 4546 din 27 noiembrie 2014), cu toate consecințele juridice ce decurg din această calificare. Totodată, ea este considerată și „un sistem informatic”, încadrându-se în conținutul constitutiv al art. 360 alin. (3) Cod penal (Decizia nr. 621 din 27 septembrie 2018, nepublicată).

Cât privește latura civilă, calificarea naturii juridice a *contului* din cadrul unei rețele de socializare suscită anumite controverse. Apreciem, în acest sens că poate fi considerat un act juridic bilateral, încheiat între absenți. Cât privește caracterul oneros, gratuit sau de act neutru, în clasificarea oferită de doctrină¹¹, dificultăți de încadrare pot apărea. În acest sens, ne punem întrebarea dacă acest contract nu poate fi considerat un act juridic neutru, având în vedere și explicațiile expuse anterior cu privire la natura juridică a datelor cu caracter personal. Contractul este încheiat între utilizatorul persoană fizică sau juridică și respectivul furnizor al rețelei sociale (*i.e. Meta, în cazul Facebook*). În sprijinul acestei opinii, se alătură și jurisprudența¹², care califică acest contract ca fiind unul încheiat

10 Angelica Fuchs, *What happens to your social media account when you die? The first German judgments on digital legacy*, ERA Forum 22, 2021 (<https://doi.org/10.1007/s12027-021-00652-y>), accesat la data de 17 februarie 2023.

11 Marian Nicolae, *Drept civil. Teoria generala vol. II: Teoria drepturilor subiective civile*, editura Solomon, 2018, București, pp. 331 și urm.

12 Jud. Ploiești, sentința civilă nr. 2082 din data de 11.03.2021: „Pârâta este furnizor de servicii tip hosting, condițiile de utilizare fiind puse la dispoziția publicului, inclusiv al reclamanzilor și ei la rândul lor utilizatori ai platformei. Conform condițiilor de utilizare a platformei, pârâta nu creează și nu administrează conținutul de pe paginile utilizatorilor. Pârâta intervine din oficiu sau în urma unei sesizări în funcție de gravitatea conținutului”.

prin mijloace electronice, în sensul art. 7 din Legea nr. 365/2002 privind comerțul electronic, republicată¹³.

Modalitățile concrete de încheiere a acestui contract între utilizator și furnizor se înfățișează, adesea, sub forma acordurilor de tip click-wrap, când acordul de voințe se materializează între utilizator și un sistem informatic al furnizorului, prin apăsarea butonului *I agree* [„sunt de acord (...)”]. Totodată, se mai poate identifica o modalitate de încheiere a acordului de voințe, prin browse-wrap, care presupune externalizarea conținutului contractual, printr-un hyperlink, când utilizatorul nu mai trebuie să apese butonul prin care își exprimă consimțământul, așa cum ar fi făcut-o în cazul contractului de tip click-wrap. Cu alte cuvinte, contractul de tip browse-wrap *prezumă* consimțământul utilizatorului¹⁴, în măsura în care acesta utilizează respectiva platformă.

În ceea ce privește prezenta lucrare, interesul calificării acestui contract rezidă în a tranșa asupra drepturilor patrimoniale și nepatrimoniale ce intră în conținutul raportului juridic dintre utilizator și furnizor, pentru a vedea în ce măsură acestea pot face obiectul *moștenirii digitale*.

3.1. Dihotomia drepturilor patrimoniale și nepatrimoniale izvorâte din contractul încheiat între utilizator și furnizor

Fiind considerat un contract încheiat prin mijloace electronice, între utilizator și furnizor se nasc drepturi și obligații corelative, atât cu caracter patrimonial, cât și cu caracter nepatrimonial. Pentru subiectul prezentei lucrări, drepturile patrimoniale izvorâte din acest contract se pot transmite *mortis causa*, ca regulă generală, în vreme ce drepturile nepatrimoniale se sting odată cu decesul titularului lor¹⁵. Ca atare, dată fiind tendința de încadrare a datelor cu caracter personal ce compun patrimoniul digital, izvorâte dintr-un contract încheiat prin mijloace electronice, se pune problema de a ști în ce măsură acestea pot fi transmise pentru cauză de moarte.

De cele mai multe ori, atunci când se încheie un contract cu un furnizor în mediul on-line, latura patrimonială este indisolubil legată de conceptul de „creator de conținut”, adică de acele persoane care creează și postează conținut on-line, prin care promovează produse sau servicii ale unor profesioniști (*i.e. furnizorul sau un terț*), fiind remunerați de către aceștia din urmă pentru aportul în

13 Art. 7 (1) Contractele încheiate prin mijloace electronice produc toate efectele pe care legea le recunoaște contractelor, atunci când sunt întrunite condițiile cerute de lege pentru validitatea acestora. (2) Pentru validitatea contractelor încheiate prin mijloace electronice nu este necesar consimțământul prealabil al părților asupra utilizării mijloacelor electronice. (3) Proba încheierii contractelor prin mijloace electronice și a obligațiilor care rezultă din aceste contracte este supusă dispozițiilor dreptului comun în materie de probă și prevederilor Legii nr. 455/2001 privind semnătura electronică.

14 Christina L. Kunz, *Browse-Wrap Agreements: Validity of Implied Assent in Electronic Form Agreements.*, The Business Lawyer, JSTOR, vol. 59, nr. 1, 2003, pp. 279–312, (<http://www.jstor.org/stable/40688197>), accesat la data de 14 februarie 2023.

15 Francisc Deak, Romeo Popescu, *Tratat de drept succesoral, vol. I. Moștenirea legală*, ediția a IV-a actualizată și completată, editura Universul Juridic, 2019, București, pp. 32-33.

materie de publicitate a respectivului produs ori serviciu¹⁶. Conținutul constă adesea în texte, imagini sau înregistrări audio-video prin care se promovează un anumit produs ori serviciu – toate acestea în contextul rețelelor sociale. Este lesne de observat că latura patrimonială a conținutului digital se supune preponderent Legii nr. 8/1996 privind drepturile de autor și drepturile conexe, republicată¹⁷, urmând ca, în materie de succesiune, să se supună regulilor prevăzute de această lege specială, completându-se în mod corespunzător cu dispozițiile Codului civil.

Pentru prezenta lucrare, o importanță mai mare o prezintă drepturile nepatrimoniale – și, cu precădere, *drepturile asupra datelor cu caracter personal*, utilizate în contractul încheiat între utilizator și furnizor, fiind (sau nu) susceptibile de a intra în conținutul moștenirii digitale. În dreptul român, astfel cum anticipăm, moștenirea digitală reprezintă o instituție *exotică*. Întrucât ne aflăm în prezența unui vid legislativ, nu ne putem raporta nici la doctrină, nici la jurisprudență în materie, pentru a tranșa categoric în favoarea sau în defavoarea includerii drepturilor asupra datelor cu caracter personal, decurgând din contractul încheiat electronic între utilizator și furnizor, în patrimoniul succesoral.

3.2. Validitatea desemnării unei persoane pentru a prelua un cont în cadrul unei rețele de socializare

Având o amploare deosebită, rețelele de socializare implementează din ce în ce mai multe instrumente pentru a facilita accesul persoanelor pe platformă. Cu titlu de noutate, acestea au introdus funcții intitulate „cont memorial”, prin care defunctul poate desemna o altă persoană (denumită, printr-o traducere defectuoasă, „contact de moștenire”) care să *preia contul* din cadrul respectivei rețele de socializare, prin simpla apăsare a unui buton de pe această platformă¹⁸.

În acest sens, o serie de întrebări relevante se ridică. În ce măsură furnizorul rețelei sociale este îndreptățit să afle informații despre defunct (așa cum rezultă ele, spre pildă, din certificatul de deces eliberat în condițiile dreptului român)? În ce măsură este valid un testament prin care defunctul testează în favoarea unei persoane prin simpla apăsare a unui buton pus la dispoziție de către o

16 Tudor-Mihai Sărăcuț, *Cum câștigă influencerii bani?*, juridice.ro, 23 august 2022 (<https://www.juridice.ro/798149/cum-castiga-influencerii-bani.html>), accesat la data de 20 februarie 2023.

17 Art. 13 din Legea nr. 8/1996: „Utilizarea unei opere dă naștere la drepturi patrimoniale, distincte și exclusive, ale autorului de a autoriza sau de a interzice: a) reproducerea operei; b) distribuirea operei; c) importul în vederea comercializării pe piața internă a copiilor realizate, cu consimțământul autorului, după operă; d) închirierea operei; e) împrumutul operei; f) comunicarea publică, direct sau indirect a operei, prin orice mijloace, inclusiv prin punerea operei la dispoziția publicului, astfel încât să poată fi accesată în orice loc și în orice moment ales, în mod individual, de către public; g) radiodifuzarea operei; h) retransmiterea prin cablu a operei; i) realizarea de opere derivate j) retransmisia operei”.

18 „Contactul de moștenire este persoana aleasă de tine, căreia îi lași în grijă profilul tău principal dacă acesta este transformat în profil memorial. Îți recomandăm să setezi un contact de moștenire, astfel încât profilul să poată fi administrat după ce este transformat în cont memorial” (<https://www.facebook.com/help/991335594313139?ref=tos>), accesat ultima dată la 22 februarie 2023.

platformă online? Totodată, ce calitate are persoana instituită să preia contul defunctului? Va fi aceasta legatar sau executor testamentar? Ne propunem să analizăm aceste ipoteze în cele ce urmează.

3.2.1. Condițiile de formă cerute pentru validitatea testamentului

Prin dispoziții de ordine publică, legiuitorul român a prevăzut că testamentul, indiferent de natura sa – ordinară sau extraordinară, trebuie să îmbrace o formă scrisă, astfel că testamentul nuncupativ este interzis¹⁹. În cele ce urmează, ne vom referi la analiza condițiilor de formă pentru testamentul ordinar, considerațiile fiind aplicabile *mutatis mutandis* și pentru cel extraordinar. Testamentul trebuie să îmbrace fie formă autentică, fie olografă, conform art. 1040 C. civ. În ipoteza întocmirii unui testament olograf, este necesară îndeplinirea cumulativă a trei condiții: (i) testamentul să fie scris de mână de către testator, (ii) să fie datat și (iii) să fie semnat de către testator²⁰. Fiind vorba despre norme imperative²¹, apreciem că testamentul olograf nu este valabil dacă este semnat electronic, în conformitate cu Regulamentul eIDAS și cu Legea nr. 455/2001 privind semnătura electronică, *a fortiori* nu este valabil dacă este întocmit integral prin mijloace electronice – spre pildă, prin platformele puse la dispoziție de către furnizorii unor rețele de socializare.

Instituirea unei persoane prin opțiunea „cont memorial” este, în esență, problematică, întrucât ea nu îmbracă niciuna din formele prevăzute de art. 1040 și urm. C. civ. Ca atare, este îndoielnică însăși validitatea acestei desemnări, dispozițiile art. 1041 C. civ. fiind de ordine publică, așa încât un furnizor al unei rețele sociale ori un utilizator al acesteia nu ar putea deroga prin simpla apăsare a unui buton.

Pe de altă parte, în măsura în care s-ar admite că utilizatorul ar institui o persoană prin testament valabil din punctul de vedere al formei, în conformitate cu dispozițiile Codului civil, apreciem că soluția ar trebui să încline în favoarea posibilității *preluării* contului de către persoana desemnată de către defunct. Fiind o problemă de drept privat, avem în vedere ipoteza în care atât timp cât nu există o normă imperativă care să interzică transferul pentru cauză de moarte al drepturilor asupra datelor cu caracter personal – chiar și cele nepatrimoniale, astfel cum sunt ele enumerate în art. 15 și urm. ale RGPD, s-ar putea dispune valabil prin testament cu privire la acestea. Întrebarea ce rămâne, însă, este aceea de a ști ce calitate are persoana instituită prin testament. Va fi aceasta legatar sau executor testamentar?

19 Francisc Deak, Romeo Popescu, *Tratat de drept succesoral, vol. II. Moștenirea testamentară*, ediția a IV- a actualizată și completată, editura Universul Juridic, 2019, București, p. 63.

20 Art. 1041 C. civ. „Sub sancțiunea nulității absolute, testamentul olograf trebuie scris în întregime, datat și semnat de mâna testatorului”.

21 Francisc Deak, Romeo Popescu, *Tratat de drept succesoral, vol. II. Moștenirea testamentară*, ediția a IV- a actualizată și completată, editura Universul Juridic, 2019, București, pp. 65 și urm.

3.2.2. Legatar sau executor testamentar?

În temeiul art. 986 C. civ., „*legatul este dispoziția testamentară prin care testatorul stipulează ca, la decesul său, unul sau mai mulți legatari să dobândească întregul său patrimoniu, o fracțiune din acesta sau anumite bunuri determinate*”. Pe de altă parte, din lectura art. 1077 C. civ., reiese faptul că executorul testamentar este persoana desemnată de către defunct în vederea aducerii la îndeplinire a dispozițiilor testamentare.

În lipsa unei practici judiciare în materie, se ridică dificultăți în ceea ce privește calificarea persoanelor ce urmează a prelua contul din cadrul rețelei de socializare. Un aspect particular, ce merită a fi menționat, se referă la numirea unei astfel de persoane cu capacitate de exercițiu restrânsă – sau chiar fără capacitate de exercițiu. În ceea ce privește persoana lipsită de capacitate de exercițiu, acceptarea legatului și efectuarea ulterioară de acte se va realiza prin reprezentant. În măsura în care apreciem că persoana cu capacitate de exercițiu restrânsă este instituită este legatar, nu doar că va putea accepta singură testamentul, așa cum reiese din art. 41 alin. (3) C. civ., astfel cum a fost modificat prin Legea nr. 140/2022, dar va putea efectua ulterior acte de administrare (ce nu o prejudiciază), conform aceluiași articol.

Pe de altă parte, dacă am considera că persoana instituită este executor testamentar, având misiunea de a administra contul – de a închide, de a modifica ori de a șterge conținutul acestuia, persoana lipsită de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă nu va putea executa testamentul, în virtutea art. 1078 C. civ., dispozițiile acestea fiind imperative²².

În acest sens, pentru a decela intenția testatorului, în cazul în care aceasta nu este destul de clară, fiind formulată strict în termenii de „*a prelua contul*” ori de „*a administra contul*”, notarul public sesizat cu dezbateră succesoră sau instanța de judecată va trebui să procedeze la interpretarea dispozițiilor testamentare, în conformitate cu dispozițiile art. 1039 C. civ.

Concluzii

Dispozițiile în vigoare ale Codului civil în materia moștenirii par, sub aspectul digitalizării, sensibil anacronice. În acest sens, ne aflăm în prezența unui vid legislativ, întrucât Codul nu conține prevederi exprese care să completeze RGPD cu privire transmiterea patrimoniului digital pe cale succesoră. Pe cale de consecință, considerăm oportună reglementarea *de lege ferenda* a instituției moștenirii digitale, respectiv a posibilității transmiterii *mortis causa* a drepturilor asupra datelor cu

²² Art. 1078 C. civ.: „Persoana lipsită de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă nu poate fi executor testamentar”.

caracter personal, conținute în mediul online, urmând ca acestei instituții să se i se aplice dispozițiile de drept comun și imperative în materia succesiunilor (*i.e. regulile privind devoluțiunea legală a moștenirii, condițiile de formă pentru întocmirea valabilă a testamentului, rezerva succesorală etc.*).

Aspectele referitoare la *moștenirea digitală* rămân, în continuare, controversate, date fiind natura și dinamica acesteia. Cu alte cuvinte, apreciem că este dificil de creionat un regim juridic concret, rigid, al moștenirii digitale, fiind necesară analizarea de la caz la caz a drepturilor (și a obligațiilor) ce intră în concret în conținutul acesteia, în conformitate cu dreptul român și cu dreptul Uniunii Europene. În acest sens, considerăm că nu este lipsită de importanță o nuanță filosofică preluată de la Octavian Paler, care statua: „*N-am fost capabil niciodată să discut despre moarte perfect liniștit și fără contradicții*”.

Bibliografie

Resurse tipărite:

1. Marian Nicolae, *Drept civil. Teoria generală vol. II: Teoria drepturilor subiective civile*, editura Solomon, 2018, București.
2. Ovidiu Ungureanu, Cornelia Munteanu, *Drept civil. Persoanele în reglementarea noului Cod civil*, ediția a 3-a revăzută și adăugită, Editura Hamangiu, 2015, București.
3. Valeriu Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, ediția a IV-a, revizuită și adăugită, editura C. H. Beck, 2021, București.
4. Francisc Deak, Romeo Popescu, *Tratat de drept succesoral, vol. I. Moștenirea legală*, ediția a IV-a actualizată și completată, editura Universul Juridic, 2019, București.
5. Francisc Deak, Romeo Popescu, *Tratat de drept succesoral, vol. II. Moștenirea testamentară*, ediția a IV-a actualizată și completată, editura Universul Juridic, 2019, București.

Resurse digitale:

1. Sergio Camara Lapuente, *Sucesiunea mortis causa în patrimoniul digital*, în cadrul Conferinței ținute la Camera Notarilor Publici din Madrid, Sala Academică, în data de 24 ianuarie 2019 (<https://buletinulnotarilor.ro/sucesiunea-mortis-causa-in-patrimoniul-digital/>), accesat la data de 17 februarie 2023;

2. Angelica Fuchs, *What happens to your social media account when you die? The first German judgments on digital legacy*, ERA Forum 22, 2021 (<https://doi.org/10.1007/s12027-021-00652-y>), accesat la data de 17 februarie 2023;
3. Valeriu Stoica, *Ce sunt datele cu caracter personal?*, juridice.ro, 2019 (https://www.juridice.ro/essentials/2091/ce-sunt-datele-cu-caracter-personal#_ftn_ref13), accesat la data de 22 februarie 2023;
4. Christina L. Kunz, *Browse-Wrap Agreements: Validity of Implied Assent in Electronic Form Agreements*, The Business Lawyer, JSTOR , vol. 59, nr. 1, 2003, pp. 279–312, (<http://www.jstor.org/stable/40688197>), accesat la data de 14 februarie 2023;
5. Tudor-Mihai Sărăcuț, *Cum câștigă influencerii bani?*, juridice.ro, 23 august 2022 (<https://www.juridice.ro/798149/cum-castiga-influencerii-bani.html>), accesat la data de 20 februarie 2023.

Acțiunea în contrafacere. Început, parcurs și finalitate din perspectiva Legii 84/1998 privind mărcile și indicațiile geografice și a Regulamentului (UE) 2017/1001 privind marca Uniunii Europene

Counterfeiting action. Beginning, course and finality from the perspective of Law 84/1998 on trademarks and geographical indications and Regulation 2017/1001 on the European trademark

Action en contrefaçon. Début, déroulement et finalité sous l'angle de la Loi 84/1998 sur les marques et les indications géographiques et du Règlement 2017/1001 sur la marque européenne

Marius-Andrei ȚONE - anul III, grupa 306

coordonator: conf. dr. Doru-Florel Trăilă

Rezumat: Lucrarea analizează din două perspective științifice conceptul contrafacerii; juridic, respectiv sociologic. Subiectul lucrării se apleacă elementele contrafacerii și pe utilitatea unei acțiuni în contrafacere. Lucrarea este împărțită în două părți. În prima parte a lucrării se va analiza fenomenul contrafacerii dintr-o perspectivă sociologică pentru a putea înțelege implicațiile acesteia în circuitul economic, iar în cea de-a doua parte, se va prezenta conceptul juridic al contrafacerii.

Cuvinte-cheie: contrafacerea, acțiunea în contrafacere, marca, prerogativele mărcii, dreptul proprietății intelectuale

Abstract: The paper analyses the concept of counterfeiting from two scientific perspectives; legal and sociological. The subject of the paper looks at the elements of counterfeiting and the usefulness

of an infringement action. The paper is divided into two parts. The first part of the paper will analyse the phenomenon of counterfeiting from a sociological perspective in order to understand its implications in the economic circuit, and the second part will present the legal concept of counterfeiting.

Keywords: infringement, infringement action, trademark, trademark rights, intellectual property law

Résumé: Le document analyse le concept de contrefaçon sous deux angles scientifiques; juridique et sociologique. Le sujet du document porte sur les éléments de la contrefaçon et l'utilité d'une action en contrefaçon. Le document est divisé en deux parties. La première partie du document analysera le phénomène de la contrefaçon d'un point de vue sociologique afin de comprendre ses implications dans le circuit économique, et la seconde partie présentera le concept juridique de la contrefaçon.

Mots clés: contrefaçon, action en contrefaçon, marque, droit des marques, droit de la propriété intellectuelle

1. Contrafacerea. Un simbol al aprecierii producătorului sau o ofensă?

Contrafacerea reprezintă reproducerea frauduloasă a unui bun sau serviciu. Un produs contrafăcut este un bun sub pretinsa marca a altcuiva, fără a avea permisiunea deținătorului dreptului de proprietate intelectuală. Producătorii folosesc aceste mărci pentru a se diferenția între ei, cât și pentru a ajuta consumatorii la identificarea produselor. O marcă poate avea diferite forme, precum un semn, poate fi un cuvânt, un nume de persoană, o literelă, o cifră, culoare etc., sub rezerva îndeplinirii condițiilor prevăzute de lege.

Vânzarea de produsele contrafăcute este întâlnită în mai multe domenii precum modă, auto, IT etc., iar concluzia este că bunul sau serviciu contrafăcut poate aduce beneficii sau daune produsului original, deși ar părea ciudat la prima vedere. Cât privește adepții produselor contrafăcute, odată ce marfa contrafăcută intră pe piață, aceasta stimulează producătorii de produse originale să crească calitatea produselor, cât și să inoveze. Cu toate acestea, odată ce calitatea și inovația apare în cadrul respectivului produs, crește și prețul său. Astfel, se creează cadrul pentru consumator, ca să poată diferenția produsele originale de cele contrafăcute.

Un alt efect al contrafacerii este mobilizarea producătorilor în comunicarea cu consumatorii pentru a-i educa cu privire la beneficiile și calitățile ale produselor lor. Cu atât mai mult, s-a demonstrat faptul că produsele contrafăcute ar ajuta produsele originale, întrucât acestea reprezintă numai un substituent temporar al celor originale, dar și datorită faptului că există o gamă de clienți care urmăresc achiziționarea produsului, într-o variantă mai puțin calitativă, până la produsul original; în timp ce pentru produsele de calitate slabă, produsele contrafăcute sunt un substitut pe de-a-ntregul¹.

Creșterea bunurilor și produselor contrafăcute este în ascensiune potrivit unui studiu realizat de EUIPO și de Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (OCDE) în 2019 care prezintă o serie de estimări monetare potrivit cărora încălcarea dreptului de proprietate intelectuală în comerțul internațional a atins circa 3,3% din comerțul mondial și până la 6,8% din importurile UE². În altă serie de studii, EUIPO a identificat lista cu cele mai afectate sectoare din UE ca urmare a contrafacerii, acestea fiind „produse cosmetice și de îngrijire personală; îmbrăcăminte, încălțăminte și accesorii; articole sportive; jucării și jocuri; bijuterii și ceasuri; genți de mână și de voiaj; muzica înregistrată; băuturi spirtoase și vin; produse farmaceutice; pesticide; telefoane inteligente”³. Mai mult, chiar și locurile de muncă sunt afectate ca urmare a contrafacerii, întrucât în perioada 2013-2017 „s-au pierdut peste 671 000 de locuri de muncă din întreprinderi legitime”⁴.

Mai departe, dintr-o perspectivă juridică, contrafacerea provoacă o pierdere în patrimoniul titularilor mărcilor, întrucât dreptul lor absolut asupra mărcii este încălcat. De asemenea, contrafacerea implică o faptă de furt prin obținerea unui profit necuvenit de pe urma produselor contrafăcute prin prisma reclamelor și bazei fidelizate de clienți ai produsului original.

1 Neelima Mahajan, *Counterfeiting: Good or Bad?*, CKGSB, data accesării 28 februarie 2023, <https://english.ckgsb.edu.cn/knowledges/counterfeiting-good-or-bad/>.

2 Raport de sinteză pe 2020 privind încălcarea drepturilor de proprietate intelectuală. Importanța DPI, încălcarea DPI și lupta împotriva contrafacerii și a pirateriei - rezumat, 4, data accesării 1 martie 2023, https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/reports/2020_Status_Report_on_IPR_infringement/2020_Status_Report_on_IPR_infringement_exec_ro.pdf.

3 Dragoș Oancea, *Precizări succinte privind contrafacerea mărcilor și acordarea despăgubirilor*, Universul Juridic (blog), 16 aprilie 2020, <https://www.universuljuridic.ro/precizari-succinte-privind-contrafacerea-marcilor-si-acordarea-despagubirilor/>; „Raport de sinteză pe 2019 privind încălcarea drepturilor de proprietate intelectuală. Importanța DPI, încălcarea DPI și lupta împotriva contrafacerii și a pirateriei - rezumat”, data accesării 1 martie 2023, https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/reports/2019_Status_Report_on_IPR_infringement/2019_Status_Report_on_IPR_infringement_exec_ro.pdf.

4 Raport de sinteză pe 2020 privind încălcarea drepturilor de proprietate intelectuală. Importanța DPI, încălcarea DPI și lupta împotriva contrafacerii și a pirateriei - rezumat.

2. Marca, obiectul contrafacerii

Marca a fost definită în doctrină „un semn susceptibil de reprezentare grafică, servind la deosebirea produselor sau a serviciilor unei persoane fizice sau juridice de cele aparținând altor persoane”⁵.

Aceasta are rolul de a identifica un produs sau serviciu, fără a fi necesară o descriere a acestuia. Practic, marca reprezintă suma individualizată a unor elemente ce constituie produsul sau serviciul respectiv într-o economie de piață. Aspectele definiției marcii se regasesc atât în cadrul Legii 84/1998 cât și al Regulamentului 2017/1001 privind marca Uniunii Europene, aceasta putând consta în orice semn: cifre, litere, elemente grafice etc., cu condiția să respecte cerințele legale.

Important este și momentul în care ne putem pune problema înregistrării mărcii. Considerăm că aceasta trebuie înregistrată până la lansarea pe piață, astfel produsul sau serviciul nu trebuie prezentat publicului, iar ulterior depusă cererea de înregistrare. Ordinea cronologică este: crearea conceptului, înregistrarea mărcii, iar ulterior lansarea pe piață. În caz contrar ne expunem unor riscuri de utilizare neautorizată a mărcii, inclusiv prin înregistrarea de către altcineva a denumirii.

Mărcile au o serie de funcții. Una dintre acestea este de a diferenția un produs sau serviciu al unei întreprinderi de cel al alteia. Această individualizare se petrece în mintea consumatorului, ajutând la crearea unei legături între produs/serviciu și consumator. În alte cuvinte, este un mod de identificare al producătorului unor bunuri sau servicii. Cu atât mai mult are rolul și de garantare a identității originii produsului sau serviciului care poartă marca, prin aceea că îi permite să distingă, fără confuzie, acel produs de alte produse, care au o altă origine⁶. Mai mult, marca poate avea funcția de asociere a unui producător cu un serviciu/produs sau cu un nume. În plus, marca va ajuta la o deosebire între un producător și concurenții săi.

Totodată, este importantă de menționat și funcția de garanție a calității produselor, astfel marca devine un liant între încrederea cumpărătorului și calitatea produsului. Așadar, funcția de garantare a calității presupune, ca „marca să îndeplinească funcția de indicare a originii. În acest sens, avocatul general Jacobs a reținut în mod întemeiat că „*datorită funcției lor de origine*, mărcile pot reprezenta valori patrimoniale importante, care cuprind *goodwill-ul* unei întreprinderi (sau al unui anumit produs al întreprinderii). Marca protejează așteptările consumatorului față de produsul unei întreprinderi, iar nu față de o noțiune percepută de consumator ca denumire generică. În cazul în

⁵ Lucian Mihai, *Dreptul proprietății intelectuale suport de curs 2018-2019*, 2018, p. 164.

⁶ Sonia Florea, *Acțiunea în contrafacere în dreptul intern*, Revista Română de Drept Privat nr. 2/2012, p. 38, <https://sintact.ro/#/publication/151006152?cm=SFIRST>.

care marca nu își mai îndeplinește funcția de indicare a originii întrucât a devenit denumirea generică a produsului, ea nu își mai poate îndeplini nici funcția de garantare a calității”⁷.

La nivelul național, legislația mărcilor a suferit modificări la începutul acestui an prin adoptarea unei forme noi a Legii 84/1998, iar reglementările Regulamentului 2017/1001 s-au transpus cu atât mai bine în legislația națională, care la început prezenta anumite inadvertențe prin raportare la legislația europeană. În special ne referim la procedura de examinare a unei mărci, care, în cadrul OSIM, în trecut avea loc tocmai la finalul perioadei de înregistrare, etapa opoziției fiind la început, iar abia după examinarea de fond a mărcii. În mod egal, s-au trecut și în competența OSIM-ului cererile în anulare și decădere, care, în trecut, erau de exclusiv competența instanțelor judecătorești. O altă dovadă a oglindirii normelor interne cu cele europene o putem regăsi în prerogativele mărcii la nivel național, care încep să se alinieze cu cele pe care le conferă Regulamentul 2017/1001. În plus, odată cu alinierea la aceste norme europene, Legea 84/1998 a început să facă direct trimiteri la Ordonanță de urgență 100/2005 privind asigurarea respectării drepturilor de proprietate industrială.

3. Acțiunea în contrafacere

În doctrină s-a pus problema definirii acestui mijloc de protejare al titularului dreptului mărcii. Nu există o definiție, ceea ce crează probleme în interpretarea și aplicarea legii⁸. Cu toate acestea, doctrina deosebește 2 tipuri de contrafacere, respectiv contrafacere, în sens restrâns, și imitarea frauduloasă a mărcii altuia⁹. Primul tip de contrafacere reprezintă o imitare a mărcii, iar al doilea tip, imitarea frauduloasă a mărcii altuia reprezintă imitarea mărcii, dar numai asupra „trăsăturile esențiale, izbitoare, sperand, cu ajutorul asemanarii de ansamblu, sa inducă în eroare pe consumatori, iar cu ajutorul deosebirilor, sa se sustraga represiunii”¹⁰.

Prin faptă de de contrafacere se înțelege orice faptă de încălcare a dreptului de proprietate intelectuală sau numai o categorie restrânsă de fapte de încălcare, care sunt săvârșite în legătură cu mărfuri contrafăcute sau mărfuri-pirat¹¹.

În doctrină s-a reținut că faptele de contrafacere pot consta în fabricarea de mărfuri contrafăcute sau mărfuri-pirat; desfășurarea altor activități comerciale în legătură cu acestea; efectuarea de

7 Cauza C-409/12 - Backaldrin Österreich The Kornspitz Company GmbH împotriva Pfahnl Backmittel GmbH, data accesării 1 martie 2023,

https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=C50854AEC9084B3A3CAD37BE9E0DEB1B?docid=140961&text=&dir=&doclang=RO&occ=first%C3%A2%C2%88%C2%82%3D1&mode=DOC&pageIndex=0&cid=3047967

8 Sonia Florea, *Acțiunea în contrafacere în dreptul intern*, p. 2.

9 Mihai, *Dreptul proprietății intelectuale suport de curs 2018-2019*.

10 Mihai.

11 Florea, *Acțiunea în contrafacere în dreptul intern*, p. 2.

activități comerciale cu alte mărfuri decât cele contrafăcute sau piratate, mărfuri produse sau comercializate încălcând drepturile de proprietate intelectuală reglementate prin lege ca drepturi exclusive¹².

Titularul dreptului de proprietate intelectuală poate exercita o gamă de acte de dispoziție marcate de legea specială în materie, care constituie monopolul conferit titularului, prin care legiuitorul prevede un caracter exclusiv al dreptului de proprietate intelectuală și enumeră acele acte de folosință care, în plus, pot fi interzise terților de către titular¹³.

De asemenea, în doctrină s-a precizat existența unor limite a exercițiului dreptului exclusiv de proprietate intelectuală în raport cu alte drepturi. Aestea au fost analizate sub mai multe aspecte¹⁴. Primul aspect este referitor la faptul că din „reglementarea lor reiese că drepturile respective sunt protejate numai pe teritoriul unui anumit stat, în conformitate cu legislația acestuia și numai pentru o perioadă limitată în timp, stabilită prin lege”¹⁵. Al doilea aspect face referire la „conținutul cererii de înregistrare, respectiv în cazul dreptului asupra mărcii, în raport de produsele sau serviciile indicate conform Aranjamentului de la Nisa privind clasificarea internațională a produselor și serviciilor în vederea înregistrării mărcilor”¹⁶. Al treilea aspect vizează „modul de exercitare a acestuia”, limitând sfera actelor de dispoziție expres la cele oferite prin înregistrare marca¹⁷.

Este important de menționat că nu sunt fapte de contrafacere acele fapte care încalcă drepturi de proprietate intelectuală ce nu sunt protejate legal ca drepturi exclusive, precum drepturile de proprietate intelectuală fără caracter exclusiv, acestea fiind apărute pe cale acțiunii în concurență neloială sau în răspundere civilă delictuală¹⁸.

Pentru ca un drept de proprietate industrială să poată face obiectul acțiunii în contrafacere este necesară parcurgerea unei proceduri de examinare în fond a condițiilor cerute de lege, urmată de eliberarea unei titlu de proprietate industrială de către OSIM, devenind un drept exclusiv¹⁹. Condițiile de fond ale obiectului protecției sunt condiționate de obținerea unui certificat de înregistrare din care se naște dreptul subiectiv de proprietate industrială. În plus, marca trebuie să îndeplinească în mod cumulativ anumite condiții, anume: marca să fie un semn, marca să fie un semn distinctiv, marca să fie nouă (disponibilă), marca să fie licită, marca să nu fie deceptivă²⁰.

12 Florea, p. 2.

13 Florea, p. 38.

14 Mihai, *Dreptul proprietatii intelectuale suport de curs 2018-2019*; Florea, *Acțiunea în contrafacere în dreptul intern*.

15 Florea, *Acțiunea în contrafacere în dreptul intern*, p. 38.

16 Florea, p. 38.

17 Florea, pp. 38–39.

18 Florea, p. 2.

19 Florea, p. 2.

20 Mihai, *Dreptul proprietății intelectuale suport de curs 2018-2019*, p. 164.

Așadar, acțiunea în contrafacere are la bază un drept cu caracter de „monopol de exploatare”, reglementat prin lege, întrucât instituie „o limitare a dreptului la liberă concurență și garantează stăpânirea unei valori economice independent și indiferent față de atitudinea subiectivă a terțului care încalcă dreptul”²¹.

4. Natura juridică a acțiunii în contrafacere

În doctrină s-a arătat că, pentru analiza acțiunii civile, punctul de plecare este dreptul substanțial valorificat în litigiu²². Acțiunea în contrafacere a fost analizată din mai multe unghiuri. Dintre acestea, esențiale sunt analizele în care fost privită ca specie a acțiunii în răspundere civilă delictuală și ca o acțiune pentru a apăra un drept real²³.

5. Analiza acțiunii în contrafacere ca specie a acțiunii în răspundere civilă delictuală.

Activarea răspunderii civile delictuale este condiționată existența unei fapte ilicite cauzatoare de prejudicii, astfel se va naște un raport juridic obligațional între titularul dreptului de proprietate intelectuală protejat, victimă a faptei, cât și autorul faptei, în cadrul căruia va intra dreptul la repararea prejudiciului și obligația corelativă a acestuia din urmă. În special, două dintre cele 4 condiții trebuie să fie prezente pentru a se angaja răspunderea civilă delictuală, respectiv prejudiciul și raportul de cauzalitate dintre faptul juridic și prejudiciul injust cauzat victimei²⁴.

În cadrul acțiunii în contrafacere, aceasta a putut fi privită ca o acțiune în răspundere civilă delictuală pentru apărarea unui drept de creație, care se naște în patrimoniul titularului, în urma săvârșirii unei fapte ilicite de către pârât, mai exact, acesta din urmă încălcând o obligație de „a nu face”²⁵. Pentru acest tip de analiză trebuie examinate condițiile prejudiciului și ale vinovăției care au suportat diverse opinii.

Referitor la condiția prejudiciu, există două opinii. Prima opinie elimină necesitatea prejudiciului pentru exercitarea acțiunii în contrafacere, dacă reclamantul solicită numai oprirea pârâtului a faptelor de contrafacere, nu și obligarea sa la plata de despăgubiri bănești. A doua opinie, este

21 Florea, *Acțiunea în contrafacere în dreptul intern*, p. 8.

22 Florea, p. 5.

23 Florea, p. 5.

24 Liviu Pop, Ionuț-Florin Popa, și Stelian-Ioan Vidu, *Drept civil. Obligațiile. Ediția a II-a, revizuită și adăugită*, Universul Juridic, 2020, p. 347.

25 Florea, *Acțiunea în contrafacere în dreptul intern*, p. 5.

referitoare la necesitatea existenței prejudiciului, prejudiciu care rezultă din materialitatea faptei, ca condiție a constituirii exercitării acțiunii în contrafacere²⁶.

În ceea ce privește vinovăția și avem și aici tot două poziții. Prima, vinovăția este prezumată, iar a doua, în cadrul acțiunii în contrafacere, atitudinea subiectivă a pârâtului nu are nicio relevanță²⁷.

Privitor la cele menționate anterior, există și opinia contrară a acțiunii în contrafacere care să poată fi privită ca o specie a acțiunii în răspundere civilă delictuală, întrucât modalitățile de verificare a acestor condiții de admitere a acțiunii sunt incompatibile cu regimul juridic al celor două²⁸.

Așadar, consider că acțiunea în contrafacere nu poate fi o specie a acțiunii în răspundere civilă delictuală, întrucât condiția intrinsecă a prejudiciului nu este îndeplinită, altfel spus „nu e necesar ca prejudiciul să se materializeze ca să existe, ci este suficient să existe posibilitatea de-a se produce în rândul consumatorilor , chiar și la nivel teoretic , un risc de confuzie și/sau de asociere cu marca”²⁹. De asemenea, „acțiunea în contrafacere nu se subsumează acțiunilor generale de obligație de a face sau de a nu face, având o reglementare distinctă, specială, prin prevederile Legii nr. 84/1998”³⁰.

6. Acțiunea în contrafacere ca specie a acțiunii în revendicare

Acțiunea în contrafacere ca specie a acțiunii în revendicare este o altă modalitate de analiză a acțiunii în revendicare, care se formulează împotriva celui care l-a privat pe titularul dreptului de proprietate intelectuală de exercițiul său, cât și de redevențele ce ar fi rezultat din acest exercițiu³¹.

Acțiunea în revendicare este cea „acțiune reală prin care proprietarul, care a pierdut stăpânirea bunului său, cere restituirea acestui bun de la cel care îl deține fără temei juridic”³². Unul dintre caracterele juridice ale acțiunii în revendicare este caracterul real, întrucât „însoțește, apără și se întemeiază pe însuși dreptul real de proprietate”. Un alt caracter juridic al acțiunii în revendicare este că e o acțiune petitorie, astfel, prin această acțiune se stabilește direct existența dreptului de

26 Florea, p. 6.

27 Florea, p. 6.

28 Florea, p. 6.

29 Decizia Civilă nr.1688R/29.06.2012. Curtea de Apel București secția a IX-a civilă și pentru cauze privind proprietatea intelectuală, conflicte de muncă și asigurări sociale, data accesării 3 martie 2023, <http://www.rolii.ro/hotarari/5897a987e49009c821001af8>.

30 Sentința Civilă Nr.4127/2014 pronunțat de Judecătoria Sectorului 1, Secția Civilă, data accesării 3 martie 2023, <http://www.rolii.ro/hotarari/58a59208e490097009001fb9>.

31 Florea, *Acțiunea în contrafacere în dreptul intern*, p. 8.

32 Corneliu Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale. Ediția a IV-a, revizuită și actualizată*, IV, Hamangiu, 2020, p. 343.

proprietate al reclamantului, revendicarea fiind un efect accesoriu al acesteia³³. Deopotrivă, acțiunea bazându-se pe un drept real, este imprescriptibilă³⁴.

Aceasta are, potrivit art. 566 C.civ., ca efecte restituirea bunului sau la despăgubiri dacă bunul a pierit din culpa sa ori a fost înstrăinat, tot așa pârâtul va fi obligat la restituirea produselor sau a contravalorii acestora.

Iar concluzia unei părți a doctrinei a fost aceea ca „protecția în justiție a monopolului conferit titularului dreptului de autor se realizează pe calea acțiunii în contrafacere, care este o acțiune în revendicare, formulată împotriva celui care îl privează pe titular de exercițiul exclusiv al dreptului său și de redevențele care rezultă din acesta”³⁵.

Incompatibilitatea celor două acțiuni este fundamentată pe condițiile și efectele principale ale acestor acțiuni. În cazul acțiunii în revendicare „măsurile reparatorii constau în restituirea bunului, iar obligarea pârâtului la plata de despăgubiri poate fi făcută numai dacă bunul a pierit sau a fost înstrăinat”, în timp ce „în cazul acțiunii în contrafacere, măsurile reparatorii prin echivalent bănesc pot fi obținute în toate cazurile, pe lângă măsurile reparatorii în natură, cu condiția ca pârâtul să fi săvârșit fapta de contrafacere cu intenție”³⁶.

Consider că această critică ca fiind corect fundamentată. Cu toate că dreptul de proprietate intelectuală este un drept real, acțiunea în revendicare are ca obiect bunuri mobile și imobile. Bunurile corporale fiind excluse din domeniul de aplicare a acesteia. De asemenea, există nepotrivite și între efectele secundare ale acestor acțiuni. În cazul acțiunii în revendicare efectul secundar este restituirea bunului, în timp ce în cazul acțiunii în contrafacere efectele secundare ale acțiunii sunt mult mai numeroase.

7. Ce putem obține într-o acțiune în contrafacere

Acțiunea în contrafacere cuprinde totalitatea mijloacelor procesuale organizate de legea procesuală pentru protecția dreptului exclusiv de proprietate intelectuală.

Conform art. 39 din Legea 84/1998, titularul mărcii poate cere interzicerea terților să utilizeze, în activitatea lor comercială, fără consimțământul său: un semn identic mărcii, pentru produse sau servicii identice celor pentru care marca a fost înregistrată; un semn pentru care, datorită faptului că

33 Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale*. Ediția a IV-a, revizuită și actualizată.

34 Bîrsan.

35 Florea, *Acțiunea în contrafacere în dreptul intern*, p. 8.

36 Florea, p. 8.

este identic sau asemănător cu o marcă și din cauză că produsele sau serviciile cărora li se aplică marca sunt identice sau similare, există un risc de confuzie în percepția publicului, incluzând riscul de asociere între semn și marcă; un semn identic sau asemănător cu marca, pentru produse sau pentru servicii identice, similare sau diferite de cele pentru care marca este înregistrată, când aceasta din urmă a dobândit un renume în România și dacă prin utilizarea semnului fără motiv justificat se obțin foloase necuvenite din caracterul distinctiv sau renumele mărcii ori se aduce atingere acestora; un semn identic sau asemănător cu marca care este utilizat în alt scop decât acela de a distinge produsele sau serviciile, atunci când utilizarea acestui semn, fără motive întemeiate, atrage obținerea de foloase necuvenite din caracterul distinctiv sau din renumele mărcii ori aduce atingere acestora. De asemenea, în completarea celor anterioare, titularul mărcii poate cere să fie interzise terților, în special, următoarele acte: aplicarea semnului pe produse sau pe ambalajul acestor produse; oferirea produselor sau comercializarea ori deținerea lor în acest scop sau, după caz, oferirea sau prestarea serviciilor sub acest semn; importul sau exportul de produse sub acest semn; utilizarea semnului pe documente comerciale sau pentru publicitate; utilizarea semnului ca denumire comercială ori ca parte a unei denumiri comerciale; utilizarea semnului în publicitatea comparativă într-un mod care contravine Legii nr. 158/2008 privind publicitatea înșelătoare și publicitatea comparativă, republicată. Mai mult, în cazul în care există riscul ca ambalajul, etichetele, elementele sau dispozitivele de securitate ori de autenticitate sau orice alte suporturi pe care se aplică marca să poată fi utilizate pentru produse sau servicii într-o manieră care ar constitui o încălcare a drepturilor titularului unei mărci conform celor prezentate precedent, titularul mărcii respective are dreptul de a interzice, atunci când acestea sunt efectuate în activitatea comercială, următoarele acte: aplicarea unui semn identic sau similar cu marca pe ambalaje, etichete, elemente sau dispozitive de securitate ori de autenticitate sau pe orice alte suporturi pe care se poate aplica marca; oferirea, introducerea pe piață sau deținerea în aceste scopuri, precum și importul sau exportul ambalajelor, etichetelor, elementelor sau dispozitivelor de securitate sau de autenticitate sau a oricăror alte suporturi pe care se poate aplica marca. Fără a aduce atingere drepturilor titularilor dobândite înainte de data depunerii cererii sau de data de prioritate a mărcii înregistrate, titularul unei mărci înregistrate este îndreptățit totodată să împiedice terții să introducă în cursul activității comerciale produse pe teritoriul României, fără a le pune în liberă circulație în România, în cazul în care aceste produse, inclusiv ambalajele acestora, provin din țări terțe și poartă, fără a fi autorizate, o marcă identică cu marca înregistrată în România pentru respectivele produse sau care nu poate fi diferențiată, în aspectele sale esențiale, de marca înregistrată.

Potrivit art. 103 din Legea 84/1998, titularul dreptului de proprietate industrială sau orice altă persoană care exercită dreptul de proprietate industrială cu consimțământul titularului, poate să ceară instanței judecătorești luarea unor măsuri provizorii, precum interzicerea încălcării sau încetarea ei provizorie sau luarea măsurilor necesare pentru a asigura conservarea probelor. Așa cum reiese din „sentința nr. 3978 din 20.11.2019, Tribunalul Ilfov - Secția civilă a admis cererea, a

constatat că folosirea neautorizată de către pârâtă a denumirii WEPACK, în activitatea comercială, încalcă drepturile de proprietate industrială ale reclamantei asupra mărcilor EPACK nr. M 2002 03442/052207- marcă combinată înregistrată pentru produsele din clasele 16, 18, 21, 35, 39 și EPACK nr. M 2003 02547/055868 - marcă verbală înregistrată pentru produsele din 272 clasele 16, 17, 18, 21; a obligat pârâta să înceteze de îndată folosirea neautorizată, pe teritoriul României, a denumirii WEPACK în activitatea comercială a acesteia, în special, oferirea produselor sau comercializarea, oferirea sau prestarea serviciilor sub acest semn și utilizarea semnului pe documente sau pentru publicitate, importul sau exportul produselor sub acest semn, cu cheltuieli de judecată³⁷.

Potrivit art. 104 din Legea 84/1998 cei care încalcă dreptul de proprietate intelectuală pot fi obligate la despăgubiri, potrivit dreptului comun.

Referitor la măsurile provizorii și de asigurare, acestea sunt prevăzute și în Ordonanță de urgență 100/2005 privind asigurarea respectării drepturilor de proprietate industrială. Conform art. 9 din ordonanță, se pot acorda, la cererea motivată a reclamantului: interzicerea cu titlu provizoriu ca încălcarea presupusă să mai continue; sau să constituie o garanție destinată să asigure despăgubirea titularului dreptului protejat. Deopotrivă, la cererea reclamantului, instanțele judecătorești competente pot să ordone sechestrul mărfurilor bănuite că ar aduce atingere unui drept de proprietate industrială protejat pentru a împiedica introducerea lor sau circulația lor în circuitele comerciale. Și în cazul unei încălcări săvârșite în activități comerciale, instanța judecătorească competentă poate să ordone, dacă partea vătămată dovedește că există circumstanțe care ar putea face imposibilă recuperarea daunelor-interese, sechestrul bunurilor mobiliare și imobiliare ale persoanei care se presupune că a încălcat un drept de proprietate industrială protejat, inclusiv blocarea conturilor bancare și a altor bunuri.

Conform art. 11 din ordonanță, la cerere, reclamantul, poate obține, în privința mărfurilor despre care se constată că aduc atingere dreptului de proprietate industrială protejat și, după caz, în privința materialelor și instrumentelor care au servit, în principal, la crearea sau fabricarea mărfurilor, următoarele măsuri: retragerea din rețelele circuitelor comerciale; scoaterea definitivă din circuitele comerciale; sau distrugerea. În mod egal, măsurile menționate se vor executa pe cheltuiala persoanei care a încălcat un drept de proprietate industrială protejat, afară de situația în care există motive speciale care să împiedice acest fapt.

Prin art. 12 din OG, instanța judecătorească competentă va putea să interzică, printr-o ordonanță președințială, persoanei care a încălcat acest drept continuarea faptelor sale de încălcare, iar

37 Înalta Curte de Casație și Justiție. Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 2021, 2021, <https://www.scj.ro/CMS/0/PublicMedia/GetIncludedFile?id=25103>.

nerespectarea măsurii interzicerii, este considerată o nouă încălcare a dreptului de proprietate industrială în cauză, iar împotriva acestei încălcări se poate dispune una dintre măsurile prevăzute la art. 11 din ordonanța 100/2005.

Art. 13 din OG prevede posibilitatea titularului dreptului de proprietate intelectuală de a obține despăgubiri în locul măsurilor de la art. 11, respectiv 12 din același OG. La calculul acestor daune instanța trebuie să verifice dacă sunt îndeplinite, cumulativ, următoarele condiții: persoana a acționat fără intenție și din imprudență; executarea măsurilor ce ar trebui ordonate ar cauza pentru acea persoană un prejudiciu disproporționat în raport cu fapta săvârșită și plata să fie, în mod rezonabil, satisfăcătoare.

Astfel, în sentința civilă nr. 2046/21.11.2011, TMB, Secția a IV-a Civilă, a statuat că în „interpretarea corelată a dispozițiilor art. 92 din Legea nr. 84/1998 cu prevederile art. 998-999 din Codul civil de la 1864, dreptul comun în materia acordării de despăgubiri pentru prejudicii cauzate prin săvârșirea actelor de contrafacere, prevederi neafectate de reglementarea OUG nr. 100/2005, de asemenea incidentă în cauză, determină în ceea ce privește prejudiciul efectiv suferit de pârâtă concluzia că acesta constă în profitul net realizat de V.V. din vânzarea bunurilor alcoolice purtând marca MILCOV, profit stabilit prin expertiză contabilă efectuată în cauză, respectiv suma de 2.411.779 lei”³⁸.

8. Competența

Din punct de vedere general, competența de a soluționa litigiile aparține instanțelor judecătorești.

Din punct de vedere material, conform art. 82 al Legii 84/1998 privind mărcile și indicațiile geografice litigiile având ca obiect mărci ale Uniunii Europene, sunt de competența exclusivă a Tribunalului București, care judecă în primă instanță. În aceeași măsură, sentința pronunțată de Tribunalul București poate fi atacată cu apel la Curtea de Apel București conform art. 99 din lege.

Din punct de vedere teritorial, conform art. 82 și 99 din Legea 84/1998, instanțele competente sunt din Municipiul București.

38 Viorel Roș și Andreea Livădariu, *Probleme privind acțiunea în contrafacerea mărcilor și evaluarea prejudiciului*, Juridice, 25 ianuarie 2015, <https://www.juridice.ro/357644/probleme-privind-actiunea-in-contrafacerea-marcilor-si-evaluarea-prejudiciului.html>.

9. Căi de atac

Potrivit reglementărilor în vigoare, coborând prevederile art. 82 din Legea 84/1998 cu art. 468 alin. (1) CPC, art. 485 CPC; acțiunea în contrafacere se soluționează de tribunal prin sentință, supusă apelului, la curtea de apel, în termen de 30 zile de la comunicarea hotărârii, iar hotărârea curții de apel poate fi supusă recursului, în termen de 30 zile de la comunicare.

Concluzii

Contrafacerea este și va rămâne o problemă de actualitate, cu consecințe negative care depășesc problematica sferei juridice, fiind un subiect abordat de diferite domenii, precum marketing, sociologie, psihologie etc.

Aceasta reprezintă un „furt” de proprietate intelectuală și, în opinia mea, ar trebui suprimat, efectele negativă eclipsând motivele acceptării ei.

Acțiunea în contrafacere este un tip de acțiune reglementată prin legi speciale și nu poate fi privită ca o specie a altor acțiuni, protejând un drept cu caracter sui generis. Reglementarea prin legi specială a fost necesară întrucât constituie o „limitare a dreptului la liberă concurență și garantează stăpânirea unei valori economice independent și indiferent față de atitudinea subiectivă a terțului care încalcă dreptul”³⁹.

Bibliografie

Resurse tipărite:

1. Corneliu Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale. Ediția a IV-a, revizuită și actualizată*. IV. Hamangiu, 2020
2. Răzvan Dincă, *Dreptul proprietății intelectuale. Note de curs*, 2020
3. Lucian Mihai, *Dreptul proprietății intelectuale. Note de curs*, 2018

³⁹ Florea, *Acțiunea în contrafacere în dreptul intern*.

4. Liviu Pop, Ionuț-Florin Popa, și Stelian-Ioan Vidu, *Drept civil. Obligațiile. Ediția a II-a, revizuită și adăugită*. II. Cursuri universitare. Universul Juridic, 2020

Resurse digitale:

1. *Cauza C-409/12 - Backaldrin Österreich The Kornspitz Company GmbH împotriva Pfahnl Backmittel GmbH*. Data accesării 1 martie 2023. https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=C50854AEC9084B3A3CAD37BE9E0DEB1B?docid=140961&text=&dir=&doclang=RO&occ=first%C3%A2%C2%88%C2%82%3D1&mode=DOC&pageIndex=0&cid=3047967.
2. *Codul Civil din 2009 (Legea nr. 287/2009) - Republicare, Monitorul Oficial nr. 505 din 2011, cu modificările și completările ulterioare*. Data accesării 2 martie 2023. <https://sintact.ro/#/act/16901347/20?directHit=true&directHitQuery=codul%20civil>.
3. *Codul de Procedură Civilă din 2010 - Republicare, Monitorul Oficial nr. 247 din 2015, cu modificările și completările ulterioare*. Data accesării 2 martie 2023. <https://sintact.ro/#/act/16910520/73/codul-de-procedura-civila-din-2010-republicare>
4. *Decizia Civilă nr.1688R/29.06.2012. Curtea de Apel București secția a IX-a civilă și pentru cauze privind proprietatea intelectuală, conflicte de muncă și asigurări sociale*. Data accesării 3 martie 2023. <http://www.rolii.ro/hotarari/5897a987e49009c821001af8>.
5. Sonia Florea, *Acțiunea în contrafacere în dreptul intern*, Revista Română de Drept Privat 2 din 2012, 2012. <https://sintact.ro/#/publication/151006152?cm=SFIRST>.
6. *Înalta Curte de Casație și Justiție. Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 2021, 2021*. <https://www.scj.ro/CMS/0/PublicMedia/GetIncludedFile?id=25103>.
7. *Legea 84/1998 privind mărcile și indicațiile geografice - REPUBLICARE, Monitorul Oficial nr. 856 din 2020, cu modificările și completările ulterioare*. Data accesării 26 februarie 2023. [https://sintact.ro/#/act/16798225/13?directHit=true&directHitQuery=Legea%2084~2F1998&uniTid=roz\(xiv\)](https://sintact.ro/#/act/16798225/13?directHit=true&directHitQuery=Legea%2084~2F1998&uniTid=roz(xiv)).
8. Neelima Mahajan, *Counterfeiting: Good or Bad?* - CKGSB. Data accesării 28 februarie 2023. <https://english.ckgsb.edu.cn/knowledges/counterfeiting-good-or-bad/>.
9. Dragoș Oancea, *Precizări succinte privind contrafacerea mărcilor și acordarea despăgubirilor*. Universul Juridic, 16 aprilie 2020. <https://www.universuljuridic.ro/precizari-succinte-privind-contrafacerea-marcilor-si-acordarea-despagubirilor/>.
10. *Ordonanță de urgență 100/2005 privind asigurarea respectării drepturilor de proprietate industrială, Monitorul Oficial nr. 643 din 2005, cu modificările și completările ulterioare*. Data accesării 26 februarie 2023. <https://sintact.ro/#/act/16861986/5/ordonan%C8%9Ba-de-urgen%C8%9Ba-100-2005-privind-asigurarea-respectarii-drepturilor-de-proprietate-industriala>.
11. *Raport de sinteză pe 2019 privind încălcarea drepturilor de proprietate intelectuală. Importanța DPI, încălcarea DPI și lupta împotriva contrafacerii și a pirateriei - rezumat*. Data accesării 1 martie 2023. https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/reports/2019_Status_Report_on_IPR_infringement/2019_Status_Report_on_IPR_infringement_exec_ro.pdf.
12. *Raport de sinteză pe 2020 privind încălcarea drepturilor de proprietate intelectuală. Importanța DPI, încălcarea DPI și lupta împotriva contrafacerii și a pirateriei - rezumat*. Data accesării 1

- martie 2023. https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/reports/2020_Status_Report_on_IPR_infringement/2020_Status_Report_on_IPR_infringement_exec_ro.pdf.
13. Viorel Roș și Andreea Livădariu, *Probleme privind acțiunea în contrafacerea mărcilor și evaluarea prejudiciului*. *Juridice*, 25 ianuarie 2015. <https://www.juridice.ro/357644/probleme-privind-actiunea-in-contrafacerea-marциlor-si-evaluarea-prejudiciului.html>.
 14. *Sentința Civilă Nr.4127/2014 pronunțat de Judecătoria Sectorului 1, Secția Civilă*. Data accesării 3 martie 2023. <http://www.rolii.ro/hotarari/58a59208e490097009001fb9>.
 15. International AntiCounterfeiting Coalition, *What Is Counterfeiting*. Data accesării 1 martie 2023. <https://www.iacc.org/resources/about/what-is-counterfeiting>.

Legea aplicabilă clauzei compromisorii – *lex loci arbitri* sau *lex contractus*? *Cour de cassation de France versus United Kingdom Supreme Court*

The law applicable to the arbitration agreement – *lex loci arbitri* or *lex contractus*? *Cour de cassation de France versus United Kingdom Supreme Court*

La loi applicable à la convention d'arbitrage – *lex loci arbitri* ou *lex contractus*? *Cour de cassation de France versus United Kingdom Supreme Court*

George DOMOCOȘ – anul IV, grupa 411

coordonatori: lector dr. Teodora-Maria BANTAȘ-VĂDUVA, drd. Ana-Maria DIMOFTE

Rezumat: Dincolo de avantajul recunoscut al celerității arbitrajului comercial internațional, acesta poate da naștere unor situații juridice complexe de conflict de legi, care ar putea fi relativ ușor evitate. Acest studiu își propune să analizeze variantele și modul de determinare a legii aplicabile clauzei compromisorii în lipsa unei alegeri exprese a părților, pornind de la un caz soluționat paralel dar diferit de instanțele franceze și engleze. De asemenea, lucrarea cercetează normele relevante în domeniu din dreptul intern, identificând soluția ce se impune conform acestora. Nu în ultimul rând, se propun niște soluții incipiente pentru evitarea unor complicații provocate de viziunile diferite ale jurisdicțiilor asupra clauzei arbitrale.

Cuvinte-cheie: lege aplicabilă, arbitraj internațional, clauza compromisorie, convenție arbitrală, conflict de legi

Abstract: Besides the acknowledged advantage of speed associated with international commercial arbitration, it can nonetheless give rise to some complex conflict-of-law situations that could be relatively easily avoided. This study aims to analyse the possibilities of determining the law applicable to the arbitration clause in the absence of an express choice of the parties, starting from a case decided simultaneously but differently by the French and English courts. The paper also explores the relevant rules of domestic law and identifies the solution that is required under them. Last but not least, some solutions are proposed in order to avoid complications caused by the different views of the jurisdictions on the arbitration clause.

Keywords: applicable law, international arbitration, arbitration clause, arbitration agreement, conflict of laws

Résumé: Au-delà de l'avantage reconnu de la rapidité associée à l'arbitrage commercial international, celui-ci peut néanmoins donner lieu à certaines situations complexes de conflit de lois qui pourraient être relativement facilement évitées. Cet étude vise à analyser les possibilités de déterminer la loi applicable à la clause d'arbitrage en l'absence d'un choix exprès des parties, à partir d'une affaire jugée simultanément mais différemment par les tribunaux français et anglais. L'étude explore également les règles pertinentes du droit national et identifie la solution qui s'impose en vertu de celles-ci. Enfin, certaines solutions sont proposées afin d'éviter les complications causées par les différents points de vue des juridictions sur la clause d'arbitrage.

Mots-clé: loi applicable, arbitrage international, clause d'arbitrage, convention d'arbitrage, conflit de lois

1. Introducere

Privită de multe ori ca fiind chestiunea cea mai ușor de stabilit în cadrul unor litigii chiar complexe de drept intern¹, determinarea legii aplicabile unui raport juridic capătă valențe hotărâtoare în cadrul litigiilor cu element(e) de extraneitate, cu precădere în ipoteza arbitrajelor internaționale. Astfel, de

¹ De cele mai multe ori, aspecte dificil de clarificat în cadrul litigiilor naționale țin de aplicarea în timp a legii, deoarece prezumția că se va aplica legea română nu este aproape niciodată pusă la îndoială.

vreme ce competența tribunalului arbitral izvorăște din și depinde de clauza compromisorie, o importanță capitală o are legea care guvernează fondul (*id est* formarea, validitatea și eficacitatea) acestei clauze.

Mai exact, interes teoretic și practic deosebit prezintă mecanismele prin care tribunalul arbitral ori instanța² determină această lege, în cazul lipsei unei alegeri exprese a părților. Miza determinării corecte a acestei legi este vitală: în urma acestei determinări se va stabili dacă tribunalul are sau nu competență³.

În acest context, ce se întâmplă când două instanțe, exponente de seamă ale celor două sisteme continentale de drept – romano-germanic și anglo-saxon – au în paralel sarcina de a determina legea aplicabilă aceleiași clauze arbitrale, fiecare aplicând desigur dreptul cunoscut lor, unuia și aceluiași raport juridic? Speța de față, care prezintă o problemă de actualitate⁴, indică teoreticienilor și practicienilor dreptului din întreaga lume că Războiul de 100 de ani între Anglia și Franța continuă, însă nu se mai poartă în prezent cu săbii și arcuri, ci cu argumente de drept internațional privat ale curților lor supreme. De asemenea, dacă (sau poate mai bine zis, când) această problema va trebui rezolvată de instanțele române, către care dintre soluții vor înclina acestea?

2. Variante consacrate în doctrină și jurisprudență de determinare a legii aplicabile clauzei arbitrale în lipsa alegerii exprese a părților

2.1. Despre autonomia clauzei compromisorii (the doctrine of separability)

Analizată la nivel elementar, clauza compromisorie este varietatea convenției arbitrale materializată într-una din multiplele clauze ale unui contract. Datorită naturii sale speciale, această clauză nu este însă ca oricare alta, ci beneficiază de o independență pronunțată față de contractul în care se află, raportul dintre cele două entități apărând sub forma unui contract într-un contract.

Principalul efect al acestei caracteristici esențiale este faptul că obligația de a soluționa prin arbitraj toate disputele legate de contract subzistă, chiar dacă contractul de bază este viciat⁵. Astfel, se protejează și se dă de fapt eficiență înseși voinței reale de a arbitra a părților, în opoziție cu soluția care ar fi decurs din considerarea clauzei compromisorii ca o simplă parte din contractul principal,

² De obicei în cadrul unei acțiuni în anularea sau executarea hotărârii arbitrale.

³ Amanda Nunes Sampaio, *The law governing the arbitration agreement: Why we need it and how to deal with it*, par. 7, <https://www.ibanet.org/> (<https://www.ibanet.org/article/699fd751-0bd4-4a15-bf84-e2542a8219c9>), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.

⁴ Decizia Curții de Casație din Franța, analizată mai jos, a fost publicată recent, în 28 septembrie 2022.

⁵ Julian Lew, Loukas Mistelis, Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 101.

adică lipsirea de efecte a acesteia de îndată ce contractul de bază ar fi viciat. Această autonomie a clauzei compromisorii este foarte asemănătoare cu cea de care se bucură clauza de *electio juris*⁶, producând aceleași efecte cu privire la relația dintre clauză și contractul de bază.

Cu toate acestea, trebuie menționat că această concluzie nu poate fi susținută dacă contractul din care face parte clauza arbitrală nu a fost niciodată încheiat (e inexistent)⁷. Într-adevăr, această ficțiune juridică poate doar ameliora ori înlătura efectele unor sancțiuni de drept civil, nu poate suplini chiar lipsa acordului de voințe dintre părți.

Un alt efect major însă este și faptul că, autonomă fiind, clauza compromisorie poate fi guvernată de o cu totul altă lege decât contractul în care se găsește⁸. Or, exact de aici izvorăște problema principală din speța analizată mai jos; dacă există aproape unanimitate în doctrină și jurisprudență privind existența acestui efect, nu același lucru se poate spune despre normele privind conflictul de legi care urmează să se aplice pentru a determina *lex cause* a clauzei compromisorii.

Chiar dacă inițial acceptat cu scepticism, acest concept s-a consacrat cu timpul în legislația națională a unui număr tot mai mare de jurisdicții, fiind actualmente prezent în dreptul pozitiv al majorității statelor.⁹ Într-adevăr, chiar Legea Model elaborată de UNCITRAL¹⁰ statuează în art. 16 alin. (1) teza a II-a că “[...] o clauza compromisorie ce este parte dintr-un contract va fi tratată ca o convenție separată de celelalte clauze contractuale”. De asemenea, multe instituții arbitrale importante au inclus în regulamentele lor acest concept, cum ar fi ICC¹¹, LCIA¹² ori AAA¹³.

⁶ Dragoș Sitaru, *Drept internațional privat*, C. H. Beck, 2013, București, pp. 341-342.

⁷ Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, Kluwer Law International, 2019, p. 254.

⁸ Emmanuel Gaillard, John Savage (ed.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 212.

⁹ Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2015, p. 93.

¹⁰ Legea Model, elaborată în 1985 și modificată în 2006, reprezintă un instrument de *soft law* pus la dispoziția statelor în scopul modernizării și unificării legislației în materie de arbitraj. Aceasta a fost redactată în cadrul Comisiei Organizației Națiunilor Unite în domeniul Dreptului Comerțului Internațional (United Nations Commission on International Trade Law-UNCITRAL). Succesul textului este remarcabil, 85 de țări din lume adoptând legi influențate de acesta.

¹¹ Camera Internațională de Comerț (International Chamber of Commerce- ICC), cu sediul în Paris. Conceptul este reglementat în art. 6 alin. (9) din Regulile de arbitraj 2021: “Unless otherwise agreed, the arbitral tribunal shall not cease to have jurisdiction by reason of any allegation that the contract is non-existent or null and void, provided that the arbitral tribunal upholds the validity of the arbitration agreement. The arbitral tribunal shall continue to have jurisdiction to determine the parties’ respective rights and to decide their claims and pleas even though the contract itself may be non-existent or null and void.”

¹² Curtea de Arbitraj Internațional din Londra (London Court of International Arbitration- LCIA). Conceptul este reglementat în art. 23 alin. (2) din Regulile de arbitraj 2020: “[...] an arbitration clause which forms or was intended to form part of another agreement shall be treated as an arbitration agreement independent of that other agreement. A decision by the Arbitral Tribunal that such other agreement is non-existent, invalid or ineffective shall not entail (of itself) the non-existence, invalidity or ineffectiveness of the arbitration clause.”

¹³ Asociația Americană de Arbitraj (American Arbitration Association- AAA). Conceptul este reglementat în art. 7 lit. (b) din Regulile de arbitraj 2022: “an arbitration clause shall be treated as an agreement independent of the other terms of the

În ceea ce privește legea română, acest principiu este consacrat clar în Codul de procedură civilă, la art. 550 alin. (2): “Validitatea clauzei compromisorii este independentă de valabilitatea contractului în care a fost înscrisă.” Doctrina românească¹⁴ observă existența acestui principiu inclusiv pe perioada vechiului Cod de procedură civilă, menționând că “autonomia clauzei compromisorii este o regulă larg cunoscută și constant respectată de către părțile la contractele de comerț internațional” și reținând în principal aceleași efecte: nulitatea contractului principal nu atrage prin sine nulitatea clauzei, rezoluțiunea celui dintâi nu o afectează pe cea din urmă și, desigur, “legea aplicabilă convenției de arbitraj poate să fie diferită de legea care guvernează contractual principal”.

De asemenea, unii autori¹⁵ arată că inclusiv litigiile implicând validitatea sau nevaliditatea clauzei compromisorii însăși pot fi soluționate prin arbitraj, de vreme ce “clauza arbitrală (*negotio*) este expresia opțiunii părților pentru arbitraj”.

2.2. Prima variantă: legea contractului de bază

Într-o logică oarecum intuitivă, prima posibilitate este ca clauza compromisorie să fie guvernată chiar de aceeași lege care guvernează contractul principal, aceasta fiind situația când părțile nu au ales nici expres, dar nici indirect, ca o altă lege să intervină. Această soluție pare logică și naturală, ținând cont și de realitatea că, de cele mai multe ori, persoanele fizice, reprezentanți ai unor persoane juridice care operează cu contracte internaționale importante, nu sunt familiarizați cu concepte abstracte și complexe de drept și, deci, tratează alegerea legii aplicabile ca o operațiune ce ar trebui să fie evidentă și simplă.

Într-adevăr, doctrina reține că “există o prezumție foarte puternică în favoarea legii ce guvernează contractul de bază care conține clauza compromisorie să o guverneze și pe aceasta”¹⁶ și că “de vreme ce clauza compromisorie este doar una din multele clauze ale unui contract, pare rezonabil a presupune că legea aleasă de părți pentru a governa contractul va governa de asemenea și clauza compromisorie”¹⁷.

Această soluție pare a fi confirmată de jurisprudență, în special în sistemele de *common law*. Curtea de Apel a Angliei, într-o decizie¹⁸ din 2012 reține că „este corect a porni de la prezumția că în lipsa

contract. A decision by the arbitrator that the contract is null and void shall not for that reason alone render invalid the arbitration clause.”

¹⁴ Ion Deleanu, Sergiu Deleanu, *Arbitrajul intern și internațional*, Rosetti, 2005, București, pp. 333-334.

¹⁵ Radu Bobei, *Arbitrajul intern și internațional. Texte. Comentarii. Mentalități*, C. H. Beck, 2013, București, pp. 56-67.

¹⁶ Julian Lew, *The law applicable to the form and substance of the arbitration clause*, în Albert Van den Berg, *Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention*, ICCA Congress Series, Volume 9, ICCA & Kluwer Law International, 1999, p. 143.

¹⁷ Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, Martin Hunter, *op. cit.*, p. 157.

¹⁸ *Sulamérica Cia Nacional de Seguros S.A. and others v. Enesa Engenharia S.A.*, par. 11, procesul nr. A3/2012/0249, hotărârea nr. [2012] EWCA Civ 638, 16.04.2012, Curtea de Apel a Angliei și a Țării Galilor, <https://www.bailii.org/> (<https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/638.html>), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.

unei indicații contrare, părțile au intenționat ca întreaga lor relație contractuală să fie guvernată de același sistem de drept”. De asemenea, pornind de la această din urmă decizie, Curtea Supremă din Singapore a reținut într-o hotărâre¹⁹ din 2016 că “sunt de acord cu opinia că alegerea implicită a legii care să guverneze clauza compromisorie este probabil să fie identică cu alegerea expresă a legii care să guverneze contractul de fond”.

2.3. A doua variantă: legea locului arbitrajului

Dacă legea contractului de bază are o justificare logică pentru a se aplica, legea locului arbitrajului ca lege care să guverneze clauza compromisorie își are o explicație procedurală: procesul de arbitraj va avea invariabil legătură cu legea țării în care are loc, iar o eventuală acțiune în anulare va fi introdusă de cele mai multe ori în țara unde a fost pronunțată hotărârea arbitrală.

În practică, la această variantă de lege s-a ajuns având în vedere art. V alin. (1) lit. a al Convenției de la New York²⁰, care, reglementând posibilitățile pentru refuzul recunoașterii și executării unei hotărâri arbitrale, prevede că legea conform căreia se va analiza invaliditatea convenției invocată de pârât va fi, în lipsa unei alegeri exprese a părților, “legea țării unde hotărârea a fost pronunțată”. Pornind de la această prevedere, doctrina reține că există o multitudine de precedente în jurisprudență, din diferite jurisdicții, pentru aplicarea legii locului arbitrajului, fapt ce respectă reglementarea Convenției de la New York²¹.

Așa fiind, unii autori rețin că “în majoritatea cazurilor, tribunalele arbitrale, bazându-se pe articolul V(1)(a) al Convenției de la New York, consideră locul arbitrajului ca fiind factorul relevant în determinarea legii aplicabile, dacă părțile nu au făcut o alegere”²², deoarece “determinând validitatea unei clauze arbitrale prin referire la aceleași norme de drept ca și instanțele naționale de la locul arbitrajului ar putea să reducă riscul de a pronunța o hotărâre ce nu poate fi pusă în executare”²³.

Această opinie a fost receptată și de instanțele naționale; chiar în speța *Sulamérica vs. Enesa* citată mai sus, instanța, după ce într-adevăr consacră prezumția aplicării și clauzei arbitrale a legii aplicabile contractului principal, reține că “alegerea Londrei ca loc al arbitrajului indică acceptarea de

¹⁹ *BCY vs. BCZ*, par. 49, procesul nr. 502/2016 SGHC 249, 09.11.2016, Înalta Curte a Republicii Singapore, <https://www.elitigation.sg/> (https://www.elitigation.sg/gdviewer/s/2016_SGHC_249), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.

²⁰ Convenția ONU pentru recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine, adoptată la New York în 10.06.1958 (prescurtată și “Convenția de la New York privind Arbitrajul Internațional” sau “Convenția de la New York”) instituie obligația statelor semnatare să recunoască convențiile arbitrale și să execute hotărârile arbitrale străine pronunțate în alte state semnatare. Convenția reprezintă unul dintre cele mai importante instrumente ale funcționării arbitrajului internațional și a fost ratificată de 172 de state, printre care și România în 1961.

²¹ Julian Lew, *op cit.*, p. 142; Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, Martin Hunter, *op. cit.*, p. 158.

²² Julian Lew, Loukas Mistelis, Stefan Kröll, *op. cit.*, p. 123.

²³ *Idem*, p. 124.

către părți a faptului că legea engleză se va aplica conducerii și supravegherii arbitrajului, fapt ce sugerează că părțile au intenționat ca legea engleză să guverneze toate aspectele convenției arbitrale²⁴. Mai recent, și Curtea Supremă din Germania într-o decizie²⁵ din 2020 a validat același raționament, reținând că “având în vedere că nu există o alegere expresă de lege pentru clauza arbitrală, alegerea legii pentru contractual de bază nu reprezintă automat o alegere implicită pentru cea dintâi. Așadar, în lipsa unei alegeri exprese ori implicite a legii, Curtea decide că legea de la locul arbitrajului se va aplica clauzei compromisorii”²⁶.

3. Epopeea Kabab vs. Kout

3.1. Situația inițială de fapt, arbitrajul, acțiunile în fața instanțelor naționale și situația actuală

În contextul acestei problematici sensibile, o speță recentă și atipică atrage atenția, un caz complex ce include atât un arbitraj cât și acțiuni în fața mai multor instanțe naționale, de grade diferite. Speța are la bază un grup radiant²⁷ de contracte de franciză constând într-un contract-cadru (Franchise Development Agreement) și zece contracte de franciză (Franchise Outlet Agreements), între o societate libaneză, Kabab-ji ("Kabab"), și o companie din Kuweit, Al-Homaizi Foodstuff Company ("Al-Homaizi"), contracte guvernate de legea engleză conform alegerii exprese a părților, însă conținând o clauză arbitrală care prevedea locul arbitrajului în Paris. În 2005 Al-Homaizi a fost cumpărată de grupul Kout Food Group ("Kout"), devenind o societate subordonată acesteia, însă termenii contractelor cu Kabab au rămas neschimbați²⁸.

Mai apoi, pe fondul unei neînțelegeri, Kabab a pornit arbitrajul (în cadrul International Chamber of Commerce, la Paris) direct împotriva Kout, ca societate-mamă a cocontractantului său. Kout a invocat faptul că tehnic el nu este semnatar al contractului, iar astfel nu ar putea fi obligat să respecte clauza arbitrală și să se arbitreze.

²⁴ *Sulamérica v. Enesa*, cit. supra, apud Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, Martin Hunter, *op. cit.*, pp. 158-159.

²⁵ “The Mace-Flowers decision” (numele părților este anonimizat, doctrina referindu-se la decizie prin această sintagmă datorită obiectului contractului în litigiu), procesul nr. I ZR 245/19, 26.11.2020, Curtea Federală de Justiție a Germaniei, <https://www.bundesgerichtshof.de/> (<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=3&nr=112973&pos=19&anz=619>), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.

²⁶ Diana Bucvală, Raluca Rusu, *Midnight problems: finding the law applicable to the arbitration agreement*, în *Revista Română de Arbitraj* nr. 2/2022, pp. 92-93.

²⁷ Pentru noțiune a se vedea Liviu Pop, Ionuț Popa, Stelian Vidu, *Drept civil. Obligațiile*, Universul Juridic, 2020, București, p. 54.

²⁸ Akin Gump- Strauss, Hauer & Feld LLP, *Fourth (and Final?) Act in the Kabab-Ji Saga—What Law Governs the Arbitration Agreement (Law of the Seat or Law of the Underlying Contract)? – International Arbitration Alert*, www.akingump.com (<https://www.akingump.com/en/news-insights/fourth-and-final-act-in-the-kabab-ji-sagawhat-law-governs-the-arbitration-agreement-law-of-the-seat-or-law-of-the-underlying-contract.html>), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.

Problema substanțială de drept era, așadar, dacă o convenție arbitrală semnată de o companie care a devenit apoi *subsidiary* al alteia are forță obligatorie față de aceasta din urmă (societatea-mamă). Din perspectiva conflictului de legi, se puneă întrebarea dacă această chestiune se va rezolva pe baza legii ce guverna contractul de franciză de bază (legea engleză, aleasă expres de părți), ori pe baza legii locului arbitrajului (legea franceză). Miza era esențială, căci conform legii materiale engleze clauza arbitrală nu putea produce efecte și asupra societății-mamă, însă sub legea franceză clauza putea fi extinsă cu caracter obligatoriu. Într-un final, cu o decizie cu majoritate de 2 la 1, tribunalul arbitral a decis că legea franceză, ca lege a locului arbitrajului, guvernează dilema dacă Kout devenise parte la convenția arbitrală. În acest context, a declarat admisibilă cererea și a și admis-o pe fond²⁹.

În continuare, Kout a făcut, evident, acțiune în anulare în fața Curții de Apel Paris, susținând că tribunalul arbitral nu avea jurisdicție, aspect ce trebuia analizat conform legii contractului de bază, legea engleză. Instanța a respins cererea, respectând jurisprudența franceză constantă în materie privind posibilitatea extinderii efectului obligatoriu al unei clauze arbitrale și față de un non-semnatar, dacă acesta a participat la executarea efectivă a contractului. Într-un final, după ce s-au pronunțat toate instanțele engleze³⁰, Curtea de Casație a confirmat decizia Curții de Apel, menționând în plus că, nu numai că părțile pot alege în mod expres o lege care să guverneze doar clauza arbitrală, ci pot face asta și implicit, alegând locul arbitrajului.

În paralel, Kabab a încercat să pună în executare sentința arbitrală în fața instanțelor engleze (în ordine: English Commercial Court, English Court of Appeal, United Kingdom Supreme Court), însă acestea au respins cererile. Motivarea constă în faptul că chestiunea validității clauzei arbitrale față de Kout trebuia să fie guvernată de legea aplicabilă întregului contract ca *lex voluntatis*, adică cea engleză. Această alegere reiese implicit din alegerea legii pentru contractul principal. În consecință, conform legii substanțiale engleze, Kout nu este parte la contractul inițial, nu putea fi obligat să se arbitreze, iar sentința nu poate fi pusă în executare.³¹

În prezent, situația este blocată în mod paradoxal: sentința arbitrală este validă conform țării unde a fost pronunțată, dar nu poate fi pusă în executare în țara unde reclamantul are interes. Toate demersurile în fața instanțelor naționale au fost soluționate inclusiv la ultimul grad de jurisdicție, în fața instanțelor supreme, așa că, în absența unei înțelegeri amiabile a părților, lucrurile par a fi paralizate, aparent în favoarea pârâtului Kout, care nici măcar nu poate fi acuzat de vreun abuz de drept.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ A se vedea *infra* 3.2.

³¹ Leila Kazimi, *The Walking Dead: Double Life of the Kabab-Ji Award*, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/> (<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/11/16/the-walking-dead-double-life-of-the-kabab-ji-award/>), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.

3.2. Raționamentul juridic al United Kingdom Supreme Court

Din punct de vedere științific, dar și din considerente de utilitate practică, este oportună analiza argumentelor juridice ale celor două curți, mai în profunzime decât aparența superficială cum că fiecare curte și-ar favoriza propria lege națională. Decizia³² Curții Supreme a Marii Britanii prezintă o analiză dezvoltată, apelând la multiple precedente judiciare și opinii doctrinare, și va reprezenta cu siguranță un punct de reper pentru alte instanțe naționale ori tribunale arbitrale ce vor adopta aceeași poziție.

Mai întâi, curtea reține că pentru a decide dacă o clauză compromisorie este valabilă, primul pas este identificarea sistemului de drept pe care curtea trebuie să îl aplice. Astfel, pornind de la faimoasa sa decizie *Enka vs. Chubb*³³, curtea confirmă faptul că trebuie să răspundă la aceeași primă întrebare ca *Enka vs. Chubb*, chiar dacă acum problema se pune după ce arbitrajul a avut deja loc și se cere executarea sentinței arbitrale (spre deosebire de *Enka vs. Chubb*, când a fost vorba de un litigiu înainte de arbitraj)³⁴.

În acest scop, instanța reiterează importanța Convenției de la New York pentru soluționarea problematichilor juridice în legătură cu arbitrajele internaționale, în special a art. V alin. (1) lit. a³⁵. De asemenea, cu titlu preliminar, curtea observă și că în paralel cu cererea de executare a hotărârii arbitrale în Marea Britanie făcută de Kabab, Kout a făcut demersuri în Franța pentru anularea hotărârii arbitrale, în fața Curții de Apel Paris³⁶. Dacă ar fi fost anulată, acest simplu fapt ar fi fost motiv suficient pentru a refuza executarea, însă fiindcă instanța franceză nu a admis anularea, singurul motiv rămâne eventuala invaliditate a convenției arbitrale.

Așa fiind, în scopul rezolvării chestiunii legii aplicabile, curtea își menține interpretarea din *Enka vs. Chubb* a art. V alin. (1) lit. a din Convenția de la New York, statuând cu valoare de principiu că “validitatea unei clauze arbitrale trebuie interpretată după «legea la care părțile au supus-o», adică legea aleasă. Dacă părțile nu au ales, legea aplicabilă este aceea a «țării unde hotărârea a fost pronunțată». Când părțile au ales locul arbitrajului, locul unde hotărârea a fost pronunțată este sau va fi considerat a fi locul arbitrajului.”³⁷

³² *Kabab-Ji SAL (Lebanon) (Appellant) v. Kout Food Group (Kuwait) (Respondent)*, procesul nr. 2020/0036, hotărârea nr. [2021] UKSC 48, 27.10.2022, Curtea Supremă a Marii Britanii, <https://www.supremecourt.uk/> (<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2020-0036.html>), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.

³³ *Enka Insaat Ve Sanayi A.S. (Respondent) v. OOO Insurance Company Chubb (Appellant)*, procesul nr. 2020/0091, hotărârea nr. [2020] UKSC 38, 09.10.2020, Curtea Supremă a Marii Britanii, <https://www.supremecourt.uk/> (<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2020-0091.html>), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.

³⁴ *Idem*, p. 2, par. 1-2.

³⁵ *Idem*, p. 4, par. 10-11.

³⁶ *Idem*, p. 6, par. 16.

³⁷ *Idem*, p. 9, par. 26.

În continuare, intrând în analiza prevederilor contractuale, instanța analizează dacă o clauză de *electio iuris* formulată foarte larg, pentru contractul în integralitatea sa, este suficientă pentru a se aplica și clauzei compromisorie. Cu privire la acest aspect, curtea subliniază că “o alegere generală a legii care să guverneze contractul ce conține o clauză compromisorie ar trebui în mod normal să fie suficientă pentru a satisface prima regulă³⁸ din art. V alin. (1) lit. a din Convenția de la New York. Aceasta concluzie este susținută de însuși textul Convenției, care atrage aplicarea regulii a doua³⁹ doar în cazul lipsei unei «indicări de către părți a legii aplicabile doar clauzei compromisorii». Cuvântul «indicare» arată că va fi suficient și ceva mai puțin decât un acord expres și detaliat”. În acest context, odată acceptată concluzia că nu este necesar un acord expres al părților cu privire la care lege să guverneze clauza compromisorie, orice formă de acord fiind suficientă, curtea subliniază că “rezultă natural concluzia că o clauză generală de *electio iuris* prezentă într-un contract scris, ce conține și o clauză arbitrală, va fi o «indicare» suficientă a legii pe care părțile au ales-o pentru acea clauză arbitrală”⁴⁰.

Odată clarificate aceste aspecte de ordin teoretic și abstract, curtea continuă cu aplicarea lor la situația de fapt din speță. Analizând clauzele contractuale relevante din contractul de franciză⁴¹, curtea reține că efectul acestora este clar. “Clauza 15 este o clauză tipică de alegere a legii aplicabile, care stabilește că «*this agreement*» va fi guvernat de legea engleză. Chiar și fără o definiție expresă, acea sintagmă este în mod normal și rezonabil interpretată ca referindu-se la toate clauzele incorporate în documentul contractual, deci inclusiv la clauza compromisorie. Nu există niciun motiv justificat pentru a deduce că părțile au dorit să excludă clauza compromisorie de la alegerea lor ca legea engleză să guverneze toate elementele contractului”, mai ales că, definind sintagma «*this agreement*», părțile fac referire la «conținutul acestui acord astfel cum este expus în continuare mai jos», deci în mod expres inclusiv la clauza compromisorie⁴².

În final, concluzionând că trebuie să aplice legea engleză, curtea analizează pe baza acesteia dacă Kout a devenit parte la clauza arbitrală în urma achiziției Al-Homaizi și, confirmând decizia curții de

³⁸ Adică alegerea expresă a părților.

³⁹ Adică legea de la locul arbitrajului.

⁴⁰ *Kabab v. Kout*, cit. supra, pp. 12-13, par. 33-35.

⁴¹ “Article 1: Content of the Agreement

This Agreement consists of the foregoing paragraphs, the terms of agreement set forth herein below, the documents stated in it, and any effective Exhibit(s), Schedule(s) or Amendment(s) to the Agreement or to its attachments which shall be signed later on by both Parties. It shall be construed as a whole and each of the documents mentioned is to be regarded as an integral part of this Agreement and shall be interpreted as complementing the others.”

Article 15: Governing Law

This Agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England.”

⁴² *Kabab vs Kout*, cit. supra, p. 15, par. 39.

apel, concluzionează că acesta nu a devenit parte la convenția arbitrală, așa că arbitrajul nu era obligatoriu pentru el și deci hotărârea arbitrală nu poate fi pusă în executare⁴³.

3.3. Raționamentul juridic al Cour de Cassation

Așteptată cu interes⁴⁴ de practicieni și teoreticieni, decizia⁴⁵ Curții de Casație confirmă întru totul hotărârea Curții de Apel Paris, reafirmând astfel preferința jurisprudenței franceze pentru aplicarea legii de la locul arbitrajului în analiza clauzei compromisorii. Spre deosebire de decizia instanței supreme britanice însă, hotărârea franceză este mai succintă, prezentând concentrat motivarea deciziei.

Mai întâi, curtea reține cu valoare de principiu că, “în conformitate cu principiile de drept aplicabile arbitrajului internațional, clauza arbitrală este din punct de vedere legal independentă de contractul principal care o conține direct sau prin trimitere, așa că existența și validitatea acesteia se vor determina, conform normelor imperative franceze și conform cerințelor ordinii publice, în conformitate cu voința comună a părților, fără a fi necesară aplicarea vreunei legi naționale, mai puțin dacă părțile au decis în mod expres ca o astfel de lege (națională) să guverneze validitatea și efectele clauzei arbitrale însăși”⁴⁶.

Astfel, aplicând aceste concluzii la speța de față, instanța observă că “simplul fapt al alegerii legii engleze pentru a governa contractele, precum și stipularea interdicției arbitrilor de a aplica legi care să contrazică contractul nu sunt suficiente prin sine pentru a stabili voința concordantă a părților în sensul desemnării legii engleze pentru a governa eficacitatea clauzei arbitrale, soluție ce ar fi o derogare de la legea substanțială a locului arbitrajului, loc ales expres. Mai mult, Kout nu a dovedit existența niciunei alte circumstanțe care să indice în mod inechivoc voința comună a părților de a alege legea engleză pentru a governa eficacitatea clauzei arbitrale.”⁴⁷ De asemenea, pentru înțelegerea autonomiei exorbitante pe care jurisprudența franceză o acordă tribunalului arbitral în exercitarea atribuției sale de *kompetenz-kompetenz*⁴⁸, este utilă observația Curții de Apel Paris în

⁴³ *Idem*, p. 33, par. 93.

⁴⁴ Richard Bamforth, Jessica Foley, Julia Czaplinska-Pakowska, *Case Comment: Kabab-Ji Sal (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait) [2021] UKSC 48*, <http://ukscblog.com/> (<http://ukscblog.com/case-comment-kabab-ji-sal-lebanon-v-kout-food-group-kuwait-2021-uksc-48/>), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.

⁴⁵ *Decizia Curții de Casație – Secția I civilă nr. 679FS-B*, recursul nr. K20-20.260, 28.09.2022, <https://www.courdecassation.fr/> (https://www.courdecassation.fr/decision/6333e9bde5004d05dab7c04c?search_api_fulltext=Kabab+&op=Rechercher+ur+judilibre&date_du=&date_au=&judilibre_jurisdiction=all&previousdecisionpage=&previousdecisionindex=&nextdecisionpage=0&nextdecisionindex=1), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.

⁴⁶ *Idem*, p. 3, par. 7.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Pentru noțiune a se vedea Raluca Papadima, *International Business Transactions*, Hamangiu, 2022, București, p. 118.

decizia⁴⁹ recurată la curtea supremă: “de către părți nu a fost stabilită nicio prevedere expresă care ar desemna legea engleză să guverneze clauza arbitrală, așa că, aplicând legea substanțială a țării locului arbitrajului, în conformitate cu principiile general acceptate ale dreptului, tribunalul arbitral nu a aplicat o regulă de drept care să contravină formulării textuale a contractului”.

Având în vedere aceste considerente, curtea supremă confirmă soluția curții de apel de a verifica validitatea clauzei arbitrale nu în lumina legii engleze, ci în lumina dreptului material francez în domeniul arbitrajului internațional, respingând apelul cu consecința menținerii definitiv valabile a hotărârii arbitrale și, totodată, perpetuând diferența manifestă de abordare între cele două jurisdicții.

4. Soluționarea problemei juridice conform legii române

Având în vedere creșterea popularității rezolvării disputelor dintre profesioniști pe calea arbitrajului comercial internațional, în România mai ales în cadrul Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României⁵⁰, este desigur important de încercat a anticipa viziunea instanțelor românești la această chestiune juridică, prin prisma dreptului național.

Ca norme de drept aplicabile, având în vedere art. 1 alin. (2) lit. e din Regulamentul privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale (Roma I)⁵¹, nu se va aplica acest act normativ, astfel cum ar fi decurs din art. 2557 alin. (3) Cod civil, fiind deci necesară recurgerea la dreptul comun. Cu titlu preliminar, trebuie observat că legiuitorul nostru a consacrat general principiul *favor contractus*⁵² în art. 1268 alin. (3) Cod civil, fapt ce înseamnă în această materie urmărirea asigurării validității clauzei arbitrale. În ajutorul acestui deziderat abstract, legea procedurală consacră principiul autonomiei clauzei arbitrale⁵³, în timp ce Codul civil prevede expres că “Părțile pot alege legea aplicabilă totalității sau numai unei anumite părți a actului juridic.⁵⁴”, deschizând astfel calea posibilității guvernării clauzei arbitrale de către o altă lege decât cea aleasă pentru contractul de bază.

Sediul materiei în acest caz este norma care reglementează cu titlu general legea aplicabilă actului juridic în lipsa alegerii părților, adică art. 2638 Cod civil, având în vedere că clauza compromisorie nu beneficiază de o reglementare distinctă. Acest text prevede în alin. (1) că “În lipsa alegerii, se aplică

⁴⁹ Decizia Curții de Apel Paris – Secția I nr. 17/22943, p. 9, 23.06.2020, <https://www.courdecassation.fr/> (<https://www.courdecassation.fr/decision/5fd910ac8e6d62aab0c62300>), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.

⁵⁰ Claudiu Buglea, Daniel Petrache, *Curs de dreptul comerțului internațional*, C. H. Beck, 2021, București, p. 230.

⁵¹ “Sunt excluse din domeniul de aplicare al prezentului regulament: [...] convențiile de arbitraj [...]”.

⁵² Marian Nicolae, *Drept civil. Teoria generală. Vol. I. Teoria dreptului civil*, Solomon, 2017, București, p. 537.

⁵³ A se vedea *supra*, 2.1.

⁵⁴ Art. 2637 alin. (3) Cod civil.

legea statului cu care actul juridic prezintă legăturile cele mai strânse, iar dacă această lege nu poate fi identificată, se aplică legea locului unde actul juridic a fost încheiat.” și completează apoi la alin. (2) că “Se consideră că există atare legături cu legea statului în care debitorul prestației caracteristice sau, după caz, autorul actului are, la data încheierii actului, după caz, reședința obișnuită, fondul de comerț sau sediul social.”

Cu privire la această reglementare, se observă că legiuitorul a optat pentru o soluție logică, coerentă cu principiul autonomiei de voință a părților, conferind de asemenea o *escape clause* prin legea locului unde actul a fost încheiat, a cărei utilitate rămâne însă discutabilă în materia clauzelor arbitrale.

În legătură cu a doua parte a reglementării însă, trebuie subliniat faptul că legea instituie un mod util de determinare a existenței legăturilor cele mai strânse⁵⁵ doar pentru contractele tipice, unde prestațiile părților sunt de regulă diferite. Or, în cazul clauzei arbitrale, este evident că prestațiile părților sunt absolut identice – de a supune neînțelegerile lor arbitrajului, astfel că acest indicu rămâne golit de utilitate⁵⁶. Desigur, punând deoparte explicația de la alin. (2), rămâne întrebarea, în cazul clauzei compromisorii este mai strânsă legătura acesteia cu legea contractului de bază, ori cu legea locului arbitrajului?

În soluționarea acestei probleme, doctrina pare să încline în favoarea legii contractului de bază. După cum s-a reținut, “în absența alegerii părților, legea aplicabilă clauzei arbitrale va fi stabilită de către arbitri, opțiunile acestora fiind însă limitate la legea ce guvernează disputa, legea contractului de bază ori legea română, ultima trebuind însă să fie folosită doar ca o *escape clause*”. Autorii precizează însă că, în mod tradițional, aplicarea legii contractului de bază este soluția preferată de doctrină, soluție ce dă efect naturii accesorii a clauzei compromisorii în raport cu contractul principal, conform principiului *accessorium sequitur principale*⁵⁷.

Opinia este împărțită și în doctrina mai veche⁵⁸, unde se precizează că “în situația în care părțile nu au arătat care este legea aplicabilă clauzei compromisorii, dar și-au manifestat opțiunea referitor la legea care cârmuiește contractul internațional în care a fost inclusă această clauză, va trebui să se stabilească dacă *lex voluntatis* din contractual principal este sau nu operantă și în cadrul convenției arbitrale. De regulă, stipulația de *election iuris* fiind redactată în termeni generali, fără nicio

⁵⁵ *Id est* “legea statului în care debitorul prestației caracteristice are la data încheierii actului reședința obișnuită, fondul de comerț sau sediul social”.

⁵⁶ Cum este cazul și în ipoteza, de exemplu, a contractului de schimb, când instanța sau arbitrul ar trebui să “determine cu care dintre legile coschimbașilor contractual prezintă legăturile cele mai strânse”. A se vedea Dragoș Sitaru, *op. cit.*, p. 370.

⁵⁷ Dragoș Sitaru, Teodora Bantaș-Văduva, *The Choice of Law in Arbitration* în Crenguța Leaua, Flavius Baias, *Arbitration in Romania. A practitioner's guide*, Kluwer Law International, 2016, pp. 51-52.

⁵⁸ Ion Deleanu, Sergiu Deleanu, *op. cit.*, pp. 345-348.

distincție, se deduce că aceeași lege guvernează atât contractul principal, cât și clauza compromisorie.”

Cu privire la soluția corectă conform dreptului național, ținând cont de tendințele de apropiere a jurisprudenței în context unional, este relevantă și o statistică comparativă⁵⁹ privind “preferințele” jurisdicțiilor: deși 51% dintre țările analizate prezintă o tendință către legea locului arbitrajului, România se află printre cele 34% care înclină către legea contractului de bază, alături de jurisdicții de *common law* precum Statele Unite, Marea Britanie ori Australia, dar și de *civil law* precum Germania și Italia.

Așadar, din perspectivă statistică și de tradiție, răspunsul pare clar în sensul aplicării legii contractului de bază. În interesul previzibilității însă, considerăm că ar fi utilă pronunțarea unui recurs în interesul legii, conform art. 515 Cod de procedură civilă, prin care să se statueze cu caracter obligatoriu interpretarea corectă a art. 2638 Cod civil în ipoteza specială a clauzelor arbitrale.

Concluzii

În urma întregii analize, devine aparent că, în ciuda încercărilor constante de uniformizare a legii și de apropiere a jurisprudenței, curțile naționale continuă totuși să aibă tendințe conservatoare în interpretarea situațiilor de fapt identice, reținând soluții diametral opuse, fapt ce duce inevitabil la situații juridice greu (uneori chiar imposibil) de conciliat. Deși deocamdată în dreptul românesc soluția pare a fi aplicarea legii contractului de bază, discuția rămâne deschisă, această problemă a legii aplicabile clauzei compromisorii având potențialul să continue să producă controverse doctrinare și dificultăți practice mult timp în viitor.

Într-adevăr, părților, fiind reprezentate adesea de nonjuriști, este greu și nerealist a le solicita să prevadă consecințele lipsei unei alegeri exprese a legii aplicabile clauzei arbitrale, aspect care cel mai probabil este departe de prioritățile lor în momentul negocierii și încheierii unui contract comercial. Totuși, este absolut necesar de găsit modalitatea de a extrage voința concordantă reală a subiecților în momentul redactării, uneori în grabă, a clauzei arbitrale. Miza este indubitabil foarte mare, căci perpetuarea incertitudinii privind acest aspect ar putea duce, pe termen lung, la scăderea încrederii în utilitatea și eficacitatea arbitrajelor internaționale.

⁵⁹ Maxi Scherer, J. Ole Jensen, *Towards a Harmonized Theory of the Law Governing the Arbitration Agreement* în *Indian Journal of Arbitration Law*, Centre for Advanced Research and Training in Arbitration Law, National Law University, Volume X Issue 1, 2021, Jodhpur, pp. 2-7.

În acest context, considerăm că rezolvarea cea mai pragmatică este edictarea unor clauze arbitrale model de către instituțiile arbitrale recunoscute, în care să se specifice clar și expres legea aplicabilă clauzei compromisorii, clauze pe care părțile să le utilizeze și includă în întregime în contractele lor comerciale. În același timp, ar fi ideal ca și în clauzele arbitrale scrise de părți să se includă expres legea aplicabilă acestora, astfel cum case de avocatură au început deja să își sfătuiască clienții⁶⁰.

Până la adoptarea acestor soluții și găsirea unei rezolvări generale însă, părțile vor continua să profite de ambiguitate voită la momentul redactării clauzelor arbitrale și se va ajunge la *forum shopping*⁶¹ ori *arbitrator shopping*.

Bibliografie:

Resurse tipărite:

1. Julian Lew, Loukas Mistelis, Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.
2. Dragoș Sitaru, *Drept internațional privat*, C. H. Beck, 2013.
3. Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, Kluwer Law International, 2019.
4. Emmanuel Gaillard, John Savage (ed.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.
5. Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2015.
6. Ion Deleanu, Sergiu Deleanu, *Arbitrajul intern și internațional*, Rosetti, 2005, București.
7. Radu Bobei, *Arbitrajul intern și internațional. Texte. Comentarii. Mentalități*, C. H. Beck, 2013, București.
8. Julian Lew, *The law applicable to the form and substance of the arbitration clause*, în Albert Van den Berg, *Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application*

⁶⁰ ReedSmith, *Final word on the “Kabab-Ji vs Kout Food” saga: French Cour de cassation confirms French position on law applicable to arbitration agreements*, <https://www.reedsmith.com/en> (<https://www.reedsmith.com/en/perspectives/2022/10/final-word-on-the-kabab-ji-vs-kout-food-saga>), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023; Velitor Law, *Arbitration update: Cour de Cassation allows enforcement of Kabab-ji award*, <https://velitorlaw.com/> (<https://velitorlaw.com/arbitration-update-cour-de-cassation-allows-enforcement-of-kabab-ji-award/>), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.

⁶¹ CMS, *Kabab-Ji and the cultural conflict over the autonomy of the arbitration clause and its extension to third parties*, <https://cms-lawnow.com/en> (<https://cms-lawnow.com/en/ealerts/2022/11/kabab-ji-and-the-cultural-conflict-over-the-autonomy-of-the-arbitration-clause-and-its-extension-to-third-parties>), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.

- of the New York Convention, ICCA Congress Series, Volume 9, ICCA & Kluwer Law International, 1999.
9. Diana Bucovală, Raluca Rusu, *Midnight problems: finding the law applicable to the arbitration agreement*, în *Revista Română de Arbitraj* nr. 2/2022.
 10. Liviu Pop, Ionuț Popa, Stelian Vidu, *Drept civil. Obligațiile*, Universul Juridic, 2020, București.
 11. Raluca Papadima, *International Business Transactions*, Hamangiu, 2022, București
 12. Claudiu Buglea, Daniel Petrache, *Curs de dreptul comerțului internațional*, C. H. Beck, 2021, București.
 13. Marian Nicolae, *Drept civil. Teoria generală. Vol. I. Teoria dreptului civil*, Solomon, 2017, București.
 14. Dragoș Sitaru, Teodora Bantaș-Văduva, *The Choice of Law in Arbitration în Crenguța Leaua*, Flavius Baias, *Arbitration in Romania. A practitioner's guide*, Kluwer Law International, 2016.
 15. Maxi Scherer, J. Ole Jensen, *Towards a Harmonized Theory of the Law Governing the Arbitration Agreement în Indian Journal of Arbitration Law*, Centre for Advanced Research and Training in Arbitration Law, National Law University, Volume X Issue 1, 2021, Jodhpur.

Resurse digitale:

1. Amanda Nunes Sampaio, *The law governing the arbitration agreement: Why we need it and how to deal with it*, <https://www.ibanet.org/> (<https://www.ibanet.org/article/699fd751-0bd4-4a15-bf84-e2542a8219c9>), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.
2. *Sulamérica Cia Nacional de Seguros S.A. and others v. Enesa Engenharia S.A.*, procesul nr. A3/2012/0249, hotărârea nr. [2012] EWCA Civ 638, 16.04.2012, Curtea de Apel a Angliei și a Țării Galilor, <https://www.bailii.org/> (<https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/638.html>), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.
3. *BCY vs. BCZ*, procesul nr. 502/2016 SGHC 249, 09.11.2016, Înalta Curte a Republicii Singapore, <https://www.elitigation.sg/> (https://www.elitigation.sg/gdviewer/s/2016_SGHC_249), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.
4. *“The Mace-Flowers decision”*, procesul nr. I ZR 245/19, 26.11.2020, Curtea Federală de Justiție a Germaniei, <https://www.bundesgerichtshof.de/> (<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=3&nr=112973&pos=19&anz=619>), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.
5. Akin Gump- Strauss, Hauer & Feld LLP, *Fourth (and Final?) Act in the Kabab-Ji Saga—What Law Governs the Arbitration Agreement (Law of the Seat or Law of the Underlying Contract)? – International Arbitration Alert*, www.akingump.com (<https://www.akingump.com/en/news-insights/fourth-and-final-act-in-the-kabab-ji-sagawhat-law-governs-the-arbitration-agreement-law-of-the-seat-or-law-of-the-underlying-contract.html>), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.
6. Leila Kazimi, *The Walking Dead: Double Life of the Kabab-Ji Award*, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/> (<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/11/16/the-walking-dead-double-life-of-the-kabab-ji-award/>), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.

7. *Kabab-Ji SAL (Lebanon) (Appellant) v. Kout Food Group (Kuwait) (Respondent)*, procesul nr. 2020/0036, hotărârea nr. [2021] UKSC 48, 27.10.2022, Curtea Supremă a Marii Britanii, <https://www.supremecourt.uk/> (<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2020-0036.html>), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.
8. *Enka Insaat Ve Sanayi A.S. (Respondent) v. OOO Insurance Company Chubb (Appellant)*, procesul nr. 2020/0091, hotărârea nr. [2020] UKSC 38, 09.10.2020, Curtea Supremă a Marii Britanii, <https://www.supremecourt.uk/> (<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2020-0091.html>), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.
9. Richard Bamforth, Jessica Foley, Julia Czaplinska-Pakowska, *Case Comment: Kabab-Ji Sal (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait) [2021] UKSC 48*, <http://uksblog.com/> (<http://uksblog.com/case-comment-kabab-ji-sal-lebanon-v-kout-food-group-kuwait-2021-uksc-48/>), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.
10. *Decizia Curții de Casație – Secția I civilă nr. 679FS-B*, recursul nr. K20-20.260, 28.09.2022, <https://www.courdecassation.fr/> (https://www.courdecassation.fr/decision/6333e9bde5004d05dab7c04c?search_api_fulltext=Kabab+%26op=Rechercher+sur+judilibre&date_du=&date_au=&judilibre_jurisdiction=all&previousdecisionpage=&previousdecisionindex=&nextdecisionpage=0&nextdecisionindex=1), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.
11. *Decizia Curții de Apel Paris – Secția I nr. 17/22943*, 23.06.2020, <https://www.courdecassation.fr/> (<https://www.courdecassation.fr/decision/5fd910ac8e6d62aab0c62300>), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.
12. ReedSmith, *Final word on the “Kabab-Ji vs Kout Food” saga: French Cour de cassation confirms French position on law applicable to arbitration agreements*, <https://www.reedsmith.com/en> (<https://www.reedsmith.com/en/perspectives/2022/10/final-word-on-the-kabab-ji-vs-kout-food-saga>), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.
13. Velitor Law, *Arbitration update: Cour de Cassation allows enforcement of Kabab-ji award*, <https://velitorlaw.com/> (<https://velitorlaw.com/arbitration-update-cour-de-cassation-allows-enforcement-of-kabab-ji-award/>), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.
14. CMS, *Kabab-Ji and the cultural conflict over the autonomy of the arbitration clause and its extension to third parties*, <https://cms-lawnow.com/en> (<https://cms-lawnow.com/en/ealerts/2022/11/kabab-ji-and-the-cultural-conflict-over-the-autonomy-of-the-arbitration-clause-and-its-extension-to-third-parties>), accesat ultima oară în data de 4 martie 2023.

Perioada de probă – evoluția reglementării și (ne)protejarea intereselor salariaților cu handicap

Probation period – the evolution of the legal framework and the (non-) protection of the interests of disabled employees

La période d'essai – l'évolution de la législation et la (non-) protection des intérêts des salariés handicapés

Oana-Denisa VÂLCELARU – anul IV, grupa 415

coordonator: prof. dr. Elena-Luminița DIMA

Rezumat: Legislația muncii urmărește să protejeze interesele salariaților și să sancționeze orice fel de discriminare. Prezentul articol își propune să analizeze cum se traduc principiul protecției salariaților și principiul nediscriminării în reglementările specifice instituției perioadei de probă și cât sunt de eficiente aceste reglementări în demersul asigurării protecției persoanelor cu handicap. În acest context, atragem atenția asupra inadvertențelor legislative din domeniul reglementării perioadei de probă care devin susceptibile să creeze confuzii în practică. Este perioada de probă, în reglementarea actuală, aptă să protejeze interesele salariaților cu handicap sau creează un tip de discriminare pozitivă ineficace?

Cuvinte-cheie: perioada de probă, persoane cu handicap, protecția salariaților, principiul nediscriminării

Abstract: The employment legislation aims to protect the interests of employees and to sanction any kind of discrimination. This paper aims to analyse how the protection of employees principle and the non-discrimination principle translate into the specific legal framework of the probation period and

how effective is this legal framework in protecting people with disabilities. In this context, we draw attention to legislative inadequacies in the regulation of the probation period that are likely to create confusion in practice. Is the probation period, as currently regulated, suitable to protect the interests of disabled employees or does it create a type of ineffective positive discrimination?

Keywords: probation period, disabled persons, protection of employees, the non-discrimination principle

Résumé: La législation du travail vise à protéger les intérêts des salariés et à sanctionner toute forme de discrimination. Cette étude vise à analyser comment le principe de la protection des salariés et se traduisent dans le législation spécifique de la période d'essai et quelle est l'efficacité de ces réglementations pour protéger les personnes handicapées. Dans ce contexte, nous attirons l'attention sur les insuffisances législatives dans la législation de la période d'essai qui sont susceptibles de créer une confusion dans la pratique. La période d'essai, dans la réglementation actuelle, permet-elle de protéger les intérêts des salariés handicapés ou crée-t-elle un type de discrimination positive inefficace?

Mots-clé: la période d'essai, les personnes handicapées, la protection des salariés, le principe de la non-discrimination

1. Introducere

Raportul juridic de muncă se concretizează printr-o relație esențialmente inegală între angajator și salariat, în care salariatul, conform art. 10 din Codul muncii, prestează munca „*pentru și sub autoritatea*” angajatorului. Cu alte cuvinte, salariatul, aflat într-o vădită stare de inferioritate, este dependent atât juridic, cât și economic față de angajator, cel dintâi fiind obligat să respecte dispozițiile și să se supună eventualelor sancțiuni impuse de cel din urmă, pentru a-și putea asigura mijloacele economice necesare satisfacerii nevoilor cotidiene.

La polul opus se află angajatorul care se bucură de cele trei mari prerogative instituite de art. 40 din Codul muncii, respectiv prerogativa de direcție, cea de control și cea de sancționare, prin intermediul cărora devine și mai vizibilă relația de subordonare dintre acesta și salariat.

Pentru a preveni abuzurile angajatorului, legiuitorul instituie în art. 6 din Codul muncii un principiu ce se găsește la bazele construcției întregii legislații în materie, și anume, protecția salariatului. Astfel, legea stabilește cu titlu general în alin. (1), (2) și (4) ale art. 6 că salariatul beneficiază de „*protecție socială*”, de „*protecție împotriva concedierilor nelegale*” și de „*protecție împotriva oricărui tratament advers din partea angajatorului*”. Totuși, aplicații numeroase ale aceluiași principiu se regăsesc și în celelalte norme cuprinse în Codul muncii, un exemplu fiind cel al art. 38, care sancționează cu nulitatea absolută toate convențiile ce au ca obiect renunțarea sau limitarea drepturilor recunoscute prin lege salariaților.

Principiile antementionate, cel al protecției salariaților și cel al nediscriminării, sunt consacrate atât în art. 16 din Constituție¹, cât și în reglementări speciale, precum Ordonanța de Guvern (O.G.) nr. 137/2000² privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare și, bineînțeles, art. 5 din Codul muncii³. Totuși, legiuitorul a considerat necesară stabilirea unor măsuri suplimentare de protecție pentru anumite categorii de persoane, cum ar fi minorii⁴, femeile însărcinate sau persoanele cu handicap.

Este ușor de observat că legiuitorul a creat toate premisele necesare pentru a asigura protejarea intereselor și drepturilor salariatului, însă cum se traduce această ocrotire generală într-o instituție specifică dreptului muncii și cât este ea de eficientă? Dar în cazul în care persoana protejată are nevoie de o protecție suplimentară? Particularizând, cum se creionează principiul protecției salariatului și cel al egalității de tratament în cazul verificării aptitudinilor persoanei cu handicap la încheierea contractului individual de muncă prin perioada de probă?

2. Perioada de probă – aspecte generale

Art. 31 alin. (1) din Codul muncii stabilește că „*pentru verificarea aptitudinilor salariatului, la încheierea contractului individual de muncă se poate stabili o perioadă de probă*”.

2.1. Noțiuni

Legea nu oferă o definiție clară pentru perioada de probă. Cu toate acestea, doctrina a găsit mai multe posibilități de a defini acest concept. Spre exemplu, într-o opinie se reține că „*perioada de probă (termenul de încercare) este intervalul de timp în care se verifică aptitudinile și pregătirea*

¹ „*Cetățenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice, fără privilegii și fără discriminări*”.

² Publicată în Monitorul Oficial Partea I nr. 166 din 7 martie 2014.

³ „*În cadrul relațiilor de muncă funcționează principiul egalității de tratament față de toți salariații și angajatorii*”.

⁴ Spre exemplu, în art. 124 din Codul muncii se prevede că: „*tinerii în vârstă de până la 18 ani nu pot presta muncă suplimentară*”.

*profesională a salariatului în raport cu rezultatele muncii desfășurate de acesta*⁵, iar într-o altă opinie se reține că aceasta „constituie un interval de timp în care ambele părți la contractul individual de muncă au posibilitatea de a evalua condițiile exercitării drepturilor și obligațiilor ce reies din acest contract”⁶.

Indiferent de felul în care alegem să definim perioada de probă, trăsăturile esențiale ale acesteia rămân neschimbate. În primul rând, este de reținut că perioada de probă este specifică sectorului privat, în cazul sectorului public verificarea aptitudinilor făcându-se prin intermediul concursului sau examenului, în virtutea art. 30 alin. (1)⁷ din Codul muncii.

În al doilea rând, în art. 31 alin. (3) din Codul muncii se prevede că pe tot parcursul perioadei de probă contractul individual de muncă poate înceta printr-o simplă notificare scrisă, fie la inițiativa angajatorului, fie la inițiativa salariatului, fără să fie necesară respectarea unui termen de preaviz sau motivarea acesteia.

În al treilea rând, în conformitate cu art. 31 alin. (4) din Codul muncii, cel care este supus perioadei de probă va beneficia de totalitatea drepturilor și obligațiilor aplicabile oricărui salariat și stabilite în legislația muncii, în contractul colectiv de muncă aplicabil, în regulamentul intern, precum și în contractul individual de muncă. În legătură cu această din urmă caracteristică, este important de reținut că, pe parcursul perioadei de probă, raportul de muncă nu este în întregime definitivat. Dimpotrivă, raportul de muncă este guvernat de o stare de precaritate ce nu se poate consolida decât în momentul în care se constată că aptitudinile salariatului sunt corespunzătoare postului pentru care a aplicat, iar acesta este mulțumit de respectivul post⁸.

2.2. Regim juridic

Regimul juridic al perioadei de probă a suscitat de-a lungul timpului numeroase controverse atât în rândul doctrinei, cât și în rândul practicii judecătorești. Cele două mari direcții⁹ care s-au conturat

⁵ Luminița Dima, *Dreptul muncii*, editura C. H. Beck, 2017, București, p. 44.

⁶ Septimiu Panainte, *Dreptul individual al muncii*, editura Humanitas, 2017, București, p. 54.

⁷ „Încadrarea salariaților la instituțiile și autoritățile publice și la alte unități bugetare se face numai prin concurs sau examen, după caz”.

⁸ A se vedea Decizia Curții Constituționale nr. 523/2018 publicată în Monitorul Oficial Partea I nr. 834 din 1 octombrie 2018.

⁹ De menționat este și opinia conform căreia perioada de probă poate fi privită ca o clauză de modificare a contractului individual de muncă în cazul izolat prevăzut de art. 32 alin. (2) din Codul muncii potrivit căruia salariatul „debutază la același angajator într-o nouă funcție sau profesie ori urmează să presteze activitatea într-un loc de muncă cu condiții grele, vătămătoare sau periculoase”. A se vedea Septimiu Panainte, *Dreptul individual al muncii*, editura Humanitas, 2017, București, p. 55.

arată că, pe de o parte, perioada de probă poate fi considerată o clauză de dezicere¹⁰ (de denunțare, de desistare), iar pe de altă parte, aceasta poate fi considerată o condiție rezolutorie¹¹.

Din punct de vedere istoric, perioada de probă, cunoscută în trecut drept „termen de încercare”, a suferit multiple modificări de la prima consacrare legislativă și până în prezent. În Legea din 1929 a contractelor de muncă¹², se prevedea în art. 41 că un contract individual de muncă era „*considerat definitiv încheiat, afară de cazul când părțile au convenit la un termen de încercare*”. Interesant de observat este faptul că, din această reglementare, reiese mult mai clar starea de precaritate care planează asupra termenului de încercare decât în actualul Cod al muncii. Mai mult, analizând dispozițiile art. 79¹³ din legea anterior menționată prin coroborare cu dispozițiile art. 78¹⁴ ale aceleiași legi se remarcă faptul că părțile puteau denunța unilateral contractul individual de muncă numai după trecerea unui termen de preaviz, cu excepția situației în care salariatul era supus unei perioade de probă. Rezultă *per a contrario* din textele de lege invocate anterior că, dacă salariatul era supus unui termen de încercare, părțile puteau denunța contractul, în scris sau verbal, fără respectarea unui termen de preaviz, apropiindu-se, astfel, de modalitatea în care este construită în prezent instituția legală. Nu în ultimul rând, este de remarcat că, legiuitorul, prin utilizarea sintagmei „*poate fi denunțat*” a reușit să rezolve prematur controversa intens dezbătută actual asupra regimului juridic al perioadei de probă, catalogând-o drept clauză de denunțare unilaterală.

Prin actele normative ulterioare, Codul muncii din 1950¹⁵ și cel din 1972¹⁶, se prevedea că „*în vederea angajării definitive*”¹⁷/pentru „*încadrarea în muncă*”¹⁸ angajatorii puteau stabili un termen de încercare pentru a verifica aptitudinile salariatului, pe baza căruia puteau stabili dacă, în raport cu rezultatul verificărilor, acesta ar fi putut fi angajat sau nu. Din acest motiv, doctrina majoritară a vremii a reținut că perioada de probă reprezenta o clauză de dezicere a contractului individual de muncă, exclusiv angajatorul având posibilitatea de a denunța unilateral contractul înăuntrul termenului prevăzut de lege¹⁹.

¹⁰ A se vedea Ion Traian Ștefănescu, *Tratat de dreptul muncii*, editura Wolters Kluwer, 2007, București, p. 237 et seq. și Alexandru Țiclea, *Tratat de dreptul muncii*, editura Universul Juridic, 2009, București, p. 389.

¹¹ A se vedea Magda Volonciu în Alexandru Athanasiu, Magda Volonciu, Elena-Luminița Dima, Oana Cazan, *Codul muncii. Comentariu pe articole. Vol. I. Articolele 1-107*, editura C. H. Beck, București, 2007, p. 156.

¹² Publicată în Monitorul Oficial Partea I nr. 88 din 5 aprilie 1929.

¹³ „*Termenele de preaviz, de sub art. 78, devin obligatorii după trecerea timpului de încercare prevăzut de art. 42*”.

¹⁴ „*Contractul individual de muncă cu durată nedeterminată poate fi denunțat prin voința oricăreia din părți, cu îndatorirea de a preveni pe cealaltă de data încetării obligațiunilor contractuale. Această denunțare se va face în scris sau verbal, cu cel puțin 14 zile înainte de data fixată pentru încetarea obligațiunilor contractuale, exceptându-se cazurile când legea de față dispune altfel*”.

¹⁵ Publicată în Buletinul Oficial Partea I nr. 50 din 8 iunie 1950.

¹⁶ Publicată în Buletinul Oficial Partea I nr. 140 din 1 decembrie 1972.

¹⁷ Art. 14 din Codul muncii din 1950.

¹⁸ Art. 63 alin. (1) din Codul muncii din 1972.

¹⁹ A se vedea Ion Traian Ștefănescu, *Tratat de dreptul muncii*, editura Wolters Kluwer, 2007, București, p. 237.

În varianta inițială a actualului Cod al muncii²⁰, în timpul perioadei de probă, nici măcar angajatorul nu mai beneficia de posibilitatea de a denunța contractul individual de muncă, singura posibilitate de încetare unilaterală a contractului la inițiativa angajatorului fiind concedierea pentru necorespondere profesională. O astfel de concluzie reiese din art. 31 alin. (5) din Codul muncii care prevedea că salariatul se bucură de toate drepturile și obligațiile, deci, așa cum a reținut și doctrina, „putându-i-se aplica și lui prevederea art. 61 lit. d) din Codul muncii - concedierea în cazul în care salariatul nu corespunde profesional locului de muncă în care este încadrat”²¹. Astfel, începând cu anul 2003 perioada de probă își pierde caracterul de clauză de dezicere.

Cu toate acestea, o nouă modificare a intervenit ca urmare a adoptării Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 65/2006 privind modificarea și completarea Legii nr. 53/2003²², care a reintrodus posibilitatea ambelor părți de a înceta contractul pe timpul perioadei de probă prin notificare scrisă.

În prezent, doctrina nu a ajuns la un consens asupra naturii regimului juridic. Totuși, având în vedere istoricul perioadei de probă și faptul că în Codul muncii sunt prevăzute expres și limitativ cazurile de încetare a contractului individual de muncă, sunt de părere că această instituție ar trebui considerată ca având regimul juridic al unei clauze de dezicere²³.

2.3. Durata

Perioada de probă are un caracter esențialmente temporar. Astfel, potrivit art. 31 din Codul muncii, în cazul funcțiilor de execuție, perioada de probă se poate stabili pentru un interval de cel mult 90 de zile calendaristice, iar în cazul funcțiilor de conducere, aceasta se poate stabili pentru un interval de cel mult 120 de zile calendaristice.

Bineînțeles, de la regula enunțată mai sus există și derogări. Spre exemplu, în cazul contractului de muncă pe perioadă determinată²⁴, durata poate fluctua de la un interval de 5 zile lucrătoare (pentru un contract încheiat pe o perioadă mai mică de 3 luni) până la un interval de 45 de zile lucrătoare (pentru un contract încheiat pe o perioadă mai mare de 6 luni cu un salariat ce va îndeplini o funcție de conducere). La fel, în cazul muncii prin agent de muncă temporară²⁵, în contractul de muncă se poate stabili o perioadă de probă ce poate varia și ea de la 5 zile lucrătoare (pentru un contract încheiat pe o perioadă cuprinsă între o lună și 3 luni) până la un interval de 30 de zile (pentru un

²⁰ Publicată în Monitorul Oficial Partea I nr. 72 din 5 februarie 2003.

²¹ Constantin Belu, *Considerații asupra reglementării perioadei de probă în noul Cod al muncii*, în Revista Română de Dreptul Muncii nr. 2/2004.

²² Publicată în Monitorul Oficial Partea I nr. 576 din 5 iulie 2005.

²³ A se vedea în același sens Ion Traian Ștefănescu, *Tratat de dreptul muncii*, editura Wolters Kluwer, 2007, București, p. 242 și Alexandru Țiclea, *Tratat de dreptul muncii*, editura Universul Juridic, 2009, București, p. 389.

²⁴ A se vedea art. 85 din Codul muncii.

²⁵ A se vedea art. 97 din Codul muncii.

contract încheiat pe o perioadă mai mare de 6 luni cu un salariat ce va îndeplini o funcție de conducere).

O mențiune specială trebuie făcută pentru situația persoanelor cu handicap, art. 31 alin. (2) din Codul muncii prevăzând că perioada de probă nu poate depăși intervalul de maximum 30 de zile calendaristice. În legătură cu această dispoziție, a apărut o neconcordanță legislativă ce a dat naștere unei controverse de ordin practic ce va fi abordată pe larg în cele ce urmează.

3. Protejarea persoanelor cu handicap

Printre primele acte normative internaționale pe care România le-a adoptat și care avea ca obiect garantarea egalității între cetățeni, se evidențiază Convenția Organizației Internaționale a Muncii (O.I.M.) nr. 111/1958 privind discriminarea în domeniul forței de muncă și a exercitării profesiei, ratificată prin Decretul Consiliului de Stat nr. 284/1973²⁶.

Spre deosebire de actualele reglementări prin care se instituie obligativitatea unui tratament egal pentru categoriile de persoane defavorizate, se observă faptul că instrumentul internațional din anul 1958 avea niște criterii mult mai limitate de identificare a situațiilor discriminatorii²⁷. Se observă că dispoziția anterioară nici măcar nu menționează categoria persoanelor cu handicap.

La nivel național, Constituția României statuează în art. 16 alin. (1) că cetățenii sunt egali „*fără privilegii și fără discriminări*”. Acest articol trebuie citit prin coroborare cu dispozițiile art. 4 alin. (2)²⁸ din Constituție, care indică criteriile ce trebuie avute în vedere în identificarea situațiilor discriminatorii, această regulă fiind reluată mai amplu în art. 5 alin. (2) din Codul muncii.²⁹

Ulterior, prin O.G. nr. 137/2000, legiuitorul alege să lărgescă înțelesul noțiunii de discriminare, iar în art. 2 alin. (1) arată că discriminarea va viza persoanele care aparțin unei „categorii defavorizate”, în art. 4 din același O.G. arătând că din această categorie fac parte și cetățenii ce suferă de un handicap. Aceasta era varianta inițială a O.G. nr. 137/2000. În prezent, ordonanța anterior

²⁶ Publicată în Buletinul Oficial Partea I nr. 81 din 6 iunie 1973.

²⁷ „Orice diferențiere, excludere sau preferință întemeiată pe rasă, culoare, sex, religie, convingeri politice, ascendență, națională sau origine socială, care are ca efect să suprimă sau să știrbească egalitatea de posibilități sau de tratament în materie de ocupare a forței de muncă și de exercitare a profesiei”

²⁸ „România este patria comună și indivizibilă a tuturor cetățenilor săi, fără deosebire de rasă, de naționalitate, de origine etnică, de limbă, de religie, de sex, de opinie, de apartenență politică, de avere sau de origine socială”. Se remarcă din nou faptul că nu este menționată categoria persoanelor cu handicap.

²⁹ „Orice discriminare directă sau indirectă față de un salariat, discriminare prin asociere, hărțuire sau faptă de victimizare, bazată pe criteriul de rasă, cetățenie, etnie, culoare, limbă, religie, origine socială, trăsături genetice, sex, orientare sexuală, vârstă, handicap, boală cronică necontagioasă, infectare cu HIV, opțiune politică, situație sau responsabilitate familială, apartenență ori activitate sindicală, apartenență la o categorie defavorizată, este interzisă”.

menționată a suferit modificări, astfel încât, acum, art. 2³⁰ prevede expres că persoanele ce suferă de un handicap nu pot fi tratate discriminatoriu.

În ceea ce privește reglementarea perioadei de probă, se observă că încă din varianta inițială a actualului Cod al muncii, persoanele cu handicap primeau o protecție suplimentară, și anume faptul că verificarea aptitudinilor acestora se poate face exclusiv prin intermediul perioadei de probă, într-un interval ce nu poate să depășească 30 de zile calendaristice.

Așadar, egalitatea și nediscriminarea reprezintă niște principii fundamentale și de nelipisit atât pe plan intern, cât și pe plan internațional, însă conținutul acestora se află într-o continuă schimbare. Altfel spus, *„egalitatea este, în același timp, cea mai naturală, dar și cea mai himerică dintre noțiunile cu care operează societățile umane și științele sociale normative”*³¹.

4. Controverse privind instituția perioadei de probă în cazul persoanelor cu handicap

Potrivit art. 3 din Legea 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap³²: *„persoanele cu handicap sunt acele persoane cărora mediul social, neadaptat deficiențelor lor fizice, senzoriale, psihice, mentale și/sau asociate, le împiedică total sau le limitează accesul cu șanse egale la viața societății, necesitând măsuri de protecție în sprijinul integrării și incluziunii sociale”*.

4.1. Art. 30 alin. (1) și art. 31 alin. (2) din Codul muncii – contradicție legislativă sau corelație normativă?

Art. 31 alin. (2) din Codul muncii instituie obligativitatea ca la momentul angajării unei persoane cu handicap, aptitudinile acesteia să fie verificate exclusiv prin intermediul perioadei de probă. În același timp, art. 30 alin. (1) din Codul muncii statuează că în cadrul instituțiilor și autorităților publice și în alte unități bugetare, verificarea aptitudinilor salariatului se poate face prin intermediul

³⁰ „Potrivit prezentei ordonanțe, prin discriminare se înțelege orice deosebire, excludere, restricție sau preferință, pe bază de rasă, naționalitate, etnie, limbă, religie, categorie socială, convingeri, sex, orientare sexuală, vârstă, handicap, boală cronică necontagioasă, infectare HIV, apartenență la o categorie defavorizată, precum și orice alt criteriu care are ca scop sau efect restrângerea, înlăturarea recunoașterii, folosinței sau exercitării, în condiții de egalitate, a drepturilor omului și a libertăților fundamentale sau a drepturilor recunoscute de lege, în domeniul politic, economic, social și cultural sau în orice alte domenii ale vieții publice”.

³¹ Elena-Simina Tănăsescu în Ioan Muraru, Elena-Simina Tănăsescu, *Constituția României. Comentariu pe articole*, ediția a 2-a, editura C. H. Beck, București, 2019, p. 49.

³² Publicată în Monitorul Oficial Partea I nr. 1 din 3 ianuarie 2008.

concursului sau examenului³³. Ar putea rezulta din coroborarea celor două dispoziții faptul că o persoană cu handicap nu poate fi angajată în cadrul unei unități ce aparține sectorului public?

Evident, răspunsul nu poate să fie decât unul negativ. A reține contrariul ar însemna a aduce o atingere gravă însuși principiului libertății muncii, principiu ce se regăsește atât în art. 41 alin. (1) din Constituție, cât și în art. 3 alin. (1)³⁴ din Codul muncii. Or, „în măsura în care (salariatul) dorește să muncească, statul trebuie să-i ofere șansa să se angajeze potrivit aptitudinilor pe care le are, fiindu-i interzis să-i îngrădească în vreun fel accesul la un loc de muncă”³⁵.

În realitate, prin conținutul art. 31 alin. (2) din Codul muncii, legiuitorul a avut în vedere situația specială în care se află persoanele cu handicap și a încercat să le ofere acestora niște măsuri de protecție suplimentare în contextul angajării. Prin acestea, legiuitorul a creat o formă de discriminare pozitivă în favoarea salariatului, pentru a se asigura că persoanele cu handicap au timp suficient pentru a constata dacă acel loc de muncă este potrivit sau dacă este de natură să le creeze probleme³⁶. Așadar, deși legiuitorul stabilește că perioada de probă are caracter exclusiv în verificarea aptitudinilor persoanelor cu handicap, prin interpretarea *ratio legis* a textului, trebuie reținut că această limitare de la art. 31 din Codul muncii trebuie acceptată doar în cazul angajărilor din sectorul privat.

Referitor la angajările din sectorul public, pe lângă art. 30 din Codul muncii care prevede verificarea aptitudinilor prin concurs sau examen, este de menționat că reglementarea în cazul funcționarilor publici, respectiv art. 472 din Ordonanță de urgență (O.U.G.) 57/2019 privind Codul administrativ³⁷. Alin. (1) al acestui articol arată că: „Persoanele cu dizabilități au dreptul de a participa la concursurile organizate pentru ocuparea unor funcții publice pentru care îndeplinesc condițiile generale și specifice stabilite”. Astfel, este evident faptul că legiuitorul, prin reglementarea din Codul muncii, nu a avut drept scop să consacre imposibilitatea participării persoanelor cu handicap la concursurile și examenele din sectorul public. În consecință, exclusivitatea perioadei de probă în verificarea aptitudinilor salariaților cu dizabilități are în vedere strict ipoteza angajărilor în sectorul privat.

³³ Este de menționat că o controversă doctrinară planează și asupra posibilității ca salariații din sectorul public să fie supuși unei perioade de probă ulterior promovării concursului sau examenului. Într-o opinie, se reține că „este întrucâtva impropriu să impui unei perioade lungi de verificare – perioada de probă – o persoană care deja a fost verificată prin concurs. O asemenea procedură poate fi ușor transformată într-un abuz” (a se vedea Alexandru Athanasie, *Codul muncii. Comentariu pe articole. Actualizare la volumele I-II*, editura C. H. Beck, București, 2012). Într-o altă opinie, se reține că: „În sectorul public perioada de probă nu este o alternativă la concurs sau la examen, ci este o modalitate subsidiară și ulterioară reușitei la concurs și angajării efective” (a se vedea Septimiu Panainte, *Dreptul individual al muncii*, editura Humanitas, 2017, București, p. 54).

³⁴ „Libertatea muncii este garantată prin Constituție. Dreptul la muncă nu poate fi îngrădit”.

³⁵ Andrei Popescu și Elena-Luminița Dima în Ioan Muraru, Elena-Simina Tănăsescu, *Constituția României. Comentariu pe articole*, ediția a 2-a, editura C. H. Beck, București, 2019, p. 330.

³⁶ A se vedea Magda Volonciu în Alexandru Athanasie, Magda Volonciu, Elena-Luminița Dima, Oana Cazan, *Codul muncii. Comentariu pe articole. Vol. I. Articolele 1-107*, editura C. H. Beck, București, 2007, p. 158.

³⁷ Publicată în Monitorul Oficial Partea I nr. 555 din 5 iulie 2019.

Așadar, consider că cele două dispoziții aparent contradictorii din Codul muncii ar trebui interpretate în sensul în care ambele ar putea produce efecte, și anume: art. 30 alin. (1) se aplică verificării aptitudinilor salariaților în sectorul public, iar art. 31 alin. (2) se aplică verificării aptitudinilor salariaților din sectorul privat.

4.2. Art. 31 alin. (2) din Codul muncii și art. 83 alin. (1) lit. d) – perioadă de probă de maximum 30 de zile calendaristice sau de minimum 45 de zile lucrătoare? Obligație a angajatorului sau drept al salariatului?

Sediul materiei perioadei de probă în cazul persoanelor cu handicap constă în două acte normative distincte, respectiv Codul muncii și Legea nr. 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap. În afară de faptul că este vorba despre un veritabil paralelism legal, tehnica legislativă mai mult decât defectuoasă prin care au fost create cele două dispoziții este aptă de a duce la soluții jurisprudențiale și doctrinare complet diferite.

Pe de o parte, art. 31 alin. (2) din Codul muncii prevede că, în cazul persoanelor cu handicap, perioada de probă se poate întinde pe un interval de „*maximum 30 de zile calendaristice*”. Pe de altă parte, art. 83 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 448/2006 arată că, în cazul aceleiași categorii de persoane, perioada de probă se poate întinde pe un interval de „*cel puțin 45 de zile lucrătoare*”. Astfel, din aceste două texte legale se remarcă patru mari inadvertențe.

În primul rând, se observă că în Codul muncii se stabilește un interval de timp maxim pentru perioada de probă, iar în Legea nr. 448/2006 se stabilește un interval de timp minim. Se observă că norma din Codul muncii este norma mai favorabilă salariaților. Prin stabilirea unui interval maxim pentru verificarea aptitudinilor personale și profesionale, se evită eventualele abuzuri din partea angajatorilor. Spre exemplu, angajatorul poate stabili o perioadă de probă nejustificat de îndelungată, ca la finalul acesteia, dar înainte de definitivarea contractului, să opteze pentru încetarea contractului individual de muncă (beneficiind, astfel, de posibilitatea de a nu motiva notificarea prin care îl anunță de salariat de încetarea contractului)³⁸.

În al doilea rând, în norma din Codul muncii se prevede o perioadă de 30 zile, pe când în Legea nr. 448/2006 se prevede o perioadă mai îndelungată, și anume, 45 de zile. Argumentele prezentate mai sus sunt aplicabile *mutatis mutandis* și în cazul de față.

³⁸ Este important de menționat o părere doctrinară contrară, prin care se arată că dispoziția din Legea nr. 448/2006 ar fi, în realitate, norma mai favorabilă salariaților. Astfel, se reține că: „*persoana afectată de un handicap ar putea resimți mai degrabă nevoia unei durate mai îndelungate a perioadei de probă, pentru că într-o perioadă prea scurtă a acesteia, tocmai datorită handicapului, nu poate oferi angajatorului măsura adevăratelor sale calități/capacități/abilități /disponibilități*”. În acest sens a se vedea Alexandru Țiclea, *Discuții privind interpretarea unor dispoziții contradictorii sau neclare din legislația muncii*, în Revista Dreptul nr. 9/2012, p. 119.

În al treilea rând, se remarcă faptul că art. 31 din Codul muncii prevede trecerea unor zile calendaristice, iar art. 83 din Legea nr. 448/2006 prevede trecerea unor zile lucrătoare. Important de menționat este că această inadvertență legislativă între zile calendaristice și lucrătoare este sesizabilă și în alte locuri. Astfel, deși art. 31 din Codul muncii prevede în alin. (1) și (2) trecerea unor zile calendaristice, în cazul contractului individual de muncă pe perioadă determinată și în cazul muncii prin agent de muncă temporară, legiuitorul alege să se refere la zile lucrătoare.

Așadar, în ceea ce privește durata perioadei de probă, având în vedere că ambele reglementări, respectiv Codul muncii și Legea nr. 448/2006, vizează protecția persoanelor cu handicap pe parcursul perioadei de probă, ambele acte normative au aceeași forță juridică. Având în vedere că Legea nr. 448/2006 a intrat în vigoare ulterior intrării în vigoare a Codului muncii, prin aplicarea regulii *lex posterior derogat legi priori*, trebuie reținut că „angajatorul are obligația de a-i acorda acestuia o perioadă de probă de minimum 45 de zile lucrătoare”³⁹.

Totuși, nici această reglementare nu este perfectă, întrucât, deși se stabilește intervalul de timp minim al perioadei de probă, respectiv 45 de zile lucrătoare, nu se prevede intervalul de timp maxim. Această omisiune legislativă este aptă de a duce la abuzuri din partea angajatorilor, care ar putea stabili perioade de probă mai mari chiar și decât regula generală (90 de zile calendaristice pentru funcțiile de execuție și 120 de zile calendaristice pentru funcțiile de conducere). De aceea, consider că, deși în cazul persoanelor cu handicap perioada de probă minimă este de 45 de zile lucrătoare, această dispoziție trebuie completată cu regula generală în vigoare în ceea ce privește maximul acestei perioade⁴⁰.

În al patrulea rând, referitor la natura perioadei de probă, Codul muncii arată că aceasta are un caracter exclusiv, iar angajatorului îi incumbă obligația de a verifica aptitudinile salariatului cu handicap strict prin intermediul perioadei de probă. La polul opus, Legea nr. 448/2006 încadrează perioada de probă în categoria drepturilor persoanelor cu handicap în momentul încadrării în muncă. Din acest motiv, au apărut opinii divergente și în ceea ce privește natura juridică a perioadei de probă. Un autor⁴¹ susține că: „perioada de probă este văzută ca un drept⁴² pe care aceste

³⁹ O altă opinie doctrinară arată că, în realitate, este aplicabilă Legea nr. 448/2006, întrucât aceasta reprezintă legea specială față de Codul muncii, devenind incidentă regula *specialia generalibus derogant*. În acest sens, a se vedea Magda Volonciu în Alexandru Athanasiu, Magda Volonciu, Elena-Luminița Dima, Oana Cazan, *Codul muncii. Comentariu pe articole. Vol. I. Articolele 1-107*, editura C. H. Beck, București, 2007, p. 159. În sens opus, a se vedea Alexandru Țiclea, *Discuții privind interpretarea unor dispoziții contradictorii sau neclare din legislația muncii*, în Revista Dreptul nr. 9/2012, p. 119: „Codul muncii nu pare a fi legea generală; această calitate o are Legea 448/2006 întrucât reglementează, în cele 104 articole ale sale, în general, protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap, inclusiv încadrarea în muncă a acestor persoane”.

⁴⁰ De menționat este că, prin această interpretare a textelor legale, devine evidentă o altă inadvertență legislativă: intervalul minim al perioadei de probă ar fi cuantificat în 45 de zile lucrătoare, iar intervalul maxim ar fi cuantificat în 90 de zile calendaristice pentru funcțiile de execuție/120 de zile calendaristice pentru funcțiile de conducere.

⁴¹ A se vedea Septimiu Panainte, *Dreptul individual al muncii*, editura Humanitas, 2017, București, p. 57.

⁴² Autorul se referă strict la ipoteza instituită de Legea nr. 448/2006.

persoane îl au la angajare și nu exclude alte modalități de evaluare. Considerăm mai realistă și mai adecvată această abordare, în acord cu prevederile Directivei 2000/78/CE⁴³”. Astfel, pare că opinia citată anterior reține că natura juridică a acestei instituții trebuie considerată ca fiind un drept al salariatului și că ea nu reprezintă unica modalitate de a verifica aptitudinile la angajare. Cu toate acestea, sunt de părere că dacă s-ar reține argumentele anterioare, art. 31 alin. (2) din Codul muncii ar fi complet golit de conținut. Așa fiind, consider că, într-adevăr, perioada de probă, în concordanță cu Legea nr. 448/2006, reprezintă un drept al persoanei cu handicap în contextul angajării, dar, în virtutea Codului muncii, are corelativă obligația impusă de legiuitor angajatorului din sectorul privat, respectiv obligativitatea acestuia la verificarea aptitudinilor strict prin perioada de probă. Deci, din perspectiva naturii juridice, cele două dispoziții nu se exclud reciproc, ci au în vedere situația particulară a fiecăreia dintre părți. Evident, așa cum am arătat anterior, soluția diferă în cazul în care este vorba despre un angajator din sectorul public.

Așadar, ce reglementare trebuie avută în vedere pentru stabilirea duratei perioadei de probă? Având în vedere analiza făcută mai sus, și așa cum reține și majoritatea doctrinei, trebuie considerat că angajatorul are obligația de a supune salariatul cu handicap la verificarea aptitudinilor exclusiv prin intermediul unei perioade de probă, perioadă ce trebuie să aibă minimum 45 și maximum 90 de zile pentru funcțiile de execuție, respectiv 120 de zile pentru funcțiile de conducere. În esență, cele două reglementări nu se anulează reciproc în totalitate, ci trebuie interpretate în așa măsură încât ambele să producă efecte, fie ele și parțiale.

4.3. Tendințe europene

În conturarea regimului juridic al perioadei de probă în cazul persoanelor cu handicap, este necesară și analizarea tendințelor jurisprudențiale europene în materie. De pildă, la începutul anului 2022, Curtea de Justiție a Uniunii Europene (C.J.U.E.) s-a pronunțat cu privire la o întrebare preliminară ridicată de o instanță din Belgia.

În cauza C-485/20, instanța care a făcut sesizarea a solicitat a se stabili dacă „*articolul 5 din Directiva 2000/78⁴⁴ trebuie interpretat în sensul că noțiunea „amenajări corespunzătoare pentru persoanele cu handicap”, în sensul acestui articol, presupune ca un lucrător, inclusiv cel care efectuează o perioadă de probă consecutivă recrutării sale, care, din cauza handicapului său, a fost declarat inapt să exercite funcțiile esențiale ale postului pe care îl ocupă, să fie repartizat într-un alt post pentru care dispune de competențele, capacitățile și disponibilitățile necesare*”.

⁴³ Această Directivă a fost publicată în Jurnalul Oficial L 303 din 2 decembrie 2000 și se referă la crearea unui cadru general în favoarea egalității de tratament în ceea ce privește încadrarea în muncă și ocuparea forței de muncă.

⁴⁴ Acest articol instituie obligativitatea angajatorului ca, la angajarea unei persoane cu handicap, să îi permită să aibă acces la un loc de muncă, să îl exercite sau să îl avanseze, sau să aibă acces la formare.

În litigiul inițial, reclamant era un agent de mentenanță angajat la o societate națională de căi ferate din Belgia. Acesta a fost detașat pentru a urma un program de formare profesională, ceea ce, conform dreptului belgian, este privit ca o perioadă de probă⁴⁵. În acest interval, salariatul a fost diagnosticat cu o boală cardiacă ce necesita montarea unui pacemaker, dispozitiv sensibil la câmpurile electromagnetice generate de căile ferate. Astfel, i-a fost recunoscut statutul de persoană cu handicap de către autoritățile naționale, fiind, de asemenea, declarat inapt să exercite atribuțiile unui agent de mentenanță. Ulterior, angajatorul a emis o decizie de concediere dublată de o interdicție de recrutare pe o perioadă de 5 ani în gradul în care a fost inițial recrutat.

Curtea a arătat că, indiferent de calitatea angajatorului de societate pe acțiuni de drept public, dispozițiile Directivei 2000/78/CE îi sunt opozabile și că acestea devin incidente inclusiv în cazul participării salariatului la un program de formare profesională sau perioadă de probă.

Mai departe, Curtea a arătat și că noțiunea de „amenajări corespunzătoare pentru persoanele cu handicap” include luarea unor măsuri eficiente și practice în ceea ce privește permiterea acestora de a-și păstra locul de muncă, adică inclusiv transferarea la un alt post potrivit cu abilitățile lor. C.J.U.E. a reținut, totuși, că măsurile antemenționate nu trebuie să îi genereze angajatorului niște „sarcini disproporționate”, întrucât s-ar aduce atingere chiar dispozițiilor art. 5 din Directiva 2000/78/CE. Astfel, trebuie avute în vedere costurile suplimentare pe care aceste amenajări le-ar putea produce, analizând, de la caz la caz, puterea financiară a angajatorului și posibilitatea acestuia de a obține fonduri sau ajutoare publice. În plus, se arată că această obligație a angajatorului de a repartiza salariatul cu handicap într-un alt post există doar în contextul în care angajatorul are cel puțin un post vacant pe care respectivul salariat îl poate ocupa.

Curtea a hotărât în speță că „*articolul 5 din Directiva 2000/78/CE (...) trebuie interpretat în sensul că noțiunea „amenajări corespunzătoare pentru persoanele cu handicap”(...) implică faptul ca un lucrător, inclusiv cel care efectuează o perioadă de probă consecutivă recrutării sale, care, din cauza handicapului său, a fost declarat inapt să exercite funcțiile esențiale ale postului pe care îl ocupă, să fie repartizat într-un alt post pentru care dispune de competențele, capacitățile și disponibilitățile necesare, cu condiția ca o astfel de măsură să nu presupună o sarcină disproporționată pentru angajator”.*

Așa fiind, având în vedere jurisprudența recentă a C.J.U.E., trebuie analizat ce modificări poate produce o asemenea decizie în dreptul pozitiv intern. Ținând cont de diferențele de regim juridic dintre reglementările belgiene și române referitoare la perioada de probă, cum va afecta cauza de

⁴⁵ A se vedea Filip & Company, [CJUE: Un lucrător cu handicap care este declarat incapabil să îndeplinească sarcinile esențiale ale postului trebuie să fie realocat altui post pentru care angajatul este competent, capabil și disponibil, chiar și pe durata perioadei de probă](#), 2022.

încetare unilaterală la inițiativa angajatorului a contractului individual de muncă în timpul acestei perioade?

Concluzii

Perioada de probă reprezintă o instituție cu vechime în cadrul legislației muncii, fiind reglementată încă din anul 1929. De-a lungul timpului, aceasta a suferit numeroase modificări, de la durată, la modalitatea de încetare a contractului individual de muncă și până la mecanismele speciale de protecție a anumitor categorii de persoane. Astfel, deși o figură constantă în dreptul intern, transformările și completările multiple au condus, din nefericire, la o reglementare defectuoasă ce conține paralelisme și inadvertențe legale, susceptibilă de a crea confuzii la punerea ei în aplicare. Acest lucru se observă îndeosebi în cazul art. 31 alin. (2) din Codul muncii, destinat apărării intereselor salariaților cu dizabilități, doar că soluția găsită de legiuitor „*nu (...) este și oportună*”, nereușind să își producă „*efectele scontate în practică, în sensul angajării în muncă și a persoanelor cu handicap*”⁴⁶.

De lege ferenda, consider că art. 31 din Codul muncii ar trebui completat în sensul de a reglementa posibilitatea angajatorului din sectorul public de a verifica aptitudinile salariatului cu dizabilități prin intermediul concursului sau examenului. Mai mult, consider că același articol ar trebui modificat în sensul eliminării contradicției dintre acesta și art. 83 din Legea nr. 448/2006 referitoare la durata perioadei de probă. Nu în ultimul rând, având în vedere că doar în art. 31 alin. (1) din Codul muncii se prevede trecerea unor zile calendaristice, iar în toate celelalte reglementări referitoare la perioada de probă⁴⁷ se prevede trecerea unor zile lucrătoare, consider că legislația ar trebui modificată pentru a fi unitară.

Așadar, modalitatea de reglementare pe care o propun în cazul perioadei de probă a salariaților cu handicap, actualmente prevăzută art. 31 din Codul muncii⁴⁸, este următoarea:

⁴⁶ Magda Volonciu în Alexandru Athanasiu, Magda Volonciu, Elena-Luminița Dima, Oana Cazan, *Codul muncii. Comentariu pe articole. Vol. I. Articolele 1-107*, editura C. H. Beck, București, 2007, p. 159.

⁴⁷ Respectiv în cazul art. 83 din Legea nr. 448/2006, în cazul muncii prin agent de muncă temporară și în cazul contractului de muncă încheiat pe perioadă determinată.

⁴⁸ „(1) Pentru verificarea aptitudinilor salariatului, la încheierea contractului individual de muncă se poate stabili o perioadă de probă de cel mult 90 de zile calendaristice pentru funcțiile de execuție și de cel mult 120 de zile calendaristice pentru funcțiile de conducere.

(2) Verificarea aptitudinilor profesionale la încadrarea persoanelor cu handicap se realizează exclusiv prin modalitatea perioadei de probă de maximum 30 de zile calendaristice.

(3) Pe durata sau la sfârșitul perioadei de probă, contractul individual de muncă poate înceta exclusiv printr-o notificare scrisă, fără preaviz, la inițiativa oricăreia dintre părți, fără a fi necesară motivarea acesteia.

„(1) Pentru verificarea aptitudinilor salariatului, la încheierea contractului individual de muncă se poate stabili o perioadă de probă de cel mult 90 de zile lucrătoare pentru funcțiile de execuție și de cel mult 120 de zile lucrătoare pentru funcțiile de conducere.

(2) Verificarea aptitudinilor profesionale la încadrarea persoanelor cu handicap se realizează în sectorul privat exclusiv prin modalitatea perioadei de probă. Durata acesteia poate să fie stabilită într-un interval de minimum 45 de zile lucrătoare și maximum 90 de zile lucrătoare pentru funcțiile de execuție, respectiv 120 de zile lucrătoare pentru funcțiile de conducere.

(2¹) Încadrarea salariaților cu handicap la instituțiile și autoritățile publice și la alte unități bugetare se face numai prin concurs sau examen, după caz.”

Bibliografie

Resurse tipărite

Tratate, cursuri, monografii:

1. Luminița Dima, *Dreptul muncii*, editura C. H. Beck, 2017, București.
2. Septimiu Panainte, *Dreptul individual al muncii*, editura Humanitas, 2017, București.
3. Ion Traian Ștefănescu, *Tratat de dreptul muncii*, editura Wolters Kluwer, 2007, București.
4. Alexandru Țiclea, *Tratat de dreptul muncii*, editura Universul Juridic, 2009, București.
5. Alexandru Athanasiu, Magda Volonciu, Elena-Luminița Dima, Oana Cazan, *Codul muncii. Comentariu pe articole. Vol. I. Articolele 1-107*, editura C. H. Beck, 2007, București.
6. Ioan Muraru, Elena-Simina Tănăsescu, *Constituția României. Comentariu pe articole*, ediția a 2-a, editura C. H. Beck, 2019, București.
7. Alexandru Athanasiu, *Codul muncii. Comentariu pe articole. Actualizare la volumele I-II*, editura C. H. Beck, București.

(4) Pe durata perioadei de probă salariatul beneficiază de toate drepturile și are toate obligațiile prevăzute în legislația muncii, în contractul colectiv de muncă aplicabil, în regulamentul intern, precum și în contractul individual de muncă.

(5) Pentru absolvenții instituțiilor de învățământ superior, primele 6 luni după debutul în profesie se consideră perioadă de stagiu. Fac excepție acele profesii în care stagiatura este reglementată prin legi speciale. La sfârșitul perioadei de stagiu, angajatorul eliberează obligatoriu o adeverință, care este vizată de inspectoratul teritorial de muncă în a cărui rază teritorială de competență acesta își are sediul.

(6) Modalitatea de efectuare a stagiului prevăzut la alin. (5) se reglementează prin lege specială”.

Articole și studii:

1. Constantin Belu, *Considerații asupra reglementării perioadei de probă în noul Cod al muncii*, în Revista Română de Dreptul Muncii nr. 2/2004.
2. Alexandru Țiclea, *Discuții privind interpretarea unor dispoziții contradictorii sau neclare din legislația muncii*, în Revista Dreptul nr. 9/2012.

Resurse digitale**Articole și studii:**

1. Filip & Company, CJUE: *Un lucrător cu handicap care este declarat incapabil să îndeplinească sarcinile esențiale ale postului trebuie să fie realocat altui post pentru care angajatul este competent, capabil și disponibil, chiar și pe durata perioadei de probă, 2022*, accesat ultima dată la 20 februarie 2023 la adresa: <https://filipandcompany.com/cjue-un-lucrator-cu-handicap-care-este-declarat-incapabil-sa-indeplineasca-sarcinile-esentiale-ale-postului-trebuie-sa-fie-realocat-altui-post-pentru-care-angajatul-este-competent-capabil-si-disponi/>.

Legislație:

1. Codul muncii, accesat ultima dată la 2 martie 2023 la adresa: <https://sintact.ro/#/act/16838437/91/codul-muncii-din-2003-legea-nr-53-din-24-ianuarie-2003-republicare>.
2. Constituția României, accesată ultima dată la 2 martie 2023 la adresa: <https://www.constitutiaronaniei.ro/>.
3. Ordonanța de Guvern nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, accesată ultima dată la 2 martie 2023 la adresa: <https://sintact.ro/#/act/16823104/19?directHit=true&directHitQuery=og%20137%2F2000>
4. Legea din 1929 a contractelor de muncă, accesată ultima dată la 2 martie 2023 la adresa: <https://www.costelgilca.ro/legislatie/document/1527/lege-din-1929-a-contractelor-de-munca.html>.
5. Codul muncii din 1950, accesat ultima dată la 2 martie 2023 la adresa: <https://sintact.ro/#/act/16803539/1/legea-3-1950-cuprinzand-codul-muncii?cm=RELATIONS>.
6. Codul muncii din 1972, accesat ultima dată la 2 martie 2023 la adresa: <https://sintact.ro/#/act/16810658/11/codul-muncii-din-1972-codul-muncii-al-romaniei-actualizat?keyword=codul%20muncii%20din%201950&cm=SFIRST&cm=SFIR>.
7. Ordonanță de urgență a Guvernului nr. 65/2006 privind modificarea și completarea Legii nr. 53/2003, accesată ultima dată la 2 martie 2023 la adresa: <https://sintact.ro/#/act/16873379/2?directHit=true&directHitQuery=oug%2065%2F2006>.
8. Convenția Organizației Internaționale a Muncii (O.I.M.) nr. 111/1958, accesată ultima dată la 2 martie 2023 la adresa: <https://anes.gov.ro/wp-content/uploads/2018/07/Conventia-111-1958-privind-discriminarea-in-domeniul-ocuparii-forței-de-munca-si-exercitarii-profesiei.pdf>.

9. Legea nr. 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap, accesată ultima dată la 2 martie 2023 la adresa:
<https://sintact.ro/#/act/16875770/47?directHit=true&directHitQuery=legea%20448%2F2006>.
10. Ordonanța de urgență nr. 57/2019 privind Codul administrativ, accesată ultima dată la 2 martie 2023 la adresa:
<https://sintact.ro/#/act/16979790/29?directHit=true&directHitQuery=codul%20administrativ>.
11. Directiva 2000/78/CE de creare a unui cadru general în favoarea egalității de tratament în ceea ce privește încadrarea în muncă și ocuparea forței de muncă, accesată ultima dată la 2 martie 2023 la adresa: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0078&from=RO>.

Jurisprudență:

1. Decizia Curții Constituționale nr. 523/2018, accesată ultima dată la 2 martie 2023 la adresa:
<https://sintact.ro/#/act/16973703/1/decizia-523-2018-r-r-referitoare-la-exceptia-de-neconstitutionalitate-a-dispozitiilor-art-31-alin...?keyword=Decizia%20Cur%C8%9Bii%20Constitu%C8%9Bionale%20nr.%20523~2F2018%20&cm=SFIRST>.
2. Cauza C-485/20 a Curții de Justiție a Uniunii Europene, accesată ultima dată la 20 februarie 2023 la adresa:
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=253723&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=101922>.

Digital Markets Act* - o reglementare care atacă mori de vânt.*Oportunitatea unei reglementări *ex ante* în domeniul digital european; posibile scenarii și externalități juridice neprevăzute**

Digital Markets Act - a regulation that seeks to attack windmills. The cost of opportunity for an *ex ante* regulation in the European digital sector; possible scenarios and unforeseen legal externalities

Digital Markets Act - une réglementation qui attaque les moulins à vent. L'opportunité d'une régulation *ex ante* dans le domaine technologique européen ; scénarios possibles et externalités juridiques imprévues

Filip UNGUREANU – Master Dreptul Afacerilor

coordonator: **prof. dr. Adriana ALMĂȘAN**

PREMIUL III

Rezumat: Luând în considerare schimbările schimbările majore din domeniul tehnologiei informației și canalele prin care aceasta este transmisă, Comisia Europeană a identificat actorii principali pe care îi consideră responsabili de felul în care acest sector funcționează pe care i-a denumit *gatekeepers*. Odată cu intrarea în vigoare a DMA și cu faptul că această reglementare va începe să își producă efectiv efectele din 6 martie 2023, întrebări precum care vor fi consecințele acesteia? și cum anume vor fi impactați acești jucători cheie ai industriei? merită să fie discutate și încercat să le fie găsite răspunsuri.

Cuvinte-cheie: Dreptul Concurenței, Dreptul Comunitar, Tehnologie, Gatekeepers, Ex ante, Comisia Europeană, Digitalizare

Abstract: Taking into account the major changes in the field of information technology and the channels through which it is transmitted, the European Commission has identified the main actors it considers responsible for the way this sector works, whom it has named *gatekeepers*. With the DMA already signed into law and the fact that this regulation will actually begin to produce its effects starting March 6 2023, questions such as what will be its consequences? and how exactly will these key industry players be impacted? deserve to be raised and attempted to be answered.

Keywords: Competition Law, EU Law, Technology, Gatekeepers, Ex ante, European Commission, Digitization

Résumé: Tenant compte des évolutions majeures du domaine des technologies de l'information et des canaux de transmission, la Commission européenne a identifié les principaux acteurs qu'elle considère comme responsables du fonctionnement de ce secteur, qu'elle a nommés *gatekeepers*. Avec le DMA déjà promulgué et le fait que ce règlement commencera effectivement à produire ses effets à partir du 6 mars 2023, des questions telles que quelles seront ses conséquences ? et comment exactement ces acteurs clés de l'industrie seront-ils touchés ? méritent d'être soulevées et tentées d'obtenir une réponse.

Mots-clé : Droit de la concurrence, Droit de l'UE, Technologie, Gatekeepers, Ex ante, Commission européenne, numérisation

1. Introducere

1.1. Prezentarea pe scurt a mișcărilor de legiferare globale a sectorului digital și obiectivele reglementării

Intenția din spatele reglementării Digital Markets Act este deservită ca un fel „semafor de trafic” pentru sectorul digital, reguli care „pun ordine în haosul” creat de creșterea traficului online. Dar, deși aceste semafoare pot fi văzute ca un pas pozitiv, acestea necesită o analiză critică cu privire la efectele nedorite pe care le pot produce. După cum subliniază Comisia Europeană, aceasta are un singur scop: să se asigure că noi ca utilizatori, ca clienți, ca întreprinderi, avem acces la o gamă largă

de produse și servicii sigure online, la fel cum facem în lumea fizică și că toate întreprinderile care operează în Europa pot concura liber și echitabil online, la fel ca și offline.

Actul legislativ este văzut, de asemenea, ca o mișcare importantă pentru a restrânge libertatea platformelor Big Tech având în vedere că Digital Market Act vizează în mod predominant „gatekeepers”: giganți tehnologici care, datorită dimensiunii lor, domină accesul la internet. Digital Market Act are scopul de a se asigura că astfel de companii își asumă responsabilitățile la fel de mari, de exemplu, nu abuzează de poziția lor dominantă pentru a acorda prioritate promovării propriilor produse pe platformele lor și că raportează în mod corespunzător achizițiile. Metafora „semaforului” este utilizată întrucât semafoarele au fost inventate ca răspuns la o implementare tehnologică majoră, inventarea mașinilor, și că DMA ar trebui privită într-o perspectivă similară.

Această inițiativă este o premieră globală având în vedere caracteristicile de reglementare ex ante, asimetrică și faptul că este ținută specific asupra unor agenți economici masivi denumiți „gatekeepers” (cele 5 cele mai mari companii de tehnologie din America „MAMAA”: Meta, Alphabet, Microsoft, Amazon, Apple).

Obiectivele reglementării sunt protecția echității și a contestabilității. Acestea sunt independente și autonome ca efecte și semnificație față de protecția procesului concurențial, astfel cum este înțeles la articolele 101 și 102 din TFUE. Granițele acestor concepte, corectitudine și contestabilitate, nu sunt definite în materialul legislativ, cu toate acestea Comisia pare să le dea acestora următoarele semnificații:

- a. *Contestability* (Contestabilitate) de a reduce barierele de intrare pe piețele digitale, făcându-le mai deschise concurenței;
- b. *Fairness* (Corectitudine) prin încercarea de a avea o piață cu cât mai puține practici anticoncurențiale;

Nu este vorba însă de o legislație antitrust, **este o reglementare digitală complementară cu legea concurenței**. În mod normal, acțiunea de reglementare are loc după ce apare un neajuns sau o distorsiune a pieței. Acesta este reglementarea *ex post*. Ea are loc întotdeauna odată ce informațiile sunt deja disponibile și sunt prezentate suficiente dovezi pentru a dovedi consecințele negative. Uneori, însă, autoritățile își propun să identifice problemele înainte ca acestea să apară. Aceasta este o reglementare *ex ante* care este predictivă și predispusă la atitudinea părtinitoare a autorităților de reglementare. Cu alte cuvinte, reglementarea *ex ante* le spune actorilor de pe piață ce să facă, în timp ce reglementarea *ex post* le spune ce să nu facă ulterior producerii evenimentelor care stau la baza reglementării în cauză.

Multitudinea de studii, analize economice și juridice, precum și investigații cu privire la posibile abuzuri pe piețele digitale efectuate în ultimii 20 de ani, adesea în jurul aceluși agenți pe piața digitală, au înflorit în reglementări peste tot în lume. De exemplu, organul legislativ sud-coreean a introdus în 2021 legislație cu privire la politicile Apple și Google care cer de obicei dezvoltatorilor să plătească giganților tehnologiei un comision de până la 30% din valoarea fiecărei tranzacții, legislație menită să împiedice operatorii magazinelor de aplicații (ex. App store și Google Play) cu poziții dominante pe piață, să forțeze sistemele de plată proprii asupra dezvoltatorilor de aplicații și să întârzie în mod nejustificat procesele de moderare, revizuirile sau înlăturare a aplicațiilor (și în mod evident, să reducă prețurile prin eliminarea comisioanelor a căror valoare nu poate să fie justificată pentru serviciile asigurate)¹. De asemenea, Google a fost deja amendat în trecut de către Comisia Europeană cu 2,42 miliarde de euro pentru încălcarea normelor antitrust ale UE. Google a abuzat de dominația sa pe piață ca motor de căutare, oferind un avantaj anticoncurențial unui alt produs Google, serviciul său de "comparison shopping"².

1.2. Istoricul regulamentului (UE) 2022/1925

Regulamentul (UE) 2022/1925, denumit în mod obișnuit Digital Markets Act (DMA), este un regulament al UE care își propune să facă economia digitală mai echitabilă și mai contestabilă. Regulamentul propus de Comisia Europeană în decembrie 2020 a fost semnat în lege de Parlamentul European și de Consiliul UE în septembrie 2022. Acesta a intrat în vigoare la 1 noiembrie 2022 și va deveni aplicabil, în cea mai mare parte, la 2 mai 2023. După aceasta, paznicii vor fi identificați și vor trebui să se conformeze până cel târziu la 6 martie 2024.

1.3. Abordarea metodologică

Sub aspect metodologic, voi dezvolta în continuare argumentele reținute de către autăriați și experți în domeniu, urmând a face, acolo unde este cazul, dezvoltările sau, din contră, criticile necesare. Pentru claritate, urmăresc să răspund la două întrebări fundamentale în jurul cărora gravitează problema analizată:

- a. **Este posibilă o reglementare separată a domeniului digital?** În această primă secțiune, urmează să fie analizat în ce măsură poate exista o reglementare lex specialis al sectorului digital și dacă un astfel de set de norme ar putea să fie integrat și compatibil dreptul concurenței comunitar deja existent.
- b. **Analiza criteriilor de identificare al gatekeeperilor oferite de către DMA** În a doua secțiune voi expune normele care permit încadrarea unui agent economic sub umbrela noțiunii de

¹ Telecommunications Business Act (전기통신사업법).

² COMMISSION DECISION of 27.6.2017 relating to proceedings under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the Agreement on the European Economic Area (AT.39740 - Google Search (Shopping)).

gatekeeper iar apoi voi detalia anumite neajunsuri legislative și posibile externalități negative pe care aceste șabloane rigide le vor putea produce.

2. Capitolul I. Este posibilă o reglementare separată a domeniului digital?

2.1. Repere legislative și juridice actuale ale pieței care urmează să fie supusă DMA

Premisa reglementării DMA este aceea că piața digitală poate să fie separată de piața non-digitală astfel încât să îi poată fi aplicată o reglementare țintită specific acesteia. Problematice reiese în momentul în care o analiză a domeniului și obiectul reglementării, piața digitală, arată că o astfel de separare este imposibilă încât majoritatea sectoarelor economie tradiționale au început deja să aibă parte de o puternică digitalizare sau să fie în procesul unei astfel de tranziționări. Astfel, tehnologia digitală are deja rădăcini adânci în piața comunitară în cadrul a multiple sectoare de activitate în varii combinații. În urma unei astfel de analiza întrebare care se va ridica în mod natural este care poate să fie rostul unei reglementări care încearcă să reglementeze separat piața digitală în condiții în care aceasta este deja așa puternic integrată în economia pieței europene și cel mai probabil va continua să devină și mai prevalentă în aceasta?

Având în vedere cele prezentate mai sus susținere că piețele digitale ar trebui să facă obiectul unei reglementări diferite de concurență decât piețele nedigitale trebuie să vină la pachet cu două întrebări importante: 1. este în primul rând o astfel de reglementare posibilă? și 2. care ar putea să fie efectele indirecte nedorite care ar putea să afecteze piețele care sunt strâns legate și puternic influențate de această piață. DMA se va aplica pe vertical sectorului digital. Acest lucru înseamnă că obligațiile DMA nu sunt impuse într-un mod de aplicare orizontal (adică tuturor companiilor din toate sectoarele), ci mai degrabă vertical (adică tuturor companiilor din așa-numitul sector digital) astfel încât să împiedice concurența și inovarea, deoarece companiile rivale pot fi supuse unor obligații diferite, bazate nu numai pe faptul că sunt considerate digitale, ci și pe dimensiunea lor (chiar dacă o companie mai mică este, de asemenea, un *gatekeeper* într-o nișă de piață mai mică).

Pentru aceste motive reglementările introduse ar trebui să se aplice orizontal tuturor sectoarelor economiei, inclusiv firmelor pur digitale, pentru a crea condiții de concurență echitabile și pentru a evita efecte nedorite și avantaje discriminatorii companiilor rivale care nu se încadrează în parametrii pe care actorii vizați de către DMA trebuie să îi îndeplinească.

2.2. Identificarea pieței relevante și a „digitalului” din actul piețelor digitale

Această secțiune va fi dedicată susținerii faptului că piețele digitale nu ar trebui să facă obiectul unei reglementări diferite de concurență decât piețele non-digitale. DMA se aplică pe verticală sectorului

digital. Reglementarea ar trebui să se aplice orizontal tuturor sectoarelor economiei, inclusiv firmelor pur digitale, pentru a crea condiții de concurență echitabile și pentru a evita efectele de prag de reglementare între companiile rivale. Strategia digitală europeană recunoaște că multe companii europene și în special întreprinderile mici și mijlocii au întârziat să adopte soluții digitale și, prin urmare, nu au beneficiat de ele și au ratat oportunități de extindere”. Strategia propune, fără analiză sau dovezi, că „Europa trebuie să continue să acționeze independent și să reducă dependența excesivă de soluțiile digitale create în altă parte”³. Dar dacă soluțiile digitale pentru întreprinderile mici și mijlocii (IMM-uri) create în altă parte sunt superioare soluțiilor digitale create în Europa (și actorii care adoptă aceste soluții nu sunt cei mai bine poziționați pentru a lua aceste decizii), atunci de ce ar dori UE să limiteze soluțiile de cea mai bună calitate pentru propriile firme? Invocând „suveranitatea tehnologică europeană”, din nou, deși abordarea schimbărilor climatice este esențială, nu există dovezi suficiente care să susțină că politicile de concurență din cadrul DMA sunt adecvate sau necesare pentru a aborda problemele competiționale din spațiul digital.

În plus, atunci când Comisia a consultat în prealabil autoritățile naționale de concurență (ANC) de a propune DMA, majoritatea au susținut că regulile ex ante nu ar trebui aplicate numai actorilor digitali : „În ceea ce privește domeniul de aplicare, majoritatea experților au considerat că un astfel de instrument ar trebui să fie aplicabil pe toate piețele. Majoritatea experților care și-au exprimat un punct de vedere au indicat, de asemenea ca instrumentul de reglementare să nu se limiteze doar la piețele/sectoarele afectate de digitalizare”⁴.

DMA nu numai că respinge astfel de sfaturi, dar se abate de la propunerile legislative ale SUA care nu au demarat nicio inițiativă legislativă de segregare a sectorului digital. Cu toate acestea, propunerea DMA în sine indică problemele inerente cu această abordare, afirmând că „practicile neloiale și lipsa de contestabilitate duc la ineficiențe rezultate în sectorul digital în termeni de prețuri mai mari, calitate mai scăzută, precum și mai puține opțiuni și inovația în detrimentul consumatorilor europeni.” Se concluzionează apoi că deși unele dintre aceste fenomene specifice sectorului digital și platformei de bază servicii sunt, de asemenea, observate într-o oarecare măsură în alte sectoare și piețe, domeniul de aplicare al propunerii se limitează la sectorul digital, deoarece de acolo problemele sunt cele mai presante. Contestabilitate slabă și practici neloiale în digital sectorului sunt mai frecvente și pronunțate în anumite servicii digitale decât altele. Această afirmație presupune implicit două idei:

- a. sectorul digital poate fi distins cu ușurință de sectorul non-digital;

³ European Commission, Shaping Europe’s Digital Future (Luxembourg: Publications Office of the European Union, February 2020), 5, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communicationshaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf.

⁴ European Commission, “Factual summary of the contributions received in the context of the open public consultation on the New Competition Tool” (European Commission, October 2020), https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/summary_stakeholder_consultation.pdf.

b. sectorul digital are o mai mare predispoziție la a fi susceptibil la abuzului de poziție dominantă.

Firmele care utilizează date se folosesc de cele mai multe ori de soluții digitale, dar implică aceasta faptul că companiile bazate pe date cu soluții digitale sunt în mod necesar companii digitale care evoluează pe piețele digitale? Linia subțire dintre companiile digitale și cele non-digitale este imposibil de trasat cu excepția cazului în care înțelegem ideea că digitalul este un canal de distribuție - și anume un model de afaceri inovator - nu o piață. DMA definește sectorul digital ca fiind „sectorul produselor și serviciilor furnizate prin mijloace sau prin intermediul serviciilor societății informaționale.” Serviciile societății informaționale sunt definite ca oricare „serviciul menționat la articolul 1 alineatul (1) litera (b) din Directiva (UE) 2015/1535.”

Directiva definește: „orice serviciu prestat în mod normal cu remunerație, la distanță, de mijloace electronice și la cererea individuală a unui destinatar de servicii.” Acest articol în continuare detaliază conceptele esențiale care delimitează domeniul de aplicare al DMA:

- „La distanță” înseamnă că „serviciul este furnizat fără ca părțile să fie prezent simultan”
- „Prin mijloace electronice” sugerează că „serviciul este trimis inițial și primit la acesta destinație prin intermediul echipamentelor electronice de prelucrare (inclusiv compresie digitală) și stocarea datelor și în întregime transmise și primite de fir, prin radio, prin mijloace optice sau prin alte mijloace electromagnetice”
- „La cererea individuală a unui destinatar de servicii” precizează în final că „serviciul se asigură prin transmiterea datelor la cererea individuală”

Inovația tehnologică înseamnă că această definiție se aplică acum multor sectoare ale economiei, inclusiv servicii bancare, divertisment, asigurări, imobiliare, informații (inclusiv ziare), asistență medicală, comerț cu amănuntul, servicii juridice și chiar producție. Digital transformarea sugerează, de asemenea, că concurența digitală disciplinează actorii de pe piață non-digital. Jacques Crémer, unul dintre autorii raportului influent care a dus la DMA, recent a recunoscut: „Trebuie să adaptăm aceste legi la digitalizarea economiei. Una dintre probleme este că totul devine o platformă digitală: o mulțime de firme, chiar dacă nu sunt în principal digitale, poate avea o parte digitală care este dominantă într-un sector important al economiei”⁵. Când totul este digital, ce este digital? Într-o anumită industrie, jucătorii digitali și firmele conexe concurează pentru a ajunge la utilizatorii finali prin mijloace distincte, fiecare având propriile sale costuri și beneficii. Pentru a ilustra, când Amazon a decis să-și extindă afacerea de la vânzarea de cărți și muzică online la multe altele alte categorii de

⁵ Jacques Crémer, Roundtable *Regulation and Antitrust of Digital Platforms* at the Conference on Digital Platforms: Opportunities and Challenges? (Online, October 27 & 28, 2020), 8, <https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/Rapports/tse-digital-annual-report2020.pdf#page=4>.

catalog, nu a creat o piață digitală. A intrat (și a perturbat) atât piețele tradiționale ale librăriilor, cât și piețele industriei muzicale.

Să presupunem că Amazon este singurul comerciant online de cărți și muzică, dar are doar 30 procent de cotă de piață pentru fiecare dintre cele două piețe. Face asta Amazon un monopol în piața digitală pentru cărți și muzică? Evident că nu, pentru că nu există așa ceva ca o piață a librăriilor online distinctă de piața librăriilor offline. Același lucru este valabil și pentru piața industriei muzicale, ca orice alta categorie de produse. Singura **pieță relevantă** pentru scopul antitrust **este piața produselor**, cuprinzând **atât distribuția prin canalele online cât și offline**.

Deci, care este raportul dintre vânzările fizice și cele digitale necesare pentru ca o companie să fie luată în considerare ca o companie digitală? De exemplu, dacă Amazon și-ar crește vânzările offline, ar putea-o se transformă într-o companie non-digitală în temeiul DMA propus? Stabilirea unor obligații conform unor categorii fixe și rigide riscă înțelegerea greșită a obiectului și domeniul de activitate al unei afaceri.

Într-adevăr, incertitudinea creată cu privire la ce este considerată piața relevantă prin lentila DMA ar putea afecta sectoarele conexe sau interconectate cu digitalul și ar putea să le dăuneze acestora printr-un ripple effect din două motive:

În primul rând, creează costuri de reglementare suplimentare pentru actorii din industrie care au adopta, să nu mai vorbim de creat, mijloace digitale pentru a opera în industrie. Aceste costuri suplimentare ar putea submina competitivitatea acestor actori digitali. Asemănător cu efectele GDPR care au ajutat marile companii de tehnologie prin consolidarea puterii acestora în detrimentul altor companii, DMA creează costuri de reglementare suplimentare care ridică atât barierele existente, cât și barierele de intrare pe piața de distribuție digitală apărând astfel poziția status quo a marilor societăți de tehnologie existente. Dinamica piețelor care odată se schimba rapid este pervertită astfel încât inovația digitală să încetinească.

În al doilea rând, competitivitatea redusă a actorilor digitali, spre deosebire de actorii non-digitali din aceeași industrie, descurajează adoptarea digitalului, perturbare și limitările astfel create, înăbușind și descurajând astfel inovația tehnologică.

În al treilea rând, piața tehnologiei digitală nu suferă de stagnare din punctul de vedere al inovației iar reglementările, oricare ar fi scopul acestor, n-ar face decât să se interpună într-un sector funcțional din punct de vedere competițional. Luând în concret cazul setărilor și aplicațiilor preconfigurate, consumatorii rămân cu setările implicite tocmai pentru că sunt mulțumiți de calitatea modului în care le sunt furnizate serviciile pe care le accesează. Convingerea că setările implicite duc doar la consecințe anticoncurențiale este doar parțial adevărată. În realitate, setările

implicite sunt acceptate pe scară largă și produc de obicei rezultate satisfăcătoare în lumea offline. Din păcate, DMA nu susține o astfel de viziune.

Prin urmare, interzicerea setărilor implicite numai pe piețele digitale, în timp ce le permiteți offline, nu numai că ar dăuna bunăstării consumatorilor, ci ar genera concurență neloială. Multe exemple pot ilustra acest lucru. De exemplu, eficiența superioară a companiei de videoconferință Zoom care a înlăturat de pe piață Skype-ul de la Microsoft. Alt exemplu poate să fie observat atunci când odată cu modificările setărilor de confidențialitate de către Facebook ale WhatsApp, serviciul de mesagerie instantă a fost exclus parțial de pe piață în favoarea rivalilor precum Telegram și Signal. În ziua de astăzi, iOS-ul Apple ar putea fi fost considerat că se bucură de o poziție dominantă după lansarea pe piață în 2008 a produsului iPhone dar doi ani mai târziu însă, sistemul de operare Android a devenit un sistem de operare de vârf pentru smartphone-uri pe când alte sisteme de operare a telefoanelor mobile din trecut (de exemplu, Nokia, Blackberry etc.) ar fi putut fi considerat că se bucură de poziții de neatins pe piață la acel moment în timp ce sistemul de operare Android nu ar fi fost considerate ca să fiind capabile să constituie o amenințare credibilă.

Un exemplu de practică care este evaluată mult mai negativ online decât off-line este acela de setare implicită. Ori de câte ori un gardian este considerat a impune setările implicite, o astfel de conduită este adesea văzută ca fiind abuzivă. Deși este de obicei acceptat că setările implicite/preinstalare pe punctele de intrare, cum ar fi telefoanele și browserele, nu sunt cerințe strict de exclusivitate, mulți cred că setările implicite pot avea efecte remarcabil de similare, având în vedere părtinirea implicită a consumatorilor. În lucrarea de aprobare a DMA, s-a oferit exemplul deciziei Google Android pentru ca Google Chrome și Google Search să fie configurate implicit pe smartphone-uri. Obiecțiile ridicate s-au făcut cu privire la îngrijorarea că Google plătește Apple pentru a preinstala Google ca motor de căutare default pe iPhone/iPad⁶.

Însă, a face distincția între „aplicații sau servicii software” și restul produselor și serviciilor din economie este dubioasă. De ce ar fi, în general, setările implicite acceptate ca pro-competitive pe piața offline, dar considerate anticoncurențiale ori de câte ori se referă la serviciile software ale gatekeeperilor? Companiile preinstalează produse în mod regulat, de la mașini care vin cu anvelope și radiouri până la lumini cu becuri și până la produse cu baterii instalate. Setările implicite sunt inerente vieții de afaceri. De exemplu, atunci când oamenii cumpără o mașină, setarea implicită este să aibă radioul și anvelopele montate. Obligarea alegerii în detrimentul regulilor implicite poate modifica «arhitectura de alegere» a consumatorilor, fără a oferi beneficii tangibile. Este larg acceptat că „produsele sau serviciile prestabilite bine concepute beneficiază atât companiei, cât și consumatorului prin simplificarea luării deciziilor, creșterea satisfacției clienților, reducerea riscuri și

⁶<https://www.forbes.com/sites/johanmoreno/2021/08/27/google-estimated-to-be-paying-15-billion-to-remain-default-search-engine-on-safari/?sh=35e5ef6d669b>.

să conducă la achiziții profitabile”⁷. Într-adevăr, dacă scopul este bunăstarea consumatorului, aceste setări implicite fac acest lucru în mod clar. Setările implicite, nu sunt nici bune, nici rele, ele sunt concepute pentru a oferi consumatorilor în mod eficient produsele și serviciile pe care le așteaptă la un nivel de calitate satisfăcător. Ca atare, Comisia însuși a recunoscut tocmai acest lucru în decizia sa Google Android din 2018⁸, **motivul** pentru care **preinstalarea**, cum ar fi setarea implicită, **poate crește semnificativ utilizarea serviciului furnizat de o aplicație** este că utilizatorii care **nu** găsesc aplicații preinstalate și care nu le sunt prezentate acestora pe dispozitivele lor mobile inteligente, sunt foarte probabil să se „lipească” de acele aplicații. Este mult mai puțin întâlnită situația în care utilizatorii încep să caute, să descarce și să folosească aplicații alternative, mai ales atunci când **aplicația care este preinstalată și/sau setat ca implicit oferă deja funcționalitatea necesară la un nivel satisfăcător.**

2.3. Încadrarea și compatibilitatea DMA în cadrul normativ al dreptului concurenței pozitiv comunitar

Intervenția în cadrul sistemului UE de drept al concurenței impune o serie de constrângeri ale autorităților de concurență. Caracteristica comună a acestor constrângeri este că ele necesită o evaluare de la caz la caz, specifică contextului, pentru a stabili dacă sunt prezente condițiile de intervenție. Pentru început, este necesar să se evalueze dacă declanșatorul – o condiție prealabilă pentru acțiune – este prezent. În conformitate cu articolul 101 TFUE, un reclamant sau o autoritate ar trebui să demonstreze că există o coordonare explicită (de obicei sub forma unui acord sau a unei practici concertate) între două sau mai multe întreprinderi⁹. În contextul articolului 102 TFUE, condiția prealabilă căci intervenția este o constatare a unei poziții dominante, care, la rândul său, necesită definirea pieței relevante și evaluarea caracteristicilor acesteia din urmă¹⁰. În același mod, dreptul UE în materie de concurență interzice doar abuzul de poziție dominantă, nu dominanța ca atare¹¹.

Aceste constrângeri limitează în mod semnificativ sfera de intervenție în temeiul dreptului UE în materie de concurență pe piețele digitale. În special, **nu se poate presupune** pur și simplu că un furnizor de servicii de platformă online se bucură de o **poziție dominantă în sensul articolului 102 TFUE**, și asta chiar și atunci când are o cifră de afaceri (sau cotă de piață) mare și se bazează pe acesta de un număr mare de afaceri sau utilizatori finali. În mod similar, faptul că o întreprindere controlează un ecosistem nu înseamnă neapărat că activitățile sale fac parte dintr-o piață separată.

⁷ Daniel G. Goldstein et al., *Nudge Your Customers Toward Better Choices*, Harvard Business Review, December 2008, <https://hbr.org/2008/12/nudge-your-customers-toward-better-choices>.

⁸ European Commission, Google Android, Case AT.40099, July 18, 2018, C(2018) 4761.

⁹ C-2/01 P and C-3/01 P *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV and Commission v Bayer AG*, EU:C:2004:2.

¹⁰ Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission*, EU:C:1978:22, para 10.

¹¹ Case 6/72 *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission*, EU:C:1973:22, para 26.

Întrebarea relevantă, în cele două cazuri, s-ar învârti în jurul constrângerilor la care este supus furnizorul de servicii de platformă online, care urmează să fie identificate în lumina caracteristicilor pieței relevante. În cazul Microsoft/Skype, de exemplu, Comisia a concluzionat că noua entitate nu s-ar bucura de o poziție dominantă în scenariul post-fuziune și asta chiar dacă cota sa de piață ar fi peste 80% într-un segment care a afișat efecte de rețea¹².

De asemenea, sistemul de drept al concurenței al UE constrânge comportamentul autorităților prin aceea că, înainte de intervenție, solicită dovezi că practicile în cauză au fie obiectul, fie efectul restrângerii concurenței. Ancheta nu poate fi efectuată în abstract sau pe baza unor ipoteze desprinse din circumstanțele cauzei. O linie consecventă a jurisprudenței arată clar că evaluarea obiectului de practică este o anchetă specifică cazului, care trebuie să ia în considerare, în special, contextul economic și juridic relevant¹³. Garanțiile prezentate mai sus fac ca aplicarea sancțiunilor și intervenția puterii administrative a uniunii să fie una ex post care să fie cumpătată și bine demonstrată astfel încât externalitățile negative creată de piața comunitară să poate să fie combătute și înlăturate cu o precizie „chirurgicală” și nu pe baza unui șablon general care poate foarte ușor să aibă ramificații nedorite și neprevăzute.

Digital Markets Act își definește domeniul de aplicare în primul rând prin referire la o cifră de afaceri (sau capitalizare) și un prag de utilizator. Criteriile obișnuite care ar informa întrebarea dacă o firmă este dominantă – inclusiv evaluarea specifică contextului a caracteristicilor pieței relevante sau a poziției acesteia în raport cu rivalii – nu fac parte din evaluare. Caracteristicile menționate nu sunt considerate relevante ca atare. Se presupune că acestea există și justifică intervenția, indiferent de circumstanțele specifice fiecărei piețe. Este adevărat că furnizorul calificat ca gatekeeper are posibilitatea de a prezenta „argumente suficient de fundamentate” în sensul că nu ar trebui să fie desemnat ca atare și, prin urmare, ar trebui scutit de obligațiile de reglementare. Există totuși doi factori importanți de luat în considerare în acest sens.

În primul rând, nimic din reglementarea DMA nu sugerează că Comisia ar fi obligată să respecte jurisprudența și practica administrativă în materie de poziție dominantă.

În al doilea rând (și poate și mai important), argumentele prezentate de furnizorii de servicii ar fi luate în considerare doar în urma răsturnării prezumției de abuz și putere dominantă pe piață. **Caracterul relativ al prezumției** are drept **consecință o răsturnare a sarcinii probei**, în sensul că nu autoritatea publică cu atribuții de supraveghere și protecție a pieței împotriva practicilor neconcurențiale va trebui să dovedească îndeplinirea condițiilor cu privire la existența poziției dominante, ci prestatorul de servicii va trebui să probeze neîndeplinirea acestor condiții. În temeiul

¹² *Microsoft/Skype* (Case COMP/M.6281) Commission Decision of 7 October 2011.

¹³ Case C-307/18 *Generics (UK) Ltd and others v Competition and Markets Authority*, EU:C:2020:52.

articolului 102 TFUE, revine autorității sau reclamantului să demonstreze, în conformitate cu standardul juridic necesar, că o firmă este dominantă. În conformitate cu DMA, dimpotrivă, revine firmei care îndeplinește pragurile să arate că nu ar trebui să fie declarată gatekeeper.

3. Capitolul II. Analiza criteriilor de identificare al gatekeeperilor oferite de către DMA

3.1. Judecățile grăbite sunt adesea periculoase

Criteriile expuse de DMA pentru identificare actorilor *gatekeepers* au o natură hibridă fiind:

a. **Cantitative** (obiective) așa cum sunt cele de la:

- **art.3 alin.(2) lit.a)** *în ceea ce privește alineatul (1) litera (a), în cazul în care a realizat o cifră de afaceri anuală în Uniune mai mare sau egală cu 7,5 miliarde EUR în fiecare dintre ultimele trei exerciții financiare sau în cazul în care capitalizarea sa bursieră medie sau valoarea sa justă de piață echivalentă a fost de cel puțin 75 de miliarde EUR în ultimul exercițiu financiar și în cazul în care furnizează același serviciu de platformă esențial în cel puțin trei state membre;*
- **art.3 alin.(2) lit.b)** *în ceea ce privește alineatul (1) litera (b), în cazul în care furnizează un serviciu de platformă esențial care, în ultimul exercițiu financiar, a avut lunar cel puțin 45 de milioane de utilizatori finali activi stabiliți în Uniune sau aflați pe teritoriul acesteia și, anual, cel puțin 10 000 de utilizatori comerciali activi stabiliți în Uniune, identificați și calculați în conformitate cu metodologia și indicatorii prevăzuți în anexă;*
- **art.3 alin.(2) lit.c)** *în ceea ce privește alineatul (1) litera (c), în cazul în care pragurile prevăzute la litera (b) de la prezentul alineat au fost atinse în fiecare dintre ultimele trei exerciții financiare*

Formularea face ca acest set de criterii să fie de fapt prezumții *Se prezumă că o întreprindere îndeplinește condițiile corespunzătoare de la alineatul (1)* și nu de fapt 2 serii de criterii distincte care să se completeze reciproc și să ofere o soluție de mijloc din punct de vedere al flexibilității după care gatekeepers ar putea să fie identificați.

b. **Calitative** (subiective) așa cum sunt cele de la:

- **art.3 alin.(1) lit.a)** are un impact semnificativ asupra pieței interne;
- **art.3 alin.(1) lit.b)** furnizează un serviciu de platformă esențial care reprezintă un punct de acces important prin care utilizatorii comerciali ajung la utilizatorii finali; și
- **art.3 alin.(1) lit.c)** beneficiază de o poziție solidă și durabilă, în ceea ce privește operațiunile sale, sau este previzibil că va beneficia de o astfel de poziție în viitorul apropiat.

După cum se poate observa, Comisia a construit un regim bazat pe concepte juridice autonome complet de la zero. Decizia de a reglementa piețele digitale în jurul echității și contestabilității ridică o serie de întrebări. Elementul fundamental este dacă conceptele legale de bază ale Proiectului DMA sunt capabile să constrângă comportamentul autorității într-un mod semnificativ. Această întrebare se ridică, în special, în legătură cu criteriile de clasificare ale *gatekeeperilor*. În conformitate cu articolul 3 alineatul (1), Comisia ar trebui să evalueze, printre altele, dacă un astfel de furnizor are „un impact semnificativ asupra pieței” sau dacă activitățile sale servesc drept „punct de acces important”. Formularea literală a prevederilor sugerează că practic toți furnizorii de o anumită importanță ar îndeplini aceste condiții. „Elementele” identificate la articolul 3 alineatul (6) nu contribuie la clarificarea chestiunilor într-un mod semnificativ.¹⁴ Mai presus de toate, elementele menționate sunt o privire de ansamblu asupra caracteristicilor multor piețe din sfera digitală. Mai mult decât dispozitive, sunt descriptive.

Digital Markets Act pare să acorde o marjă de manevră substanțială Comisiei pentru a defini ce firme se califică drept *gatekeepers*. În plus, nu este imediat evident cum furnizorii care îndeplinesc pragurile definite la articolul 3 alineatul (2) ar putea respinge, pe baza „argumentelor suficient de fundamentate”, prezumția că au acest statut. Până la urmă, criteriile definite la articolul 3 alineatul (1) sunt suficient de ample pentru a justifica o constatare în acest sens, practic, în orice situație în care o întreprindere se bucură de cel puțin un anumit grad de putere de piață. Deoarece criteriile sunt expansive și nu depind de presiunea concurențială cu care se confruntă firmele, ele ar putea justifica clasificarea drept *gatekeeper* chiar și atunci când un anumit jucător nu îndeplinește pragurile definite la articolul 3 alineatul (2). Singura constrângere, în această privință, pare să fie una procedurală: atunci când intervine în conformitate cu articolul 3 alineatul (6), Comisia ar trebui să efectueze o investigație de piață în sensul articolului 15.¹⁵

Un alt efect la nivel central reglementativ cu privire la sporirea prerogativelor și limitarea constrângerilor aduse de către normele și jurisprudența dreptului concurenței comunitar actual ale Comisiei este faptul că este de natură să transforme natura interacțiunii autorității cu actorii economici vizați de reglementare pe viitor. Creșterea influenței pe care Comisia o va căpăta asupra sectorului digital prin intermediul DMA va crește stimulentele firmelor de a-și proteja interesele de a influența rezultatele reglementărilor pe viitor prin lobby mai agresiv. În același mod, puterea și

¹⁴ (6) Comisia este împuternicită să adopte acte delegate în conformitate cu articolul 49 pentru a completa prezentul regulament precizând metodologia prin care se stabilește dacă sunt atinse pragurile cantitative prevăzute la alineatul (2) de la prezentul articol și pentru a ajusta periodic respectiva metodologie în funcție de evoluția pieței și a tehnologiei, dacă acest lucru este necesar.

¹⁵ (1) În termen de șase luni de la desemnarea sa în temeiul articolului 3, controlorul de acces prezintă Comisiei o descriere auditată în mod independent a oricăror tehnici de creare de profiluri ale consumatorilor pe care controlorul de acces le aplică în cadrul serviciilor sale de platformă esențiale enumerate în decizia de desemnare în temeiul articolului 3 alineatul (9). Comisia transmite descrierea auditată respectivă Comitetului european pentru protecția datelor.

influența nou dobândită a Comisiei ar putea duce la o presiune mai mare din parte diverselor grupuri de interes și poli de influență să direcționeze Comisia spre a lua un anumit curs de acțiune.

3.2. Mecanismele de control judiciară cărora termenii din DMA vor trebui să reziste

În conformitate cu articolul 263 din TFUE, Curtea verifică legalitatea, printre altele, a actelor Comisiei „destinate să producă efecte juridice față de terți”. Prin urmare, nu există nicio îndoială că instanțele UE au competența de a supraveghea interpretarea articolelor 3, 5 și 6. În special, criteriile de clasificare a actorilor economici ca gatekeepers și specificarea obligațiilor stabilite. Mai interesant decât posibilitatea teoretică de a contesta un act al Comisiei, care nu poate fi pusă sub semnul întrebării, este dacă proiectul de DMA face posibilă o astfel de revizuire și dacă i-ar permite să aibă sens. Există o serie de factori instituționali și de fond de luat în considerare în acest sens.

Dintr-o perspectivă instituțională, firmele care pot fi supuse articolelor 5 și 6 ar putea să nu aibă neapărat un stimul să depună un litigiu. Reglementarea DMA este concepută în mod expres pentru a recompensa cooperarea cu Comisia și pentru a descuraja întârzierile și nerespectarea prin amenzi și remedii structurale. O altă diferență esențială cu alte regimuri, din punct de vedere instituțional, este că sarcina intervenției revine furnizorilor, nu autorității. În acest sens, situația în care se află un gatekeeper în temeiul DMA este comparabilă cu cea în care se află o întreprindere în urma unei decizii de sancționare a unei practici anticoncurențiale. Această combinație de caracteristici face ca controlul judiciar să fie mai puțin probabil să fie realizat și înlătură astfel o garanție importantă și una dintre valorile principale ale uniunii, accesul la justiție.

Din punct de vedere material, este de competența Curții să definească semnificația și domeniul de aplicare a conceptelor juridice utilizate în regulament. Acțiunea administrativă este supusă unei revizui complete în sistemul UE. De exemplu, Curtea ar fi să definească ce se înțelege prin „impact semnificativ asupra pieței interne” sau ceea ce înseamnă „punct de acces important prin care utilizatorii comerciali ajung la utilizatorii finali”. Acest fapt, totuși, nu asigură în mod necesar, în sine că controlul judiciar al intervenției în temeiul DMA va fi eficient și semnificativ. Nu este imediat evident factorii pe care instanțele UE s-ar baza pentru a controla acțiunile administrative. Acest lucru se datorează faptului că constrângerile obișnuite în jurul cărora s-ar învârti controlul judiciar nu ar fi prezente – sau cel puțin nu în principiu. DMA se bazează pe premisa că principiile dreptului concurenței nu ar limita acțiunea administrativă în cadrul noului regim. Întrebarea care trebuie ridicată este dacă controlul judiciar ar fi semnificativ și eficace având în vedere modul în care această reglementare a fost intenționat construită. Având în vedere că actul legislativ instituie următoarea prevedere: *Comisia poate impune unui controlor de acces amenzi de până la 20 % din cifra de afaceri*

*totală la nivel mondial a acestuia din exercițiul financiar precedent*¹⁶, care în cazul gatekeepers s-ar traduce în amenzi în valoare de zeci de miliarde de euro, stabilitatea și garanțiile sistemului judiciar european nu ar trebuie văzute ca fiind derizorii.

Dacă se acceptă, în acest context, că sistemul conceput în tratatele UE necesită un control jurisdicțional efectiv (și, prin urmare, definirea constrângerilor semnificative asupra acțiunii administrative), următoarea întrebare este aceea de unde ar proveni constrângerile menționate. O problemă centrală, în această privință, este dacă obiectivele și conceptele juridice utilizate în normele DMA-ului pot fi definite în mod autonom față de obiectivele și conceptele care stau la baza articolelor 101 și 102 din TFUE. Trebuie remarcat faptul că piața internă, a cărei funcționare adecvată „include un sistem care asigură că concurența nu este denaturată”. Prin definiție, actul legislativ în discuție ar face parte și ar fi contra acestui sistem.

4. Concluzii - A fost adoptat un act legislativ care face primul pas în abordarea unei probleme de actualitate. Acum încotro?

Adoptarea Digital Markets act este cu certitudine o inițiativă nemiștinată nu numai la nivel comunitar ci chiar mondial, criticile aduse în această lucrare nu sunt menite să încerce să diminueze în vreun fel importanța acestui fapt. Cu toate acestea, metoda de reglementare (încercare de uniformizare care merge împotriva dreptului pozitiv existent printr-o abordare ex-ante rigidă) combinate cu obiectul de reglementare al acesteia (cel mai dinamic și inovativ dintre sectoarele majore ale economiei) face ca această inițiativă normativă care la o primă privire pare să picteze imaginea a unor «curajoși cavaleri cu simbolul UE pe blazonul» lor gata să atace «lăcomia giganților tehnologici» să fie demistificat și văzut mai degrabă ca un efort bine intenționat, care totuși livrează în baza unui sentiment de bravado niște soluții nerealiste și care ar putea fi eficiente numai într-o versiune distorsionată a realității comparabilă cu situația confundării unei mori de vânt drep un uriaș flămând și feroce. Așadar, rămâne de văzut în ce măsură soluțiile și sancțiunile acestui act normativ vor putea să rămână în picioare și să producă cu adevărat un impact pozitiv la nivel unional.

¹⁶Art. 30 (1) În decizia de neconformitate, Comisia poate aplica unui controlor de acces amenzi care nu depășesc 10 % din cifra de afaceri totală la nivel mondial a acestuia din exercițiul financiar precedent, în cazul în care constată că respectivul controlor de acces nu respectă, cu intenție sau din culpă.

(2) Prin decizia de neconformitate, Comisia poate impune unui controlor de acces amenzi de până la 20 % din cifra de afaceri totală la nivel mondial a acestuia din exercițiul financiar precedent în cazul în care constată că un controlor de acces a comis aceeași încălcare sau o încălcare similară a unei obligații prevăzute la articolul 5, 6 sau 7.

Bibliografie

Resurse tipărite:

1. Adriana Almășan, *Dreptul concurenței*, Ediția a 2-a, Hamangiu, 2021;

Resurse digitale:

1. Daniel Mândrescu, *Abusive pricing practices by online platforms: a framework review of Article 102 TFEU for future cases*, *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 10, Issue 3, November 2022, Pages 469–517, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnac001>; accesat la data de 22.02.2023
2. Pablo Ibáñez Colomo, *The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 12, Issue 7, September 2021, Pages 561–575, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab065>; accesat la data de 25.02.2023

Câteva reflecții asupra principiului *non reformatio in pejus*

Some reflections upon the principle *non reformatio in pejus*

Quelques reflexions sur le principe *non reformatio in pejus*

Daria-Ioana GEORGESCU - Master Carieră Judiciară

coordonator: conf. dr. Paul POP

Rezumat: *Non reformatio in pejus* este un principiu esențial protecției intereselor individuale în procesul civil. Actuala reglementare a sa, inclusiv sub aspectul excepțiilor de la aplicare consacrate în lege, pare a fi prea generală raportat la faptul că exercitarea unei căi de atac poate genera multiple cicluri procesuale ca urmare a trimiterii spre rejudecare. Acest articol își propune să trateze anumite ipoteze pentru care se dispune trimiterea spre rejudecare, analizând inclusiv stadiul procesual de la care se reia cauza în urma trimiterii, dar și ce principii trebuie conciliate în vederea administrării cât mai bune a procesului civil cu scopul protejării atât a intereselor generale, cât și a celor individuale.

Cuvinte-cheie: *non reformatio in pejus*, trimiterea spre rejudecare, principiul disponibilității, dreptul de a fi judecat de o instanță independentă, apărarea intereselor individuale

Abstract: *Non reformatio in pejus* is a fundamental law principle that protects individual interests in civil process. The legislation in force of this principle, including the exceptions, seems to not respond to the judicial reality, considering that multiple appeals can be filed against successive judgements during the same process. This article analyses some situations that may generate a retrial, as well as the point from where the trial would be resumed. Furthermore, it presents the law principles that need to be conciliated in order to protect the general and individual interests.

Keywords: *non reformatio in pejus*, retrial, the subject matter of an action is defined by the parties,

the right to an independent tribunal, defending individual interests.

Résumé: *Non reformatio in pejus* est un principe essentiel sur la protection des intérêts individuels dans le procès civil. Son régulation actuel y compris en ce qui concerne les exceptions à l'application consacrée dans la loi semble trop générale par rapport au fait que l'exercice d'une voie de recours peut générer plusieurs cycles procéduraux à la suite du renvoi. Cet article se propose de traiter des différentes hypothèses pour lesquelles on dispose le renvoi, en analysant y compris l'état procédural à partir duquel on redémarre la cause par conséquence au renvoi, aussi comme quels principes doit on concilier pour la meilleure administration du procès civil ayant le but de protéger tant les intérêts généraux qu'individuels.

Mots-clé: *non reformatio in pejus*, renvoi, le principe de la disponibilité, le droit d'être jugé par un tribunal indépendant, la défense des intérêts individuels

1. Introducere

Principiul *non reformatio in pejus*, consacrat de Codul de procedură civilă în articolul 481, este o reglementare de protecție a justițiabililor, ce presupune că acestora nu li se poate înrăutăți situația în propria cale de atac. Rațiunea acestei reglementări din perspectivă individuală este de a nu descuraja partea să exercite o cale de atac împotriva unei hotărâri, protejându-i-se astfel dreptul la apărare, în timp ce scopul principiului privit din perspectiva interesului general este acela de a nu rămâne în ființă hotărâri nelegale ori netemeinice¹. De asemenea, strâns legat de legalitatea și temeinicia hotărârilor este și conceptul potrivit căruia adevărul judiciar ar trebui să se apropie de adevărul factual, obiectiv², în sensul în care situația de fapt reținută și soluționată de instanță ar trebui să fie cât mai apropiată de realitatea de fapt, în pofida faptului că, în concepția juridică de după anul 1990, s-a pus accentul cu precădere pe dreptul de dispoziție al părților, precum și pe caracterul de ordin privat al procesului civil.

¹ A se vedea A. Nicolae, *Aspecte ale aplicării principiului non reformatio in pejus în procesul civil*, în *Dreptul* nr. 10/2001, pp. 74-85.

² A se vedea M. Enescu, *Aplicarea principiului non reformatio in pejus în procesul civil*, în *SCJ* nr.3/1965, p. 458.

Cu toate că a fost consacrat legislativ în procedura civilă română abia prin OUG nr. 138/2000³ pentru modificarea Codului de procedură civilă (de la 1865 - s.n. DIG), *non reformatio in pejus* fusese deja recunoscut decenii la rând de doctrină și jurisprudență ca fiind un principiu de aplicabilitate generală⁴. Evoluția practicii judiciare a avut un rol esențial în cristalizarea principiului, în esență acesta fiind preluat din legislația procesual penală, unde era deja consacrat în art. 372 Codul de procedură penală 1968⁵.

Încă de la început, în pofida ambelor valențe pe care le îndeplinește (protejarea justițiabililor și menținerea în ființă pe cât posibil doar a hotărârilor legale și temeinice), *non reformatio in pejus* a fost încadrat ca fiind un principiu de ordine privată. Printre argumentele aduse în acest sens se numără și dreptul de dispoziție al părții interesate de a renunța la aplicarea lui⁶.

Prin același act prin care a fost consacrat, (*i.e.* OUG nr.138/2000), au fost extinse cazurile în care se putea exercita *recursul în anulare*⁷, în sensul în care Procurorul General al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, din oficiu ori la cererea ministrului justiției, putea exercita această cale de atac specială, extraordinară, de reformare, nedevolutivă și nesuspensivă de executare⁸ și ca urmare a încălcării esențiale a legii, ce a determinat o soluționare greșită a cauzei pe fond, printr-o hotărâre rămasă irevocabilă (definitivă în noua reglementare procesual civilă - s.n. DIG) în urma epuizării căilor de atac prevăzute de lege (art. 330 pct. 2 C.proc.civ. 1865)⁹. S-ar putea afirma într-o manieră mai puțin științifică și mai mult plastică faptul că recursul în anulare exercitat pentru acest motiv avea scopul de a readuce pe același drum sensul corect al dispozițiilor legale și practica judiciară. Este de remarcat faptul că, prin reglementarea acestui motiv de recurs în anulare, legiuitorul derivat pare să acorde o importanță deosebită corectei aplicări și interpretări a normelor de drept material. În judecarea recursului în anulare, deoarece nu era o cale de atac exercitată de părți, ci se exercita de către procurorul general, nu se punea problema aplicării *non reformatio in pejus*. Astfel, în ipoteza în care în hotărâre se regăseau grave încălcări ale normelor de drept material, intenția era ca încălcările să fie înlăturate, indiferent de poziția părților și cu riscul ca, în urma admiterii recursului și rejudecării cauzei, uneia dintre părți să i se creeze o situație mai grea.

³ Publicată în M. Of. nr. 479/02.10.2000.

⁴ A se vedea M. Enescu, *op.cit.*, p. 458.

⁵ publicat în B. Of. nr. 145/12.11.1968.

⁶ G. Boroi, M. Stancu, *Drept procesual civil*, ed. a 5-a, Ed. Hamangiu, 2020, București, p. 783.

⁷ V. M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. 2, Ed. Național, 1997, București, p. 461; *adde* V.M. Ciobanu, G. Boroi, M. Nicolae, *Modificările aduse Codului de Procedură Civilă prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 138/2000 (II)*, în *Dreptul* nr 2/2001, p. 22. În prezent, această cale extraordinară de atac a fost eliminată din Codul de procedură civilă.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Acest motiv de exercitare a recursului în anulare a venit pe fondul pronunțării multor hotărâri judecătorești irevocabile ca urmare a unor grave nesocotiri ale dispozițiilor de drept material, fapt ce conduce la cristalizarea unei jurisprudențe discordante raportat la sensul normelor juridice aplicate.

Unele precizări trebuie totuși făcute. Astfel, așa cum judicios s-a afirmat în doctrină¹⁰, recursul în anulare nu putea fi exercitat *omisso medio*, astfel că dacă partea interesată nu a exercitat căile de atac pe care le avea la dispoziție pentru desființarea hotărârii nelegale ori netemeinice, recursul în anulare este inadmisibil. Se observă, așadar, faptul că puterea procurorului de a ataca hotărâri date cu nerespectarea legii este limitată de dreptul de dispoziție al părții interesate de a ataca hotărârea, evidențiindu-se astfel caracterul de ordine privată al procesului civil, dar, în același timp, efectele principiului disponibilității erau moderate de păstrarea în ființă doar a hotărârilor legale și temeinice.

Ulterior, prin OUG nr. 58/2003, dispozițiile privind recursul în anulare au fost abrogate. Astfel, evoluția reglementării a condus la posibilitatea invocării motivelor de nelegalitate de ordine publică fie pe calea apelului, fie pe calea recursului, de data aceasta indubitabil că în limitele neagrării situației în propria cale de atac. Singura excepție consacrată legislativ de la *non reformatio in pejus* se regăsea în art. 296 C.proc.civ. 1865 ce făcea trimitere la art. 293 și 293¹ C.proc.civ. 1865 prin care se putea agrava situația părții în ipoteza declarării apelului incident sau provocat.

În sfârșit, *de lege lata* se constată că legiuitorul accentuează caracterul de ordine privată al principiului, Codul de procedură civilă consacrand faptul că *non reformatio in pejus* nu se aplică atunci când partea îndreptățită renunță expres. De asemenea, este prevăzută o derogare de la principiul neagrării situației în propria cale de atac în art. 432, anume atunci când se invocă excepția autorității de lucru judecat (excepție de ordine publică, peremptorie). Un aspect interesant de menționat este că în prima formă a Codului de procedură civilă era prevăzută ca derogare de la acest principiu și ipoteza invocării motivelor de ordine publică de drept material.

2. Excepții de la principiul *non reformatio in pejus* prevăzute de Codul de procedură civilă

2.1. Consimțământul expres al părții interesate

Cu toate că reglementarea excepției aplicării principiului atunci când partea consimte la posibilitatea agravării situației a cunoscut modificări, ea se păstrează în actuala reglementare. Astfel, în forma introdusă prin OUG nr.138/2000 nu a fost prevăzut ca situație de excepție consimțământul părții, ca mai apoi prin modificările aduse prin OUG nr. 59/2001 să fie introdus. În final, excepția aceasta a fost înlăturată la 15.08.2002 prin republicarea Codului de procedură civilă 1865 până la intrarea în vigoare a Codului de procedură civilă, care dezvoltă reglementarea anterioară, explicitând condiția în sensul în care consimțământul trebuie să fie expres. Totuși, reglementarea ca renunțarea să fie expresă nu prezintă relevanță, întrucât la efectele principiului de ordine privată se poate renunța

¹⁰ A se vedea V. M. Ciobanu, G. Boroi, M. Nicolae, *op.cit.*, p. 23.

chiar dacă nu este prevăzută expres posibilitatea renunțării¹¹.

Desigur, reglementarea actuală tranșează această problemă prin introducerea condiției potrivit căreia consimțământul părții interesate trebuie să fie expres. În cauza citată, instanța a admis recursul declarat de pârât prin care critica faptul că instanța de fond s-a pronunțat pe o acțiune posesorie, deși fusese investită cu o acțiune petitorie, iar reclamantul nu și-a modificat temeiul cererii, și, în consecință, a trimis spre rejudecare cauza. Ca urmare a rejudecării, pârâtul a fost obligat să lase în deplină proprietate și posesie terenul în litigiu. Câtă vreme într-o opinie¹² s-a criticat soluția propusă de Tribunalul Dolj pe motivul încălcării principiului *non reformatio in pejus*, altă opinie¹³ a găsit corectă dezlegarea oferită de instanța de recurs, aducându-se, în principal, două argumente: mai întâi prin criticarea soluției instanței de fond sub aspectul dezlegării unei alte chestiuni decât cea dedusă judecății (i.e. acțiune posesorie în loc de petitorie), pârâtul a renunțat la aplicarea principiului *non reformatio in pejus*, dorind tranșarea situației privind dreptul de proprietate, nu posesia; mai apoi, având în vedere că, într-adevăr, hotărârea soluționa o cerere neformulată de reclamant, ar fi contrar oricăror principii de drept păstrarea unei hotărâri fundamentale netemeinică doar pentru aparenta salvagardare a intereselor recurentului¹⁴.

2.2. Situația declarării mai multor apeluri sau recursuri, fie principale, fie incidente ori provocate

Fără a defini aceste figuri juridice, amintesc faptul că în doctrină există o dispută privind aplicarea *non reformatio in pejus* atunci când în cauză se declară, fie mai multe apeluri/recursuri principale, fie, pe lângă apel/recurs principal și apel/recurs incident sau provocat. Pe de o parte, se consideră că odată declarate căi de atac de către părți potrivnice, principiul nu mai poate fi aplicat, indiferent de soluția cu privire la fiecare cale de atac¹⁵. Ca urmare a declarării apelului principal, respectiv, a apelului incident, *non reformatio in pejus* nu își mai găsește aplicabilitatea, astfel că apelantului principal i se poate înrăutăți situația, chiar dacă apelul incident este respins¹⁶. Pe de altă parte, s-a exprimat și opinia potrivit căreia *non reformatio in pejus* se aplică în limitele devoluțiunii generate de calea de atac a părții interesate¹⁷. În această perspectivă, în situația declarării mai multor căi de atac

¹¹ A se vedea Gh. Buta, M. Tăbărcă, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, Ed. Universul Juridic, 2008, București, pp. 856-860. Pentru jurisprudența pronunțată sub imperiul vechii reglementări, din perspectiva consimțământului expres al părții interesate, a se vedea Trib. Jud. dolj, dec.civ. nr. 186/06.02.1970, în R.R.D. nr. 12/1971, p. 129.

¹² A se vedea N.I. Șchiopu, P. Armașu, *Nota I la Decizia civilă nr. 186/06.02.1970*, în R.R.D nr. 12/1971 pp. 130-132.

¹³ I. Stoenescu, *Nota II la Decizia civilă nr. 186/06.02.1970*, în R.R.D nr. 12/1971, pp. 132-133.

¹⁴ *Idem* „Din moment ce motivul său (s.n. al pârâtului - D.I.G.) în casare era perfect întemeiat, nu vedem cum ar fi putut instanța de recurs să respingă recursul pârâtului, confirmând astfel o hotărâre fundamental netemeinică”.

¹⁵ Ghe.-L. Zidaru, P. Pop, *Drept procesual civil. Procedura în fața primei instanțe și în căile de atac*, Ed. Solomon, 2020, București, p.484.

¹⁶ I. Leș, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, 2015, București, pp. 742-743.

Astfel, fiind în cazul declarării apelului și se partea adversă, de procuror sau de terțele persoane îndreptățite să exercite o cale de atac, se poate ajunge și la înrăutățirea situației părții în raport cu situația stabilită de prima instanță.

¹⁷ A se vedea G. Boroj, M. Stancu, *op. cit.*, p. 783.

de către părți potrivnice, se va aplica principiul în calea de atac a unei părți, dacă va fi respinsă cea declarată de o parte cu interese contrare. Spre pildă, în situația declarării a două apeluri principale, dacă unul este respins, instanța este ținută de *non reformatio in pejus* cu privire la soluția pronunțată în apelul admis. Soluția se aplică deopotrivă și recursurilor, întrucât dispozițiile apelului se aplică în mod corespunzător.

2.3. Autoritatea de lucru judecat

Autoritatea de lucru judecat este o excepție de fond, absolută, peremptorie, ce are ca scop asigurarea stabilității raporturilor juridice și a eficienței aparatului judiciar. Poate fi invocată atât de părți, cât și de către instanță din oficiu, în orice stare a pricinii, chiar și în fața instanțelor de recurs.

Excepția de la *non reformatio in pejus* conform căreia părții i se poate agrava situația în propria cale de atac ca urmare a admiterii excepției autorității de lucru judecat își găsește justificarea în faptul că, dacă instanța care, sesizată cu judecarea unei căi de atac, ar fi cenzurată din a aplica efectul negativ al autorității de lucru judecat ca o consecință a *non reformatio in pejus*, ar fi practic legitimată să rejudece o cauză deja soluționată definitiv, aducându-se astfel o tulburare iremediabilă a ordinii juridice prin desconsiderarea autorității instanței ce a soluționat definitiv cauza anterior. De altfel, apreciez că în mod corect s-a reținut în doctrină faptul că: "*Reformatio in pejus* este forma cea mai energetică de a se impune respectarea funcției jurisdicționale a hotărârii judecătorești și mijlocul cel mai eficient de asigurare a coerenței circuitului civil, precum și de păstrare a ordinii juridice, excepția de ordine publică a autorității de lucru judecat prevalând în fața principiului neagravării situației apelantului în propria sa cale de atac, de ordine privată"¹⁸.

3. Posibile limitări ale aplicării principiului *non reformatio in pejus*

3.1. Preliminarii

În sistemul actual al Codului de procedură civilă, ca urmare a admiterii căii de atac în reformare (fie că este vorba de apel, fie că este vorba de recurs), sunt prevăzute două posibilități: reținerea spre rejudecare și trimiterea spre rejudecare.

În ceea ce privește apelul, indiferent de instanța investită să judece calea de atac, regula este reținerea spre rejudecare. Excepțiile sunt atunci când una dintre părți solicită în mod expres

¹⁸ A se vedea, C. Negrilă în G. Boroi (coord.), *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, vol. II, ed. a 2-a, Ed. Hamangiu, 2016, București, pp. 117-118.

trimiterea spre rejudecare ori când judecata în primă instanță s-a făcut de către o instanță necompetentă.

În materia recursului, regula se determină în funcție de instanța investită cu soluționarea căii de atac. Dacă instanța de recurs este Înalta Curte de Casație și Justiție, regula este casarea cu trimitere, întrucât aceasta are, în principal, rolul de a asigura interpretarea și aplicarea unitară a legii, nu de judecare a fondului. În literatura de specialitate, această funcție a recursului a mai fost denumită și tutela *ius constitutionis*¹⁹. Astfel, aceasta, prin hotărârile pronunțate, ar trebui mai cu seamă să ofere soluții de interpretare cu un grad ridicat de aplicabilitate, decât să se concentreze pe soluționarea fondului unor cauze, de aceea soluția trimiterii spre rejudecare pare cea compatibilă cu misiunea constituțională a instanței supreme²⁰. Pe de cealaltă parte, regula aplicabilă când instanțe de recurs sunt tribunalele ori curțile de apel este casarea cu reținere, fiind în acord cu specificul acestor instanțe, dar și cu principiul soluționării procesului într-un termen optim și previzibil²¹. Totuși, legiuitorul, cântărind buna administrare și desfășurare a justiției și principiul soluționării procesului într-un termen optim și previzibil, a limitat numărul trimiterilor spre rejudecare, fiind posibilă doar una în tot cursul procesului. Această soluție trebuie nuanțată, întrucât recent a fost pronunțată de către Înalta Curte de Casație și Justiție Decizia nr.79/2022²², ce confirmă rolul instanțelor de fond ca fiind suverane în stabilirea situației de fapt, în timp ce Înalta Curte are ca scop asigurarea aplicării și interpretării unitare a legii, preocupându-se cu precădere de probleme de drept. Astfel, decizia completează dispozițiile art. 497 din Codul de procedură civilă și permite astfel, pe parcursul unui proces, ca Înalta Curte să trimită cauza spre rejudecare de mai multe ori, dacă ar fi nevoie să analizeze situația de fapt prin recalificarea faptelor ori prin administrarea probatoriului. Se observă că prin această decizie s-a acordat prioritate respectării rolurilor instanțelor, cu temperarea efectelor principiului soluționării cauzei într-un termen optim și previzibil, instanța supremă considerând că este important ca situația de fapt să fie întocmai stabilită de instanțele de fond, iar problemele de drept identificate ca urmare a exercitării recursului să fie în competența sa. Astfel, în lumina acestei decizii, îmi pun întrebarea dacă în contextul mai multor cicluri procesuale în care situația de fapt este modificată, respectarea *non reformatio in pejus* mai este justă și echitabilă.

3.2. Anularea/Casarea cu reținere

Mai întâi, trebuie precizat faptul că atunci când se dispune anularea/casarea hotărârii cu reținere spre rejudecare, principiul *non reformatio in pejus* nu ar trebui să comporte limitări ori probleme sub aspectul aplicării sale, părții ce a exercitat calea de atac neputându-i-se crea o situație mai gravă ca urmare a rejudecării de către instanța de control judiciar. O altfel de soluție ar conduce la concluzia

¹⁹ Pentru detalii, a se vedea M. Nicolae, *Teoria recursului în casație*, Ed. Solomon, 2022, 2022, București, pp. 213-227.

²⁰ *Ibidem*, pp. 127-129.

²¹ Pentru detalii, a se vedea Ghe.-L. Zidaru, P. Pop, *op.cit.*, pp. 548-554.

²² Disponibilă pe: <https://sintact.ro/#/act/17015298/1?directHit=true&directHitQuery=decizia%2079~2F2022>.

că, de fapt, textul care consacra principiul ar rămâne lipsit de aplicare, ori o normă trebuie interpretată în sensul de a produce efecte juridice. Diferența dintre cele două ipoteze (anularea/casarea cu reținere sau cu trimitere) este esențială în ceea ce privește temperarea efectului *non reformatio in pejus*. Astfel, în ipoteza reținerii spre rejudecare nu este pornit un nou ciclu procesual, cum este în cazul reținerii. Mai mult decât atât, ca urmare a declanșării unui nou ciclu procesual în urma trimiterii, hotărârea pronunțată în rejudecare este susceptibilă de aceeași cale de atac care a generat acest nou ciclu procesual.

În ipoteza în care prima instanță respinge cererea fără a cerceta fondul (în temeiul unei excepții peremptorii), părții ce a exercitat calea de atac nu i se poate crea oricum o situație mai rea, chiar dacă soluția va fi aceea de respingere a acțiunii ca neîntemeiată²³, întrucât deznodământul este același, anume de respingere a acțiunii.

Similară este soluția și pentru situația în care apelul a fost respins în temeiul unei excepții, iar ulterior, ca urmare a admiterii recursului cu efectul judecării pe fond a apelului, părții ce a exercitat calea de atac nu i se poate crea o situație mai grea decât hotărârea pronunțată de prima instanță. Raționamentul este următorul: partea nemulțumită de hotărârea primei instanțe a declarat apel, ce a fost respins nefiind cercetat pe fond. Aceeași parte, nemulțumită de soluție, atacă decizia de respingere a apelului, având consecința judecării apelului pe fond. Astfel, abia după admiterea recursului apelul este judecat pe fond, această fază procesuală reprezentând, în realitate, calea de atac împotriva hotărârii primei instanțe. Așadar, apare ca firească soluția potrivit căreia părții să nu i se poată agrava situația în propria cale de atac, chiar dacă au fost parcurse mai multe cicluri procesuale. Această soluție cred că ar trebui nuanțată ori poate chiar modificată în momentul în care primul apel s-ar fi judecat pe fond, iar apoi, ca urmare a admiterii recursului s-ar dispune trimiterea spre rejudecare, după cum voi prezenta mai jos.

3.3. Anularea/Casarea cu trimitere

Consider că trimiterea spre rejudecare se află la confluența a 4 principii ale procesului civil: *non reformatio in pejus*, principiul rolului activ al judecătorului în aflarea adevărului, principiul disponibilității și principiul soluționării procesului într-un termen optim și previzibil (denumit, mai sugestiv, principiul celerității), iar, în funcție de fiecare situație particulară, ar trebui să se facă aplicarea cu prioritate a unuia/unora dintre ele și temperarea efectelor celorlalte. De asemenea, în ipoteze izolate, după cum voi analiza în cadrul paragrafelor următoare, principiul liberului acces la justiție sub aspectul dreptului la o instanță independentă și imparțială este și el adus în discuție.

²³ În același sens, a se vedea G. Boroi, M. Stancu, *op.cit.*, p. 784.

Efectul devolutiv al apelului trebuie privit în raport cu prerogativa părților de a stabili limitele căii de atac, potrivit principiului *tantum devolutum quantum appellatum*. Hotărârea pronunțată de prima instanță nu poate fi anulată ori modificată doar prin simpla exercitare a apelului, ci partea interesată trebuie să propună probe și să aducă argumente care să convingă instanța de control judiciar că sentința este nelegală ori netemeinică. Se poate observa, așadar, o înclinație către dreptul părților de a stabili cadrul procesual, a-și întocmi apărările, a propune probe, a exercita căi de atac etc. Această tendință s-ar putea afirma și în cazul admiterii căii de atac cu efectul trimiterii spre rejudecare, în sensul în care partea care nu a exercitat o cale de atac împotriva hotărârii să nu poată obține mai mult ca urmare a rejudecării declanșate de cealaltă parte, întrucât, în virtutea principiului disponibilității, aceasta avea atât dreptul, cât și obligația de a ataca o hotărâre care îi este, cel puțin, parțial nefavorabilă. Totuși, ca urmare a declanșării unui nou ciclu procesual în urma trimiterii spre rejudecare, li se conferă tuturor părților posibilitatea de a propune noi probe pentru a se reține o altă situație de fapt, în limitele pretențiilor formulate inițial, precum și de a ataca hotărârea pronunțată în al doilea ciclu procesual.

În continuare voi analiza câteva dintre motivele de exercitare a căilor de atac ce prezintă relevanță sub aspectul asigurării echilibrului dintre efectele principiilor anterior enunțate.

Prima situație în care se poate dispune anularea ori casarea hotărârii o constituie nelegala citare, viciu de procedură care își găsește justificarea în respectarea principiului contradictorialității, dar și a dreptului la apărare. Trimiterea spre rejudecare se poate dispune în situația în care s-a anulat ori casat decizia în următoarele situații: pentru nelegala citare în fața primei instanțe, instanța de apel va trimite spre rejudecare dacă una dintre părți a solicitat în mod expres, iar pentru nelegala citare în apel se va trimite spre rejudecare în situația în care instanța de recurs este Înalta Curte. Regulile de drept aparent contradictorii din acest caz sunt, pe de o parte, *non reformatio in pejus*, dreptul la apărare, principiul contradictorialității și principiul disponibilității și, pe de altă parte, principiul aflării adevărului și principiul soluționării procesului într-un termen optim și previzibil. Sunt de părere că în acest caz, *non reformatio in pejus* ar trebui să se aplice cu prioritate. Argumentele pentru această soluție sunt mai multe. În primul rând, dispozițiile privind nelegala citare sunt sancționate cu nulitate *relativă*, fiind protejate interesele private ale părții nelegal citate, nu un interes general. Mai apoi, partea nelegal citată (A), în mod evident, nu a putut să își construiască apărarea în mod efectiv, în timp ce partea adversă (B) a avut posibilitatea, nu numai să formuleze toate apărările, dar și să își expună convingerile în fața instanței fără concursul lui A.

Mai mult decât atât, procesul civil, fiind prin excelență un proces al intereselor private, oferă părților prerogativa de a stabili cadrul procesual, formulând cererile și apărările, existând posibilitatea ca ele să nu supună judecării situația de fapt în totalitate, ori să nu o poată face ca urmare a unor limite formale impuse de legislația procesuală. Desigur că este important ca judecătorul, în virtutea rolului activ, să încerce să apropie adevărul judiciar de adevărul faptic, însă acesta trebuie să manifeste o

atitudine echidistantă și, în același timp, să nu încalce dreptul de dispoziție al părților. Ca o consecință, în ipoteza în care rejudecarea s-a dispus pentru nelegala citare, ținând seama de principiul disponibilității, soluția pronunțată ar trebui să fie limitată de *non reformatio in pejus*. Conform art. 9 alin. (2) C.proc.civ., părțile au atât dreptul, cât și obligația de a stabili obiectul și limitele procesului. Câtă vreme partea legal citată a avut ocazia pe parcursul judecății în primă instanță să dea eficiență principiului disponibilității în ceea ce o privește, o „nouă șansă” cu ocazia rejudecării ar părea, pe de o parte o nerespectare a principiului egalității de arme față de partea adversă, pe de altă parte o clemență inutilă acordată de instanța de rejudecare.

A doua situație pe care o voi analiza este aceea în care hotărârea atacată fie a fost pronunțată de o instanță necompetentă, fie de o instanță alcătuită sau compusă cu desocotirea normelor legale. Aceste ipoteze vor fi analizate simultan, deoarece, în esență, problema este aceeași: în ce măsură poate fi ținută o instanță de hotărârea pronunțată de altă instanță în afară de cea de control judiciar, pentru a fi respectat principiul neagravării situației în propria cale de atac și cum se conciliază această situație cu principiul independenței instanței?

Dispozițiile privind competența instanței și legala alcătuire sunt sancționate cu nulitatea necondiționată de vătămare, absolută sau relativă, după caz. *A priori* trebuie menționat faptul că prin instituirea unor termene în care poate fi invocată necompetența (indiferent că este de ordine publică ori de ordine privată), legiuitorul a înțeles să acorde prioritate soluționării procesului într-un termen optim și previzibil, cu posibilitatea de a fi judecat de o instanță necompetentă potrivit legii (cu excepția necompetenței generale ori internaționale a instanțelor, însă aceste ipoteze nu prezintă interes prezentei analize). Cu toate acestea, în momentul în care se declanșează al doilea ciclu procesual, deja termenul optim și previzibil este, îndrăznesc să spun, dat uitării.

În cazul trimerii spre rejudecare pe motiv că instanța a cărei hotărâre se atacă a fost necompetentă ori alcătuită nerespectându-se dispozițiile legii, tind să opinez în sensul în care efectele *non reformatio in pejus* ar trebui temperate de dreptul la o instanță independentă și alcătuită potrivit legii. În cazul în care prima instanța a fost necompetentă, iar acest viciu este invocat în apel, în condițiile legii, procesul se reia din etapa scrisă, iar dacă necompetența s-a ivit în apel, în urma trimerii spre judecare instanței competente se va relua integral judecarea apelului. Instanța din al doilea ciclu procesual este suverană în limitele stabilite de cererea de chemare în judecată (respectiv cererea de apel) și de întâmpinare, precum și de dezlegările date de instanța de control judiciar. Aceasta poate stabili o altă situație de fapt, iar în condițiile suveranității instanțelor asupra cauzelor pe care le judecă, soluția potrivit căreia a doua instanță ar fi ținută de soluția pronunțată de cea din primul ciclu procesual pentru respectarea *non reformatio in pejus* (care nu este instanță de control judiciar) este excesivă și, până la urmă, pe alocuri nejustificată, ținând cont de faptul că părțile ar mai avea cel puțin o cale de atac (sigur, aici trebuie să menționez rezerva cu privire la recurs, având în vedere că această cale de atac poate fi exercitată numai pentru motivele limitativ prevăzute de

lege). În consecință, sunt de părere că în ipoteza în care s-a dispus trimiterea spre rejudecare către o instanță competentă ori alcătuită potrivit legii, ar trebui să aibă prioritate soluționarea litigiului potrivit propriei convingeri a instanței din al doilea ciclu procesual, cu riscul agravării situației părții în propria cale de atac.

În ceea ce privește încălcarea normelor de procedură a căror nerespectare atrage sancțiunea nulității- art.488 pct 5 C.proc.civ. ca motiv de recurs și art. 460 alin. (6) C.proc.civ. ca temei de drept al anulării sentinței- cred că soluția ar trebui și mai mult nuanțată. Acest motiv de exercitare a unei căi de atac se referă la nerespectarea dispozițiilor ce reglementează capacitatea părților, publicitatea ședinței de judecată, timbrajul, reprezentarea²⁴ și altele. Admiterea căii de atac pentru aceste motive și trimiterea spre rejudecare au ca efect reluarea procesului din punctul în care s-a produs neregularitatea. În atare situații, apreciez că ar trebui să se realizeze o analiză atentă ce are în vedere inclusiv momentul în care a intervenit neregularitatea procedurală pentru a putea determina dacă efectele *non reformatio in pejus* ar trebui temperate cu scopul de a acorda prioritate aplicării altor principii.

Astfel, dacă neregularitatea a intervenit spre finalul cercetării judecătorești ori în dezbateri, consider că *non reformatio in pejus* ar trebui să se aplice cu referire la soluția dispusă în rejudecare. Pe de o parte, situația de fapt nu s-ar schimba (ori, cel puțin, nu s-ar schimba în mod substanțial), astfel că pronunțarea unei hotărâri netemeinice ar reprezenta doar o mică posibilitate, iar pe de altă parte, nici principiul soluționării cauzei într-un termen optim și previzibil nu ar fi substanțial afectat, întrucât reluarea dezbaterilor nu ar prelungi cu foarte mult durata procesului.

Dacă în schimb neregularitatea a intervenit la unul dintre primele termene, fie în primă instanță, fie la unul dintre primele termene ale apelului, consider că, dacă situația de fapt este considerabil modificată (prin administrarea și a altor probe, de exemplu), efectul principiului neagravării situației în propria cale de atac ar trebui temperat cu scopul de a se pronunța o hotărâre temeinică, în concordanță cu situația de fapt reținută de către instanța de rejudecare.

Nu cred că se poate vorbi despre o încălcare a principiului disponibilității ori de un rol activ intruziv al judecătorului, câtă vreme în al doilea ciclu procesual, părțile au posibilitatea administrării unor probe suplimentare față de primul ciclu procesual pentru că, în fond, tot ele decid limitele cercetării în rejudecare. Distincția se face în momentul în care, ca urmare a probelor *propuse* de părți și

²⁴ A se vedea în acest sens, Ghe.-L. Zidaru, P. Pop, *op.cit.* p.513.

administrare de instanță în al doilea ciclu procesual, instanța reține o situație de fapt distinctă față de cea din primul ciclu procesual²⁵.

Concluzii

Non reformatio in pejus este un principiu de bază al procesului civil contemporan, care, alături de celelalte principii, are ca scop protejarea intereselor particulare ale justițiabililor, precum și asigurarea unui sistem judiciar în care legea este aplicată, în special, în spiritul ei și în considerarea echității²⁶. În doctrină s-a apreciat că acesta este o modalitate prin care instanțele au dat voce echității²⁷. În situațiile în care *non reformatio in pejus* pare a intra în contradicție cu alte reguli fundamentale precum soluționarea cauzei în termen optim și previzibil ori rolul activ al judecătorului în aflarea adevărului, consider că judecătorul chemat să se pronunțe în calea de atac ori ca urmare a rejudecării cauzei, are, de asemenea, sarcina de a analiza în raport de situația concretă, căror principii alege să le acorde deplină efectivitate și care vor fi temperate cu scopul de a pronunța o

²⁵ Pentru a ilustra mai bine o situație în care consider că efectele *non reformatio in pejus* ar fi trebuit limitate voi prezenta, pe scurt, o speță soluționată definitiv de către Înalta Curte: prin admiterea recursului formulat de Statul Român, s-a desființat hotărârea prin care acesta, în calitate de pârât, fusese obligat la plata unor despăgubiri în cuantum de 91 124 euro și, în urma rejudecării, acesta a fost obligat la despăgubiri în cuantum de 70 776 euro. Cu toate că la momentul judecării cauzei era în vigoare Codul de procedură civilă 1865, consider că, în contextul pronunțării Deciziei nr.79/2022 de către Înalta Curte, o situație similară ar fi posibilă și în prezent. Pe scurt, într-o acțiune având ca obiect despăgubiri acordate urmare a exproprierii înregistrată în 2007, cererea a fost admisă în parte, pârâtul fiind obligat la un anumit cuantum de despăgubiri (109 000 euro). Acesta și Ministerul Public au declarat inițial apel, respinse ca nefondate. Împotriva acestei decizii a declarat recurs Ministerul Public, ce a avut drept consecință trimiterea spre rejudecare a apelurilor declarate de Statul Român și Ministerul Public. Ca urmare a rejudecării apelurilor, pârâtul a fost obligat la un cuantum mai mic de despăgubiri decât cele acordate de prima instanță (70 776 euro), împotriva acestei decizii Statul Român a declarat recurs ce a generat a doua trimitere spre rejudecare a apelului. De data aceasta, instanța de apel l-a obligat pe pârât la plata despăgubirilor în cuantum de 91 124 euro, astfel o valoare mai mare decât cea stabilită în al doilea ciclu procesual. Decizia a fost atacată, din nou, cu recurs de statul român, ca în final, prin Decizia nr. 2052/20.10.2016, Înalta Curte să constate încălcarea principiului *non reformatio in pejus*, efectul fiind obligarea pârâtului la plata despăgubirilor în cuantum de 70 776 euro. Cred că trebuie reflectat în situații de acest gen dacă *non reformatio in pejus* își mai găsește aplicabilitatea întocmai, în condițiile în care în fiecare ciclu procesual a fost efectuată câte o expertiză (prin care s-au constatat valori diferite față de concluziile raportului de expertiză precedent). Desigur că se pot aduce argumente pertinente în favoarea deciziei pronunțate de Înalta Curte, în principiu faptul că reclamantul, având în vedere durata procesului și multiplele cicluri procesuale ce s-au succedat, ar fi putut ataca hotărârea prin care pârâtul a fost condamnat la un cuantum mai mic de despăgubiri. Pe de altă parte, soluția Înaltei Curți poate fi contrazisă de un argument de tipul *sine qua non*, în sensul în care primul recurs a fost declarat doar de Ministerul Public, astfel că nu ar putea fi vorba de o veritabilă neagravare a situației în propria cale de atac, întrucât nu Statul Român în calitate de pârât a exercitat primul recurs ce, în mod evident, a declanșat următoarele cicluri procesuale – ICCJ, s. I civ., dec. nr. 2052/20.10.2016, disponibilă pe www.iccj.ro, consultat la 02.03.2023.

²⁶ I. Deleanu, *Echitatea*, în R.R.D.P. nr. 2/2014,

<https://sintact.ro/#/publicacion/151009018?keyword=echitatea%20deleanu&cm=SFIRST>.

²⁷ I. Deleanu, *Drepturile fundamentale ale părților în procesul civil*, , Ed. Universul Juridic, 2008, București, p.186.

„De altfel, tocmai pe temeiul echității, pe cale pretoriană, instanțele au convertit unele adagii în formule juridice subtile și seducătoare, de exemplu (...) *non reformatio in pejus*”.

soluție cât mai temeinică, justă și în acord cu respectarea drepturilor justițiabililor, dar și a normelor procedurii civile.

Bibliografie:

Resurse tipărite:

1. A. Nicolae, *Aspecte ale aplicării principiului non reformatio in pejus în procesul civil*, în *Dreptul* nr. 10/2001
2. M. Enescu, *Aplicarea principiului non reformatio in pejus în procesul civil*, în *SCJ* nr. 3/1965
3. G. Boroi, M. Stancu, *Drept procesual civil*, ed. a 5-a, Ed. Hamangiu, 2020, București
4. V. M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. 2, Ed. Național, București,
5. V. M. Ciobanu, G. Boroi, M. Nicolae, *Modificările aduse Codului de Procedură Civilă prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr.138/2000 (II) în Dreptul* nr 2/2001
6. Gh. Buta, M. Tăbârcă, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, Ed. Universul Juridic, 2008, București
7. *R.R.D.* nr. 12/1971
8. Gh.-L. Zidaru, P. Pop, *Drept procesual civil. Procedura în fața primei instanțe și în căile de atac*, Ed. Solomon, 2020, București
9. I. Leș, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, 2015, București
10. G. Boroi (coord.), *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, ed. a II-a, vol. II, Ed. Hamangiu, 2016, București
11. M. Nicolae, *Teoria recursului în casație*, Ed. Solomon, 2022, București

Resurse digitale:

1. <https://sintact.ro/#/act/17015298/1?directHit=true&directHitQuery=decizia%2079~2F2022>, accesat la data de 20.02.2023

2. <http://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=133343>, accesat la data de 15.02.2023
3. <https://sintact.ro/#/publication/151009018?keyword=echitatea%20deleanu&cm=SFIRST>, accesat la data de 21.02.2023

Știm ce vrem, dar cum cerem? Implicații (procedurale) ale acțiunilor privind monedele virtuale

We know what we want, but how do we ask for it? (Procedural) Implications of Legal Actions Regarding Virtual Currencies

Nous savons ce que nous voulons, mais comment le demandons-nous? Implications (procédures) des actions de monnaie virtuelle

Rareș PETRESCU – anul IV, grupa 410

coordonatori: prof. dr. Radu RIZOIU, drd. Mihaela GHERGHE

PREMIUL I

Rezumat: Prezentul material nu are drept cauză faptul că doctrina a fost preocupată strict din perspectiva dreptului substanțial aplicabil monedelor virtuale, uitând de cel necesar satisfacerii unui drept în așa-zisul pretoriu – dreptul procesual. Însă, o analiză a implicațiilor juridice a acestor noi provocări – monedele virtuale – nu poate fi realizată în orb, fără concursul dreptului substanțial.

Cert este că, din ambele perspective, am încercat o abordare pragmatică, în acord cu tema și cu realitățile cotidiene. Oricum ar fi, eforturile s-au materializat în sensul de a încerca ca pietrei de temelie a analizei să nu-i lipsească două componente: fundamentul juridic și interpretarea creativă.

Cuvinte-cheie: monede virtuale; acțiune în revendicare; acțiune în constatare; acțiune personală; competență; taxă judiciară de timbru.

Abstract: The present material is not due to the fact that the doctrine has been concerned strictly from the perspective of the substantive law applicable to virtual currencies, forgetting the one necessary to satisfy a right in the so-called praetorium - procedural law. However, an analysis of the legal implications of these new challenges - virtual currencies - cannot be carried out blindly without the assistance of substantive law.

Certainly, from both perspectives, we have tried a pragmatic approach, in line with the topic and the daily realities. Either way, efforts have been made to ensure that the cornerstone of the analysis is not missing two components: the legal foundation and creative interpretation.

Keywords: virtual currencies; claim action; declaratory action; personal action; jurisdiction; court stamp duty.

Résumé: La présente matière n'est pas due au fait que la doctrine s'est intéressée au strict point de vue du droit matériel applicable aux monnaies virtuelles, en oubliant celui nécessaire à la satisfaction d'un droit dans ce qu'on appelle le prétoire - le droit procédural. Or, l'analyse des implications juridiques de ces nouveaux défis - les monnaies virtuelles - ne peut être menée aveuglément sans l'aide du droit matériel.

Certainement, des deux points de vue, nous avons essayé une approche pragmatique, en accord avec le sujet et les réalités quotidiennes. Quoi qu'il en soit, nous nous sommes efforcés de faire en sorte que la pierre angulaire de l'analyse ne manque pas de deux éléments : le fondement juridique et l'interprétation créative.

Mots-clés: monnaies virtuelles; action en revendication; action en déclaration; action personnelle; compétence; droit de timbre.

1. Introducere

Virtual. Care nu există efectiv, ci ca o posibilitate. Cam asta e părerea DEX despre virtualitate. Părerea mea, însă, este ceva mai aplicată și derivă din cele trei jocuri care au avut parte o însemnătate în copilăria mea: FIFA Ultimate Team, Metin2 și Farmerama. Deși diferite din

majoritatea punctelor de vedere, aveau un punct comun. Avansarea în nivele și perfecționarea itemilor se putea realiza numai dacă dispuneai de un instrument de plată care purta denumiri diferite în funcție de joc: FIFA coins, yang sau mahmudele. Și cam acestea trei au fost primele lucruri care mi-au venit în minte când am auzit pentru prima dată de arhicunoscutele monede virtuale.

Însă, după cum bine cunoaștem, societatea este cârmuită (in)voluntar și (in)conștient de tendințe. Izvorul acestora se aseamănă, cel puțin sub un anumit aspect, cu obiectul obligației (art. 1226 C.civ.), care, spre deosebire de obiectul contractului (art. 1225 C.civ.) nu este imperios să fie determinat, ci numai determinabil. În acest sens, trendurile pe care lumea le urmează nu sunt împământenite, exacte, fixe, acestea fluctuând în funcție de diverși factori. Prin urmare, poate fi extrasă cel puțin o trăsătură în ceea ce privește direcțiile unei societăți, anume că acestea, precum dreptul, tind să evolueze ori să involueze. Cert este că sunt versatile. Sau cel puțin capricioase¹. Și datorită acestora, actualmente, monedele virtuale nu mai sunt numai bănuții din jocul video, ci și bănuții din jocul vieții.

Așa fiind, printre noile provocări ale tendințelor omenirii se regăsesc operațiunile comerciale al căror obiect derivat e reprezentat de așa-zisele monede virtuale². Cu toate acestea, persoanele ce activează pe piața monedelor virtuale manifestă o oarecare nesiguranță (juridică). Cauzele acesteia sunt diverse. Pe de o parte, o problematică este reprezentată de (lipsa de) reglementare³. Însă sunt

¹ Lumea tinde să facă ce vede (cu sau fără drept) în ograda vecinului. Aceste practici sunt nerecomandate tocmai prin gradul lor ridicat de risc, mai ales în domeniul investițional. Mai mult decât atât, comportamentul „jucătorilor” care sunt adepții investițiilor pe termen scurt, indiferent că vorbim de tranzacții la bursă sau cu criptoactive, se aseamănă cu cel al adepților jocurilor de noroc. Ambele categorii sunt ghidate de filosofia *easy money*. Dar sunt și alte tendințe care s-au dovedit a fi, în definitiv, adevărate catastrofe, precum jocurile piramidale.

² Câteva precizări prealabile. Mai întâi, prezentul material are drept protagoniste numai monedele virtuale, iar nu toate criptoactivele. Prin urmare, NFT-urile (*non-fungible tokens*) sunt exceptate de la prezenta analiză juridică. În egală măsură, la momentul finalizării materialului scris (*i.e.* 02.03.2023), nu există o reglementare (satisfăcătoare) a naturii juridice a monedelor virtuale. Primele coordonate în materie de definiții/regim juridic au provenit din comunicatele diverselor autorități (*i.e.* Banca Centrală Europeană, Autoritatea Bancară Europeană, Banca Națională a României etc.). Aceste comunicate aveau menirea fie de a delimita monedele virtuale de alte instrumente de plată, precum monedele electronice (*e.g.*: EBA Opinion on ‘virtual currencies’, disponibilă la adresa:

<https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/657547/81409b94-4222-45d7-ba3b-7deb5863ab57/EBA-Op-2014-08%20Opinion%20on%20Virtual%20Currencies.pdf?retry=1>), fie pe cea de a spori

conștientizarea persoanelor de a nu le confunda cu clasicii „bani” (*e.g.*: EBA reports on crypto-assets, disponibilă la adresa: <https://www.eba.europa.eu/eba-reports-on-crypto-assets>). Prin urmare, bani nu erau pentru că statele nu erau și nu sunt de acord cu ele, iar emisiunea de monedă implică (și) autorizarea statului. Pentru a cerceta o analiză detaliată a evoluției pozițiilor adoptate de autorități și a implicațiilor (ne)reglementării criptoactivelor a se vedea R. Rizoiu, *Umbra criptoactivelor. În Codul civil în Revista Română de Drept Privat nr. 1/2022*, p. 75 sqq. Prin urmare, ce trebuie reținut în acest caz de „secetă” legislativă este că monedele virtuale: (i) nu trebuie confundate cu cele electronice care se bucură de o reglementare în lumina Legii nr. 210/2019 privind activitatea de emisie de monedă electronică, (ii) nu sunt emise și nici garantate de o autoritate statală, unională ori internațională, (iii) până când va fi adoptată o reglementare uniformă (așteptată de **Regulamentul MiCA** care trebuia să fie votat de Parlamentul European în luna februarie a acestui an și care, potrivit ultimelor știri, va fi votat de legiuitorul european în luna aprilie a acestui an), monedele virtuale nu vor fi recunoscute de niciun Stat Membru.

³ Așteptările au fost lungi și epuizante. Atât pentru cei care și le doreau, cât și pentru cei care sperau să nu fie „nevoie de ele”. În cele din urmă, răspunsul la aceste așteptări pare-se că vine în 2023 din partea instituțiilor unionale. Astfel, după

o puzderie de operațiuni care, în ciuda faptului că nu beneficiau de o reglementare (amplă), au fost îmbrățișate de cei cu un apetit ridicat pentru adrenalina investițională⁴. Pe de altă parte, la polul opus al contextului se plasează categoriile ghidate de scepticism. Aceste persoane nu agreează noile tendințe ale societății, considerentul decisiv grefându-se exact pe termenul de „virtual”. Sau într-o exprimare ceva mai plastică, multe persoane merg pe ideea că (doar) ce-i în mână nu-i minciună.

În ciuda faptului că tranzacțiile cu monede virtuale au început cu mult înaintea atracției produse de boomul faimosului Bitcoin, la acea vreme crearea unui cadru (legislativ) pentru tranzacționarea monedelor virtuale nu a reprezentat niciodată o preocupare pentru vreo entitate. În tandem cu creșterea anevoioasă a numărului de tranzacții, (chiar și) juriștii au fost captați de atracția manifestată de monedele virtuale precum marinarii hipnotizați de cântecul sirenelor. De ce tocmai această comparație? Pentru că oamenii sferei juridice au (sau cel puțin ar trebui să aibă) o înclinație și o determinare spre dorința de cunoaștere/cercetare, dorință care să le modeleze acțiunile. Sau poate chiar să le transforme în automatisme. Așa fiind, ce alt domeniu de explorat mai facil decât unul (aproape) neexplorat?

2. Natura juridică a monedelor virtuale

Încă din prologul acestei analize (juridice), ne-am propus tratarea problematicilor secvențial, din aproape în aproape, sau cum ar spune Președintele Republicii, „pas cu pas”. De ce? Pentru că fără o reglementare globală și unitară a monedelor virtuale, o încadrare a lor ori a acțiunilor civile ce le vizează într-un tipar juridic ar fi nu doar o trudă sisifică, ci și o misiune aproape imposibilă. Prin urmare, faza incipientă va presupune o (încercare de) lămurire succintă a ceea ce sunt ori ce se vor a fi acestea.

Însă după cum am precizat, reglementare ioc. Așa că, dacă legiuitorul (național ori unional) nu a oferit satisfacție, vom apela în cele ce urmează la un alt (cvasi)izvor de drept, doctrina. O primă abordare a încadrării monedelor virtuale gravitează în jurul dreptului proprietății intelectuale, mai exact în jurul dreptului de autor cu privire la programele de calculator⁵. Moneda virtuală, pe cât de apropiată de tărâmul proprietății intelectuale, pe atât de instabilă pe un astfel de sol. După cum și

cum am precizat, criptoactivele ca instrumente principale ale tehnologiei blockchain vor fi reglementate în cadrul legislației Uniunii Europene prin Regulamentul privind piețele de criptoactive – **Regulamentul MiCA**.

⁴ Conform datelor statistice (<https://www.bankrate.com/investing/cryptocurrency-statistics/>), predominant, apetitul investitional se regăsește în rândul milenaliilor (persoane născute între 1981 și 1996) care detin aproximativ 57% din piața de criptoactive al cărei total se prezintă sub forma a 420 de milioane de adepți (<https://triple-a.io/crypto-ownership-data/>).

⁵ D. Carré, *La nature juridique de la propriété virtuelle*, nota 42 *supra*, pp. 226-238 *apud* C. Paziuc, *Validitatea actelor privind criptomonedă – despre criptomonedă ca obiect al prestației* în Revista Română de Drept Privat nr. 1/2022, pp. 121-122.

profesorul Paziuc critică această încadrare⁶, moneda virtuală, deși implică o sumedenie de algoritmi informatici prealabili, aceasta nu este susceptibilă de a se bucura de protecția drepturilor de autor de vreme ce caracterul de **originalitate**⁷ lipsește. În acest sens, dacă creatorul pune la dispoziția unui public larg o cantitate de monedă virtuală făurită de el, acesta renunță la dreptul patrimonial de a culege „roadele” (*rectius*, fructele) ca urmare a exploatării de către terți a creației sale. Astfel, cel puțin acum, fără o clarificare legislativă, dreptul de autor pare să fie incompatibil cu monedele virtuale.

O a doua abordare de calificare juridică, însă, se fundamentează pe dihotomia drepturi reale (clasice) – drepturi de creanță. Pentru a stabili cu certitudine în care dintre aceste două categorii se plasează dreptul ce poartă asupra monedelor virtuale, se cuvine o distincție „teritorială”. Mai exact, trebuie găsit complementul circumstanțial de loc care răspunde la întrebarea „unde se află monedele (virtuale)?”.

Un prim răspuns, ce se anunță juvenil la o primă vedere, este: în portofel. O modalitate de stocare a monedelor virtuale este cea prin intermediul unui portofel digital. La rândul său, portofelul digital își găsește locul fie pe o platformă de tranzacționare centralizată (CEX)⁸, fie pe una descentralizată (DEX). În acest din urmă caz, portofelul digital nu se mai află în custodia platformei-gazdă, ci utilizatorul exercită în mod cvasiabsolut toate drepturile ce decurg din portofelul digital.

Fără a îndrăzni a contrazice cele analizate deja în doctrină, calificarea raporturilor juridice dintre utilizatori – jucătorii de pe piața criptoactivelor – și platformele, centralizate ori descentralizate care dețin ori nu în custodie portofelele digitale, este una spinoasă. În acest sens, profesorul Rizoiu⁹ conchide prin aceea că monedele virtuale nu sunt simple lucruri, ci bunuri în sensul art. 535 *sqq.* C.civ. Mai exact, bunuri mobile incorporale¹⁰. În egală măsură, în doctrină se mai pune problema calificării drepturilor utilizatorului împotriva CEX-ului drept un drept de creanță¹¹, asimilând astfel mecanismul dintre moneda de cont și instituțiile bancare. În acord cu această linie de argumentare, ne raliem opiniei conform căreia dreptul real ce poartă asupra monedelor virtuale, indiferent de

⁶ *Ibidem*.

⁷ După cum ipoteza articolului 7 din Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe prevede: „Constituie obiect al dreptului de autor operele originale de creație intelectuală în domeniul literar, artistic sau științific, oricare ar fi modalitatea de creație, modul sau forma de exprimare și independent de valoarea și destinația lor [...]”.

⁸ Platformele de tranzacționare centralizate dețin monedele virtuale în custodie în numele utilizatorului (clientului). Acestea, spre deosebire de majoritatea platformelor centralizate, nu permit preschimbarea monedelor virtuale în monede fiduciare, tranzacțiile vizând strict monedele virtuale.

⁹ A se vedea R. Rizoiu, *op. cit.*, pp. 95-101.

¹⁰ În același sens, a se vedea Sentința nr. 5386/2021 pronunțată de Judecătoria Cluj-Napoca, Secția civilă *apud* C. Paziuc, *op. cit.*, p. 123.

¹¹ A se vedea A.-R. Trandafir, G. Zlati, *Monedele virtuale: între obținerea datelor privind tranzacțiile financiare și luarea măsurilor asigurătorii în procesul penal*, în *Analele Universității din București – Seria Drept nr. 1/2022*, consultată la adresa:

[https://drept.unibuc.ro/documente/2022/1,%202022,%207.%20Andra-Roxana%20Trandafir,%20George%20Zlati%20-%20Masuri%20asiguratorii%20cripto%20\(1\).pdf](https://drept.unibuc.ro/documente/2022/1,%202022,%207.%20Andra-Roxana%20Trandafir,%20George%20Zlati%20-%20Masuri%20asiguratorii%20cripto%20(1).pdf).

tipul platformei de tranzacționare este un drept de proprietate asupra unui bun mobil incorporeal, iar în ceea ce privește situația platformelor centralizate, depunerea cantității de monede virtuale în portofelul virtual custodial gestionat de CEX are însemnătatea unui depozit neregulat (art. 2105 C.civ.). În acest caz, activele sunt transferate platformei în portofelul virtual al acesteia, iar clientul beneficiază de un drept de creanță împotriva platformei centralizate.

2.1. Operațiuni care presupun un schimb de monede virtuale

Deoarece tranzacțiile prin intermediul unei platforme centralizate nu comportă un risc major în ceea ce privește validitatea și/sau executarea acestora¹², în cele ce urmează vom proceda la analiza mijloacelor (substanțiale și procedurale) în materia operațiunilor juridice pe platforme descentralizate¹³, cele efectuate între utilizatori în mod nemijlocit. Tranzacțiile efectuate pe astfel de platforme descentralizate se rezumă, *in genere*, la două categorii.

O primă categorie se subsumează schimbului realizat între utilizatori ce are ca obiect monede virtuale diferite (*e.g.*: X schimbă o cantitate de 0.2 Bitcoin asupra căreia exercită un drept de proprietate și pe care o stochează în portofelul virtual din platforma descentralizată cu o cantitate de 1.7 Ethereum, proprietate a lui Y). În ceea ce privește aceste operațiuni care au ca obiect exclusiv monedele virtuale, implicațiile juridice care pot apărea vizează strict problematica viciilor de consimțământ¹⁴. Sau nu, ținând cont tocmai de caracterul speculativ (aleatoriu) al contractelor de acest gen.

2.2. Operațiuni care nu presupun un schimb (de monede virtuale)

Însă, cele mai controversate implicații juridice vizează cea de-a doua categorie de tranzacții care se efectuează pe o platformă descentralizată, anume acele situații în care un utilizator îi transferă altuia o cantitate de monede virtuale fără o contraprestație de aceeași natură din partea celui din urmă – obligația de a da tot o cantitate de monede virtuale. De ce ar face cineva acest act de binefacere? Răspunsul este relativ simplu și evident: pentru că în majoritatea covârșitoare a cazurilor nu este un

¹² Majoritatea tranzacțiilor de pe platformele centralizate vizează *exchange*-uri ale monedelor virtuale cu monede fiduciare, toate operațiunile fiind gestionate de platforma-gazdă prin algoritmi informatici din spatele acesteia. Prin urmare, securitatea operațiunilor juridice este garantată chiar de către intermediar (platforma), iar executarea obligațiilor ce le revin părților în temeiul acestor contracte (*i.e.* de a plăti prețul stipulat în monedă fiduciară, de a transfera proprietatea asupra cantității de monedă virtuală, de a transmite cheia criptografică privată etc.) revine, în definitiv, tot intermediarului.

¹³ Menționăm cu titlu de exemplu următoarele platforme de tranzacționare descentralizate: Uniswap, Sushiswap, Compound, Curve Finance, 1inch etc. Un clasament al beneficiilor oferite de acestea poate fi consultat la adresa: <https://mycryptoption.com/ro/news/top-6-dex-in-2023-iata-cele-mai-bune-6-exchange-uri-descentralizate-cel-mai-bun-dex/>.

¹⁴ Pentru o analiză riguroasă a viciilor de consimțământ în materia tranzacțiilor pe piețele centralizate ori descentralizate a se vedea C. Paziuc, *op. cit.*, pp. 129-133.

act de binefacere, ci o plată¹⁵. Deși nu se circumscriu noțiunii de mijloc de plată emis și garantat de către un stat suveran ori de către Uniunea Europeană, realitatea arată că monedele virtuale sunt utilizate în mod regulat pentru a stinge o obligație de a da (*i.e.* cea de a transmite proprietatea asupra unei cantități de monede virtuale).

Pentru concizie, vom avea în vedere următoarea situație faptică succintă. Suntem în fața unui contract prin care X îi transferă lui Y proprietatea asupra unui bun, iar Y îi transmite lui X o cantitate de monede virtuale, obligație care nu este dusă la îndeplinire de către Y, fiind necesar ca în acest sens să-i comunice contractantului său cheia criptografică privată¹⁶. Aceste tranzacții comportă un risc mai pronunțat decât veritabilele schimburi între criptomonede (de același fel) pentru că executarea obligațiilor ce izvorăsc din aceste contracte nu mai este garantată de aplicația din spatele platformei descentralizate de tranzacționare. La platformă s-a recurs de către părți numai pentru că aveau nevoie de două portofele virtuale între care să fie transferate monedele. Și în jurul acestei ipoteze gravitează majoritatea implicațiilor ce sunt analizate *infra* în cadrul prezentului material.

3. Tipul acțiunii civile și petitul acesteia

După cum am precizat, între X și Y s-a încheiat un contract de schimb¹⁷, obiectele prestațiilor fiind reprezentate de un bun mobil/imobil oarecare, pe de o parte, și o cantitate de monede virtuale pe de altă parte, iar *statu-quo* indică faptul că convenția nu a fost perfectată – Y nu și-a îndeplinit obligația de a-i comunica lui X cheia criptografică privată necesară acestuia pentru a se bucura de posesia monedelor virtuale ce au făcut obiectul prestației cocontractantului său. Prin urmare, ce mijloc procedural ale la îndemână X?

¹⁵ Plata, după cum bine se cunoaște, nu reprezintă numai transferul unei sume de bani de la o parte la cealaltă în temeiul unui contract [art. 1469 alin. (2) C.civ.], ci reprezintă, în esență, un act sau un fapt juridic (a se vedea, pentru discuții, P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 70 *sqq.*; L. Pop, I.-Fl. Popa, S.I. Vidu, *Drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, ediția a II-a, revizuită și adăugită, București, 2020, pp. 544-546) prin care o parte înțelege să-și stingă o obligație de bunăvoie. În definitiv, această plată este un *smart contract*. Pentru detalii cu privire la această noțiune a se vedea L. Bercea, *Smart contract și standardul contractului autosuficient*, în *Revista Română de Drept Privat* nr. 1/2022, pp. 19-38.

¹⁶ Într-o explicație sintetică și foarte îndepărtată de tehnica informatică, transferul de monede virtuale are loc dintr-o adresă publică din *blockchain* în alta (echivalentul unor IBAN-uri). Adresa publică din *blockchain* este generată dintr-o cheie criptografică publică ce derivă din cheia criptografică privată, aceasta din urmă fiind echivalentul unei parole ori a unui cod PIN. Pentru detalii (tehnice), a se vedea A.-R. Trandafir, G. Zlati, *op.cit.*

¹⁷ Primul gând (cel puțin al cuiva care nu se bucură de studii juridice) ar fi că suntem în prezența unui veritabil contract de vânzare, iar nu a unui contract de schimb, deoarece se transmite proprietatea asupra unui bun în schimbul unor monede. Dar, după cum am precizat, monedele virtuale nu sunt bani, astfel că nu este îndeplinită condiția ca prețul vânzării să fie exprimat în bani [art. 1660 alin. (1) C.civ.]. Așa fiind, convenția dintre X și Y este un veritabil schimb. În același sens a se vedea L. Bercea, *op.cit.*, în *Revista Română de Drept Privat* nr. 1/2022, pp. 19-38.

3.1. Acțiune reală, în realizare (acțiunea în revendicare)

În mod indubitabil, proprietatea asupra monedelor virtuale a fost transferată în temeiul contractului de schimb încheiat. Așa fiind, ca urmare a întrunirii acordului de voințe între X și Y, X a dobândit calitatea de proprietar cu toate prerogativele ce decurg din aceasta.

Primul tip de acțiune care se întrezărește în mintea juristului în legătură cu protecția dreptului de proprietate este acțiunea în revendicare, al cărei petit este deja notoriu (*i.e.* obligarea lui Y să-i lase lui X în deplină proprietate și pașnică posesie monedele virtuale). Încă din redactarea petitului ceva este șubred.

Conform doctrinei, acțiunea în revendicare este „acțiunea prin care cel care se pretinde titular al dreptului de proprietate asupra unui bun, dar nu are stăpânirea materială a acestuia, îl cheamă în judecată pe cel care are **stăpânirea materială** a bunului, cerând instanței de judecată să îi recunoască dreptul de proprietate și, ca urmare a acestei recunoașteri, să i se restituie stăpânirea materială a bunului respectiv”¹⁸. Sau într-o exprimare mai neaoșă, dar nu la fel de cuprinzătoare¹⁹, doctrina și, mai de curând jurisprudența instanțelor²⁰ denumesc acțiunea în revendicare ca fiind „acțiunea proprietarului neposesor împotriva posesorului neproprietar”.

Cu toate acestea, poate că cea de-a doua definiție ar fi mai satisfăcătoare, cel puțin în cazul monedelor virtuale, strict din perspectiva posesiei, *rectius* a stăpânirii materiale a bunului. În aceste condiții, întrebarea care se pune cu privire la acțiunea în revendicare este dacă aceasta este ori nu admisibilă ținând cont de (im)posibilitatea de a exercita o stăpânire materială asupra unui bun mobil incorporeal.

Fără a reitera totalitatea condițiilor (speciale) de exercitare ale acțiunii în revendicare conturate de doctrină, cartea pe care se joacă meciul admisibilității – inadmisibilității unei acțiuni în revendicare cu privire la un bun mobil incorporeal este cea referitoare la stabilirea măsurii în care este sau nu susceptibil de stăpânire materială un bun mobil corporal.

În acest sens, trebuie făcută distincția între stăpânire materială și posesie (ca atribut al dreptului de proprietate). În timp ce prima reprezintă una dintre cele două componente ale posesiei ca stare de fapt – *corpus* și *animus* – cea de-a doua (*ius possidendi*), după cum am precizat, este o prerogativă

¹⁸ A se vedea V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, ed. a 3-a, Ed. C.H. Beck, București, 2017, pp. 474.

¹⁹ Această definiție ceva mai concisă a fost criticată de doctrină pe motiv că, deși provine din realitatea judiciară de sub imperiul Vechiului Cod civil, nu este una satisfăcătoare. A se vedea în acest Sens, V. Stoica, op.cit., 2017, pp. 474-475, E. Chelaru, *Drept civil. Drepturile reale principale*, ed. a 4-a, Ed. C.H. Beck, București, 2013, pp. 307-308.

²⁰ A se vedea *Decizia nr. 1370/2017* pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția a II-a civilă. În același sens, a se vedea *Decizia nr. 276/A2015* pronunțată de Curtea de Apel Oradea, Secția I civilă.

recunoscută de lege numai adevăratului proprietar, mai precis, reprezintă expresia apropierei și stăpânirii bunului ce face obiectul dreptului de proprietate²¹.

Mai presus decât această prerogativă (abstractă) conferită de proprietate, doctrina ne atenționează că mai dăinuie printre textele normative încă o posesie, dar de această dată care nu decurge dintr-un drept, ci dintr-un fapt (art. 916 *sqq.* C.civ.). Această din urmă posesie interesează acțiunea în revendicare. Nici măcar în totalitatea sa, ci strict din perspectiva elementului material – *corpus*²². Definiția doctrinară oferită de doctrină cu privire la acțiunea în revendicare îl vizează pe cel care are stăpânirea materială a bunului, iar insuficiența acesteia planează asupra posibilității de a avea un contact direct cu lucrul posedat concretizat în diverse acte materiale de stăpânire a acestuia. O parte a doctrinei²³ apreciază că numai bunurile corporale aflate în circuitul civil sunt susceptibile de posesie, în timp ce o alta se situează de cealaltă parte a baricadei²⁴, susținând că este posibilă exercitarea unei posesii în ambele sale dimensiuni (*corpus* și *animus*) și cu privire la bunurile

²¹ A se vedea, în acest sens, E. Chelaru, *op.cit.*, p. 39. În același sens, V. Stoica, *op. cit.*, p. 54 *sqq.*

²² Conform doctrinei (V. Stoica, *op. cit.*, pp. 59-60, E. Chelaru, *op.cit.*, p. 330), posesia întrunește în componența sa două elemente constitutive, unul material – *corpus* – și altul psihologic – *animus*.

²³ E. Chelaru, *op.cit.*, p. 330, V. Stoica, *op. cit. supra*, pp. 55-57, V. Stoica, *Dreptul civil. Drepturile reale principale*, vol. 1, Ed. Humanitas, București, 2004, p. 150 unde autorul afirmă „chiar atunci când bunurile incorporale (drepturi patrimoniale, universalități de fapt, mase patrimoniale sau creații intelectuale) devin apropiabile și formează obiectul unor drepturi patrimoniale atipice, asupra lor nu există o posesie ca stare de fapt *stricto sensu* chiar dacă includ în conținutul lor juridic *jus possidendi*. Acest element de drept are un înțeles specific, diferit de acela al posesiei ca stare de fapt. El nu exprimă decât ideea de stăpânire intelectuală, iar nu și ideea de stăpânire materială (*corpus*)”. Pare-se că profesorul Stoica nu dorește să devieze de la ideea că numai bunurile corporale sunt susceptibile de stăpânire materială. V. în acest sens, V. Stoica, *Noțiunea de bun incorporal în dreptul civil român*, Revista Română de Drept Privat, nr. 3/2017, pp. 15-62. Material disponibil (și) la adresa: <https://www.juridice.ro/essentials/1646/notiunea-de-bun-incorporal-in-dreptul-civil-roman>.

²⁴ I. Popa, *Sunt bunurile incorporale susceptibile de posesie?*, în Revista Română de Drept Privat nr. 5/2010, disponibil la adresa

<https://sintact.ro/#/publication/151006554?keyword=ioan%20popa%20sunt%20bunurile%20incorporale&cm=SFIRST>.

Este adevărat că materialul citat nu vizează (și) ipoteza monedelor virtuale care, cel puțin la vremea publicării acestuia (*i.e.* 2010) nu se anunțau a fi ceva (demn de analizat). Cu toate acestea, autorul apreciază că este posibilă stăpânirea materială a unui bun mobil incorporal prin aceea că „în materia *corpus*-ului posesor asupra bunurilor corporale, constatăm că teoria *corpus*-ului care consistă în exercitarea unei puteri de fapt asupra bunului, trebuie să se adapteze naturii incorporale a bunului, intelectualizându-se, sublimându-se, scripturalizându-se, preluând forma unor înscrisuri, acte juridice care simbolizează stăpânirea de fapt a posesorului asupra bunului dematerializat. Raportându-ne, spre exemplu, la părțile sociale (acțiunile) în formă dematerializată, putem conchide arătând că și aceste forme de proprietate incorporală sunt susceptibile de posesie, *corpus*-ul lor dematerializat constând în posibilitatea de a acționa a titularului lor, și nu în acțiunea însăși, „materializarea” lor pentru a le permite circulația, făcându-se prin scripturalizare și prin eliberarea de „documente simbolice” cum ar fi, spre exemplu, certificatul de acționar.”. Apreciem că într-un fel similar se prezintă și situația monedelor virtuale a căror „materializare” se concretizează în legătura lor cu proprietarul printr-o cheie criptografică (publică ori privată). Mai mult decât atât, într-o interpretare extensivă, chiar și în absența cheii criptografice am putea vorbi de o „materializare” a criptomonedelor prin simplul aspect că deși ele „există” în cyberspațiu, până și cyberspațiul are niște limite (fizice), limite ca cunoscut denumirea de servere. A se vedea, în acest sens, R. Rizoiu, *op. cit.*, p. 100. În mod cert, opinia profesorului Popa se plasează la punctul de concurență dintre opinia care repudiază în mod absolut apropierea unui bun incorporal și cea care include printre actele materiale exercitate asupra unui bun incorporal și actele juridice (a se vedea în acest sens G.A. Likilimba, *La possession corpore alieno*, în R.T.D. civ. nr. 1/2005, pp. 1-32 *apud* E. Chelaru, *op.cit.*, p. 330).

incorporale. De altfel, nici practica judiciară nu pare a fi foarte prietenoasă cu ideea de compatibilitate între posesie și bunuri incorporale²⁵.

Fără a dori a exprima un punct de vedere tranșant, considerăm că atât aspectele ce țin de elemente de drept, cât și cele ce țin de elemente de fapt (în legătură cu posesia) trebuie apreciate și interpretate prin raportare la evoluțiile tehnicii și ale societății în ansamblul ei. Viziunea cum că bunurile incorporale nu sunt susceptibile de stăpânire materială și, pe cale de consecință, nici calea unei acțiuni în revendicare nu este deschisă, își are sorgintea și fundamentul în dreptul roman. Cu toate acestea, până și la acea vreme exista o distincție între *possessio corporis* – stăpânirea materială „clasică” – și *possessio iuris* – stăpânirea materială exercitată asupra unui bun incorporal. Așadar, și „pe vremuri” se putea.

Revenind, conchidem prin aceea că, deși majoritatea practicii și a doctrinei nu se lasă purtate de argumentele în favoarea admisibilității uneia acțiuni în revendicare cu privire la obținerea cheii criptografice private specifică unei cantități de monede virtuale, acest aspect ar trebui regândit dincolo de rigiditatea interpretărilor și cu privirea spre viitor. Sau cel puțin către prezent.

3.2. Acțiune reală, în constatare

Și ca să fim mai catolici decât papa, pentru următoarea ipoteză de acțiune vom pleca de la premisa că „ușa” acțiunii în revendicare a fost închisă. Cu toate acestea, X este „fericitul” proprietar al unui drept de proprietate ce poartă asupra monedelor virtuale pentru că proprietatea s-a transmis la momentul încheierii contractului de schimb. Așa fiind, X trebuie să aibă (încă) o modalitate de a-și satisface dreptul. Ca atare, de vreme ce realizarea este înlăturată, ar fi de încercat constatarea conform principiului subsidiarității²⁶.

Numai că nici în acest caz lucrurile nu sunt tocmai roz. Petitul unei astfel de cereri s-ar circumscrie formulei: subsemnatul X, solicit instanței de judecată constatarea dreptului de proprietate asupra monedelor virtuale primite de la Y în temeiul contractului de schimb. Prima și infailibila problemă care se anunță cu privire la această acțiune este reprezentată chiar de premisa ce a condus la ea – subsidiaritatea²⁷. Deși formularea petitului ar putea da de înțeles că X dorește numai să se constate

²⁵ A se vedea *Decizia nr. 916/2010* pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția comercială.

²⁶ Acest principiu, în mod tradițional, era conexas noțiunii de interes. În acest fel, subsidiaritatea derivă dintr-o lipsă de interes – titularul unei acțiuni nu avea interes să formuleze o acțiune în realizare. Cum este, spre exemplu, cazul unui proprietar care are și posesia bunului, dar este șicanat (în fapt ori în drept) de un terț care îi dă de înțeles că îi poate oricând uzurpa dreptul. Ulterior, principiul subsidiarității a devenit o noțiune indispensabilă în materia dreptului procesual civil încât a fost și legiferat. În acest fel, pe lângă cele patru condiții de exercitare ale acțiunii civile [art. 32 alin (1) C.pr.civ.], se enumeră și condiția subsidiarității în materie de cereri în constatare (art. 35 teza a II-a C.pr.civ.).

²⁷ În acest caz, subsidiaritatea acționează în sens invers, conducând la ideea că trebuie să existe o acțiune în realizare prin care creditorul obligației de a da ce poartă asupra bunurilor incorporale să-și satisfacă dreptul, acela de a se bucura în

existența dreptului său de proprietate, în definitiv el nu de asta are nevoie, ci de realizarea lui – de obligarea lui Y la comunicarea către X a cheii criptografice private.

Astfel, necesitatea unei acțiuni în realizare este determinată chiar de specificitatea transferului proprietății asupra monedelor virtuale ce se realizează prin punerea cheii la dispoziția creditorului obligației. În egală măsură, acțiunile în constatare nu sunt susceptibile de executare silită²⁸, idee reieșită tocmai din clasificarea acestora în cereri în realizare, constatare și constituire²⁹. Mai mult, practica judiciară s-a poziționat în jurul tezei conform căreia, în materie de proprietate, proprietarul care se bucură și de posesie, *rectius* de stăpânirea materială a bunului, poate formula o acțiune în constatarea dreptului său numai atunci când dreptul îi este contestat de pârât, fiindu-i necesară în acest sens o hotărâre judecătorească, deoarece nu are la îndemână acțiunea în realizare – acțiunea în revendicare³⁰.

Astfel, și acțiunea în constatarea dreptului de proprietate asupra monedelor virtuale pare să aibă neajunsurile ei³¹. Ce-i drept, ceva mai multe decât cea în revendicare. În aceste circumstanțe, ultima strigare în salvagardarea creditorului X se prefigurează într-o acțiune personală³².

3.3. Acțiune personală, în realizare (acțiunea în pretenții)

În ciuda faptului că analiza tipurilor de acțiuni a debutat cu cererile care au drept cauză dreptul de proprietate, *rectius* deținerea abuzivă a bunului de pârât și voința reclamantului de a face ca această

mod absolut de atributele conferite de dreptul de proprietate. Prin urmare, singura acțiune deschisă fără (prea mari) impedimente juridice ar fi o acțiune personală, *ex contractu*. Pentru detalii, a se vedea *infra* pct. III, iii.

²⁸ A se vedea G. Boroș, M. Stancu, *Drept procesual civil*, ed. a 5-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, 2020, p. 62; I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 277; I. Leș, D. Ghiță, V. Lozneau, A. Stoica, C. Murzea, A. Suciuc, *Tratat de drept procesual civil*, vol. I, ed. a II-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2020, p. 177.

²⁹ Într-o exprimare plastică, cererile în constatare sunt jumătate de cereri în realizare. Realizarea dreptului implică un demers în doi pași: obligarea pârâtului, cu ajutorul forței coercitive a statului, să dea, să facă ori să nu facă ceva ulterior constatării dreptului cerut în patrimoniul reclamantului.

³⁰ Decizia nr. 1528/1978 pronunțată de Tribunalul Suprem, Secția civilă; Decizia nr. 799/1997 pronunțată de Curtea de Apel Iași *apud* G. Boroș, M. Stancu, *op.cit.*, p.63.

³¹ În mod excepțional, acțiunea în constatarea dreptului ar putea fi exercitată cu succes în privința altor bunuri mobile corporale (*i.e.* acțiunile/părțile sociale). Așa fiind, o acțiune în constatarea existenței dreptului de proprietate al reclamantului asupra acțiunilor/părților sociale ori a inexistenței dreptului de proprietate al pârâtului asupra lor este nu numai admisibilă raportat la art. 35 teza a II-a C.pr.civ., ci este singura cale procedurală pentru valorificarea dreptului reclamantului de vreme ce pentru acțiuni/părți sociale nu sunt necesare formalități suplimentare în vederea transmiterii efective a proprietății (*i.e.* „remiterea” unei chei criptografice).

³² Cu toate acestea, care va fi soarta acțiunii dacă face totuși în constatare? O posibilitate de salvagardare a acestei cereri, înainte de respingerea ei ca inadmisibilă, poate veni din partea judecătorului. Conform art. 22 alin. (4) C.pr.civ., instanța are o obligație de a înlătura neajunsurile unei cereri, fără a încălca limitele imperative trasate, în general, de principiul disponibilității (art. 9 C.pr.civ.). Așadar, problema și totodată soluția se grefează pe instituția cauzei cererii (*causa debendi*), iar nu pe cauza acțiunii (*causa petendi*). În acest sens, apreciem că, în lumina rolului activ al judecătorului, acesta poate pune în vederea reclamantului X, într-un mod mai voalat, necesitatea schimbării cauzei cererii din situația de fapt calificată juridic (cauza cererii în revendicare ori a cererii în constatare) cu contractul (cauza cererii personale, *ex contractu*). Această opțiune a reclamantului care înțelege să dea curs „ajutorului” primit de la judecător își găsește fundamentul juridic în dispozițiile art. 204 alin. (1) și (2) C.pr.civ.

deținere să înceteze³³, pare-se că singurul mijloc procedural eficient își găsește o cu totul altă cauză (a cererii), anume contractul de schimb.

Cererile personale sunt acelea prin care se încearcă valorificarea unui drept de creanță³⁴, iar nu a unui drept civil real. În virtutea acestuia, X este creditorul obligației de a transfera proprietatea asupra monedelor virtuale cu toate celelalte obligații ce decurg din acest aspect³⁵. Dar ce alte obligații? Pentru că proprietatea se strămută ca urmare a întrunirii acordului de voințe.

În acest fel, niciun impediment nu se mai întrezărește la orizont. Subsidiaritatea nu mai interesează reclamantul pe motiv că acțiunea personală este o veritabilă acțiune în realizare. În continuare, stăpânirea materială a bunului nu mai comportă interes pentru acțiunea personală, „miza” în acest sens fiind de a ști dacă X are sau nu un drept de creanță împotriva lui Y. Iar după cum deja am precizat, creanța este aceea de a i se comunica cheia criptografică privată, drept ce izvorăște din specificul platformei care contribuie la perfectarea contractului de schimb încheiat între cei doi.

Așadar, deși calea acțiunii în revendicare ori cea în constatarea unui drept par a fi niște tărâmurii primejdioase și anevoioase, cea a acțiunii personale pare să fie una mult mai compatibilă cu nevoile reclamantului.

4. Competența materială și teritorială

Cu titlu prealabil menționăm că, deși acțiunea personală pare a avea cele mai multe șanse reale de succes prin raportare la nevoile de satisfacere a lui X, vom analiza următoarele implicații procedurale și prin raportare la acțiunea în revendicare, sperând că la un moment dat optica instanțelor judecătorești se va schimba.

4.1. Competența materială

Prin urmare, în privința competenței materiale vom avea în vedere criteriul valoric. După cum bine se cunoaște, „bătălia” se dă între competența judecătorei și cea a tribunalului. Legiuitorul procesual civil a ales să „desemneze” tribunalul ca fiind instanța de drept comun, acestuia revenindu-i toate cererile care nu sunt date prin lege în competența altor instanțe (art. 95 C.pr.civ.). În sialjul acestei

³³ În acest sens, a se vedea I. Leș, D. Ghiță, V. Lozneau, A. Stoica, C. Murzea, A. Suci, *op. cit.*, p. 174.

³⁴ G. Boroș, M. Stancu, *op. cit.*, p. 68.

³⁵ Precum în cazul contractului de vânzare a unui imobil, vânzătorul are, *inter alia*, obligația de predare a bunului din care derivă și aceea de a-i remite cumpărătorului înscrisurile cu privire la imobil, cheile de acces în acesta ș.a.m.d. (a se vedea în acest sens, F. Deak, L. Mihai, R. Popescu, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, vol. I, ed. a V-a actualizată și completată, Ed. Universul Juridic, București, 2017, pp. 129-131. În mod similar, Y are obligația de a-i comunica lui X cheia criptografică privată ce îi este necesară pentru „a intra” în portofelul virtual.

reglementări se regăsește și cea referitoare la competența judecătorei care, *inter alia*, judecă cererile evaluabile în bani în valoare de până la 200.000 de lei inclusiv [art. 94 pct. 1 lit. k)]. A *contrario*, tot ce e evaluabil pecuniar și trece de limita de 200.000 de lei va reveni, din punctul de vedere al competenței materiale, tribunalului.

Primul punct care trebuie lămurit este cel ce presupune determinarea de către reclamant a valorii obiectului cererii. [conform art. 194 lit. c) C.pr.civ.]. Răspunsul este relativ simplu și provine din același text de lege: după prețuirea lui, indicând însă modul de calcul și înscrisurile corespunzătoare. Dar care este modul de calcul? O primă variantă ar fi raportarea la obiectul contraprestației, respectiv la bunul asupra căreia Y i-a transmis lui X proprietatea. Pe cât de la îndemână, pe atât de deficitară această abordare pentru că reclamantul nu cere acel bun, ci revendicarea monedelor virtuale ori simpla comunicare a cheii criptografice private. Dar fără acea cheie criptografică, monedele virtuale ar fi inutile. În consecință, apreciem că modul de calcul ar trebui individualizat cu privire la cantitatea de monede, iar o apreciere a acestora într-o sumă fiduciară s-ar putea realiza printr-o eventuală medie aritmetică a valorii lor ținând cont de ofertele provenite de la mai multe platforme de tranzacționare centralizate.

Dar după cum bine cunoaștem, monedele virtuale comportă un risc tocmai prin fluctuațiile deosebit de mari pe care le pot avea prin raportare la monedele fiduciare. Care va fi soluția în cazul salturilor valorice impresionante care nu sunt străine criptoactivelor: În acest caz, vine în ajutor regula conform căreia „instanța legal investită potrivit dispozițiilor referitoare la competență după valoarea obiectului cererii rămâne competentă să judece chiar dacă, ulterior investiției, intervin modificări în ceea ce privește quantumul valorii aceluiași obiect.” [art. 106 alin. (1) C.pr.civ.]. Așa fiind, deși până la soluționarea litigiului, monedele virtuale vor suferi fluctuații valorice, competența se va consolida (ori în favoarea judecătorei, ori în favoarea tribunalului) prin raportare la momentul înregistrării cererii introductive de instanță.

4.2. Competența teritorială

Referitor la competența teritorială, acțiunea în revendicare mobilă nu implică dispoziții derogatorii de la regula de drept comun [*i.e.* instanța în a cărei circumscripție domiciliază ori își are sediul pârâtul – art. 107 alin. (1) C.pr.civ.]. La fel este și cazul acțiunii personale (în pretenții).

Cu toate acestea, apreciem că nu ar trebui uitate două reglementări. Prima este cea din materiile specifice profesioniștilor și consumatorilor, caz în care dacă X este consumator și Y profesionist, primul are libertatea de a alege între regula generală și instanța de la domiciliul său [art. 107 alin. (1) C.pr.civ. coroborat cu art. 113 alin. (1) pct. 8]. Reversul medaliei este reprezentat de cazul în care X este un profesionist și Y un consumator, caz în care, norma de ordine publică cuprinsă în art. 121 C.pr.civ. impune ca cererea să fie formulată numai la instanța de la domiciliul lui Y.

Cea de-a doua reglementare vizează strict ipoteza în care se formulează o acțiune personală (în pretenții) privind executarea contractului. În acest caz, dacă X și Y au stabilit convențional un loc unde se dorește executarea contractului. Astfel, X va trebui să înregistreze cererea la instanța de la locul unde trebuia executată obligația conform dispozițiilor contractuale [art. 113 alin. (1) pct. 3 C.pr.civ.].

5. Taxa judiciară de timbru

Taxa judiciară de timbru reprezintă o condiție extrinsecă a cererii de chemare în judecată (art. 197 C.pr.civ.) a cărei reglementare determină anumite plafoane între care trebuie încadrate cererile în justiție, în funcție de (ne)evaluabilitatea în bani a acestora (art. 2 și art. 3 din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 80/2013 privind taxa judiciară de timbru).

Spre deosebire de valoarea obiectului cererii care este o instituție ce ține strict de desfășurarea procesului civil, taxa judiciară de timbru se grefează pe norme de ordine publică, trăsătură extrasă (și) din localizarea normelor ce o reglementează într-un act normativ separat de restul normelor procesuale (*i.e.* O.U.G. nr. 80/2013). Mai mult decât atât, poate fi trasată și concluzia cum că taxa de timbru este o chestiune ce interesează statul nu numai prin aspecte ce țin de accesul (liber) la justiție, ci și din perspectivă fiscală.

Prin urmare, apreciem că pentru stabilirea cuantumului acestei taxe nu trebuie să se efectueze numai o apreciere juridico-economică a părții în sarcina căreia cade această obligație (*i.e.* reclamantul), ci aprecierea trebuie să fie efectuată și pe baza liniilor directe sugerate de reglementarea fiscală care nu a întârziat să apară imediat sporirii numărului de tranzacții cu monede virtuale³⁶.

În conformitate cu normele imperative fiscale, „veniturile realizate de persoanele fizice din transferul de monedă virtuală reprezintă venituri impozabile și le sunt aplicabile prevederile Cap. X „Venituri din alte surse” din Titlul IV – „Impozitul pe venit” din Codul fiscal” [art. 114 alin. 2 lit. m) din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal]. Însă textul nu vizează numai veniturile în bani, ci și cele ce constau în alte bunuri (art. 10 din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal).

Din aceste considerente, apreciem ca fiind potrivit următorul raționament de calcul al taxei judiciare de timbru. De vreme ce fiscalitatea impune o raportare la contraprestație când vine vorba de

³⁶ După multiple actualizări, aplicabil în anul 2023 este *Tratamentul fiscal al veniturilor realizate de persoanele fizice din transferul de monedă virtuală*, comunicat de Agenția Națională de Administrare Fiscală, disponibil la adresa: https://media.hotnews.ro/media_server1/document-2023-02-12-26078394-0-brosusa-criptomoned-2023.pdf.

impozitare, și taxa judiciară de timbru ar trebui să urmeze o soartă asemănătoare. În consecință, indiferent dacă vorbim de o acțiune în revendicare ori de una în pretenții, se va realiza un calcul cu privire la bunul/bunurile „contraprestate” în temeiul contractului de schimb. Odată stabilită valoarea acestora, reclamantul X va trebui să efectueze încadrarea lor într-unul dintre plafoanele cuprinse la art. 3 alin. (1) din O.U.G. nr. 80/2013.

Astfel, valoarea astfel determinată va reprezenta taxa de timbru ce trebuie achitată. În egală măsură, nu repudiem faptul că o altă variantă de calcul ar fi cea ce se realizează exclusiv prin raportare la valoarea (medie) la piață a criptomonedelor la data înregistrării cererii, asemănător celor expuse *supra* pct. IV. Numai că, spre deosebire de valoarea obiectului cererii care rămâne cea de la data înregistrării cererii în ciuda unor fluctuații valorice [art. 106 alin. (1) C.pr.civ.], taxa judiciară poate chiar să nu fie plătită la momentul formulării acțiunii, caz în care, în lumina art. 200 alin. (3) și (4) C.pr.civ., instanța va învedera reclamantului necesitatea achitării taxei și cuantumul acesteia în termen de 10 zile de la comunicare, sub sancțiunea anulării cererii. Mai mult, există posibilitatea ca între momentul achitării taxei de timbru la data formulării cererii și momentul la care instanța verifică plata ei (integrală, sic!), valoarea medie pe piața a criptoactivelor să fi crescut considerabil. Ce e de făcut în acest caz? Va sili instanța reclamantul la plata diferenței valorice sub sancțiunea anulării? Posibil. Ba chiar probabil³⁷.

Așa fiind, în baza celor reținute mai sus, o abordare ceva mai ferită de „fluctuații” (dar deloc ferită de critici) este cea care propune calculul taxei prin raportare la bunul „nevirtual”.

6. Măsuri asigurătorii

Un ultim aspect ce întregește analiza noastră vizează materia măsurilor asigurătorii. Dreptul comun obiectiv (*i.e.* Codul de procedură civilă) nu le definește în mod unitar. Cu toate acestea, în primul rând, doctrina le-a catalogat drept o specie a genului reprezentat de măsurile conservatorii³⁸. În al doilea rând, tot doctrina³⁹ definește strict măsurile asigurătorii ca fiind toate mijloacele prin care cel care ridică o pretenție în justiție își asigură din timp executarea hotărârii favorabile pe care speră să o obțină împotriva adversarului său.

³⁷ Mult mai apetisantă este situația în care cererea timbrată prin raportare la valoarea medie pe piețele de tranzacționare a monedelor virtuale trece cu succes de etapa regularizării cererii prevăzută la art. 200 C.pr.civ. Însă, ulterior acestui „hop”, părătul alege să ridice excepția netimbrării cererii (*rectius*, excepția insuficienței timbrării). Care va fi soarta în acest din urmă scenariu? Va extinde instanța raționamentul cuprins în art. 106 alin. (1) C.pr.civ. și în materia timbrajului?

³⁸ A se vedea Tr. C. Briciu, *Măsurile asigurătorii în procesul civil*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 27.

³⁹ E. Heroveanu, *Teoria execuțiunii silite*, Ed. Cioflec, București, 1942, p. 96 *apud* Tr. C. Briciu, *op. cit.*, pp. 27-28.

În acest fel, din moment ce scopul final al măsurilor asigurătorii este acela de a-l pune pe reclamant într-un loc de adăpost față de comportamentul părâtului, am considerat potrivită și o incursiune în această materie.

O primă chestiune ce comportă interes este în definitiv o alegere. Alegerea se grefează pe chestiunea compatibilității între cele trei măsuri asigurătorii reglementate de legislația autohtonă (*i.e.* sechestrul asigurător, poprirea asigurătorie și sechestrul judiciar) și tipologia acțiunilor avute în vedere de prezentul material (*i.e.* acțiunea în revendicare și acțiunea în pretenții). Conform explicațiilor oferite mai sus, reiterăm faptul că monedele virtuale nu trebuie confundate cu banii, acestea neintrând sub incidența noțiunii de mijloc de plată emis și garantat de un stat suveran ori de către Uniunea Europeană. Așa deci, deși monede, nu sunt bani.

În ceea ce privește materia sechestrului asigurător, acesta presupune indisponibilizarea bunurilor mobile sau/și imobile urmăribile ale debitorului aflate în posesia acestuia sau a unui terț (art. 952 teza I C.pr.civ.). La o primă vedere, această măsură ar fi cât de cât compatibilă⁴⁰ cu situația de fapt conturată de X și Y, însă teza a II-a a art. 952 îl îndepărtează pe reclamant de aceasta prin simplul fapt că acesta *trebuie* să se prezinte drept un creditor al unei sume de bani care e pasibil de a obține un titlu executoriu. Prin urmare, ipoteza sechestrului asigurător este repudiată prin aceea că X nu este creditorul unor sume de bani, ci a unor monede virtuale⁴¹.

Poprirea asigurătorie vizează ipoteza înființării unei măsuri asupra sumelor de bani, titlurilor de valoare sau a altor bunuri mobile incorporale urmăribile datorate debitorului de o a treia persoană sau pe care aceasta i le va datora în viitor în temeiul unor raporturi juridice existente (art. 970 C.pr.civ.). Din perspectiva acesteia, poprirea implică o a treia persoană care conduce la o complicare a situației de fapt prin aceea că se creionează un ménage à trois. Însă, ipoteza noastră nu implică intervenția unei a treia persoane, cu atât mai mult nici ipoteza în care între aceasta și Y se realizează un raport obligațional. Cel mult, poprirea (l-)ar putea interesa (pe X) dacă debitorul (Y) deține și alte monede virtuale numai că pe o platformă de tranzacționare centralizată. După cum am indicat (*supra* pct. 2), acel caz reprezintă d.p.d.v. juridic un depozit neregulat, deci un drept de creanță al lui Y împotriva platformei.

⁴⁰ Ne rezumăm în a nu fi foarte optimiști cu privire la compatibilitatea dintre această măsură asigurătorie și specificitatea monedelor virtuale în primul rând din perspectiva posesiei. Este cert faptul că sunt valabile cele reținute *supra* 3.1. Așa fiind, curentul majoritar induce că monedele virtuale nu sunt susceptibile de o stăpânire materială, cauză ce anihilează posibilitatea înființării ei (cel puțin în filosofia actualii doctrine și jurisprudențe).

⁴¹ Atrăgătoare ar fi ipoteza în care X, prin petitul cererii, nu se limitează prin a cere numai comunicarea cheii criptografice (executarea obligației în natură), ci, în subsidiar, în măsura în care comunicarea cheii nu (mai) este posibilă (Y transferase monedele virtuale unei alte persoane între timp), să solicite numai executarea obligației prin echivalent. Totodată, X ar putea de la bun început să solicite plata prin echivalentul în temeiul art. 1516 alin. (2) C.civ. Am fi în acest caz în ipoteza de aplicare a normei de la art. 952 C.pr.civ.?

Așadar, o ultimă opțiune (și una compatibilă) este aceea de a face apel la sechestrul judiciar care presupune indisponibilizarea bunurilor ce formează obiectul litigiului sau, în condițiile legii, a altor bunuri, prin încredințarea pazei acestora unui administrator sechestrului (art. 972 C.pr.civ.).

Concluzii

O primă concluzie, cu caracter general, este aceea că atât dreptul substanțial, cât și cel procesual trebuie nu trebuie interpretat în mod izolat, ci prin raportare la întregul sistem. Nici măcar nu este vorba de sistemul juridic, ci de societate și de nevoile acesteia. În egală măsură, societatea la rândul ei trebuie să fie prudentă alegerile sale pe care ar trebui să le ia numai cu o prealabilă și exhaustivă informare.

Totodată, la nivel de concluzii juridice, am dori să reținem următoarele. În primul rând, monedele virtuale nu trebuie confundate cu cele electronice, acestea nu sunt emise și nici garantate de o autoritate statală, unională ori internațională și până când va fi adoptată o reglementare uniformă, monedele virtuale nu vor fi recunoscute de niciun Stat Membru al UE.

În al doilea rând, în ceea ce privește platformele de tranzacționare centralizate, utilizatorul/clientul are împotriva platformei un drept de creanță, deoarece între ei există un contract asimilat celui de depozit neregulat. În rest, cu privire la utilizatorul unui portofel virtual pe o platformă descentralizată, acesta se bucură de un drept de proprietate asupra unui bun incorporeal.

De asemenea, în cazurile în care transferarea unei cantități de monede virtuale dintr-un portofel într-altul pe o platformă descentralizată reprezintă o plată efectuată în temeiul unui contract de schimb, se naște cel puțin un mijloc procedural pentru creditorul obligației de comunicare a cheii criptografice private: acțiunea în pretenții. Totodată, în baza considerentelor expuse anterior, nici admisibilitatea unei acțiuni în revendicare nu ar trebui exclusă *de plano*.

Nu în ultimul rând, competența materială și teritorială a instanței de judecată și taxa judiciară de timbru sunt instituții juridice care, deși compatibile cu cererile privitoare la criptoactive, nu sunt atât de prietenoase cu acestea. Până la o consolidare a practicii judiciare în acest sens, am realizat câteva propuneri fundamentate atât de textele de lege, cât și pe așa-zisul bun-simț juridic.

În final, nici materia măsurilor asigurătorii nu este una de neglijat cu privire la monedele virtuale.

Bibliografie

Resurse tipărite:

1. R. Rizoiu, *Umbra criptoactivelor. În Codul civil* în Revista Română de Drept Privat nr. 1/2022;
2. C. Paziuc, *Validitatea actelor privind criptomoneda – despre criptomoneda ca obiect al prestației* în Revista Română de Drept Privat nr. 1/2022;
3. L. Bercea, *Smart contract și standardul contractului autosuficient*, în Revista Română de Drept Privat nr. 1/2022;
4. A.-R. Trandafir, G. Zlati, *Monedele virtuale: între obținerea datelor privind tranzacțiile financiare și luarea măsurilor asigurătorii în procesul penal*, în Analele Universității din București – Seria Drept nr. 1/2022;
5. P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, Ed. Hamangiu, București, 2012;
6. L. Pop, I.-Fl. Popa, S.I. Vidu, *Drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, ediția a II-a, revizuită și adăugită, București, 2020;
7. V. Stoica, *Noțiunea de bun incorporal în dreptul civil român*, Revista Română de Drept Privat nr. 3/2017;
8. V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, ed. a 3-a, Ed. C.H. Beck, București, 2017;
9. V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, vol. 1, Ed. Humanitas, București, 2004;
10. E. Chelaru, *Drept civil. Drepturile reale principale*, ed. a 4-a, Ed. C.H. Beck, București, 2013;
11. Popa, *Sunt bunurile incorporale susceptibile de posesie?*, în Revista Română de Drept Privat nr. 5/2010;
12. G.A. Likilimba, *La possession corpore alieno*, în R.T.D. civ. nr. 1/2005;
13. G. Boroii, M. Stancu, *Drept procesual civil*, ed. a 5-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, 2020;
14. I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 277;
15. I. Leș, D. Ghiță, V. Lozneau, A. Stoica, C. Murzea, A. Suci, *Tratat de drept procesual civil*, vol. I, ed. a II-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2020;
16. F. Deak, L. Mihai, R. Popescu, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, vol. I, ed. a V-a actualizată și completată, Ed. Universul Juridic, București, 2017;
17. Tr. C. Briciu, *Măsurile asigurătorii în procesul civil*, Ed. C.H. Beck, București, 2008;
18. E. Heroveanu, *Teoria execuțiunii silite*, Ed. Cioflec, București, 1942.

Resurse digitale:

1. https://media.hotnews.ro/media_server1/document-2023-02-12-26078394-0-brosusa-criptomoned-2023.pdf, accesat la data de 03.03.2023;

2. <https://mycryptooption.com/ro/news/top-6-dex-in-2023-iata-cele-mai-bune-6-exchange-uri-descentralizate-cel-mai-bun-dex/>, accesat la data de 03.03.2023;
3. [https://drept.unibuc.ro/documente/2022/1,%202022,%207.%20Andra-Roxana%20Trandafir,%20George%20Zlati%20-%20Masuri%20asiguratorii%20cripto%20\(1\).pdf](https://drept.unibuc.ro/documente/2022/1,%202022,%207.%20Andra-Roxana%20Trandafir,%20George%20Zlati%20-%20Masuri%20asiguratorii%20cripto%20(1).pdf), accesat la data de 03.03.2023;
4. <https://triple-a.io/crypto-ownership-data/>, accesat la data de 03.03.2023;
5. <https://www.bankrate.com/investing/cryptocurrency-statistics/>, accesat la data de 03.03.2023;
6. <https://www.eba.europa.eu/eba-reports-on-crypto-assets>, accesat la data de 03.03.2023;
7. <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/657547/81409b94-4222-45d7-ba3b-7deb5863ab57/EBA-Op-2014-08%20Opinion%20on%20Virtual%20Currencies.pdf?retry=1>, accesat la data de 03.03.2023.

Răspunderea locatarului pentru neplata ratelor de leasing, în contextul noilor reglementări

Legal consequences for the consumer who does not pay the leasing rate, in the context of the new legislation

Responsabilité du locataire en cas de non-paiement les tarifs, dans le cadre de la nouvelle réglementation

Cristina-Florentina PÎRVU, Cătălina-Mihaela COMAN – anul III, grupa 316

coordonator: asist. dr. Iulia GOLGOJAN-PĂTRULESCU

Rezumat: Prezenta lucrare abordează tema operațiunii de leasing, un instrument juridic existent și necesar pentru modul de funcționare a economiei contemporane, prin analizarea regimului juridic al răspunderii locatarului/utilizatorului pentru neplata ratelor lunare. Astfel, în cuprinsul prezentului studiu, ne-am raportat la modificările legislative care au adus diferențe de regim juridic al răspunderii între locatarul/utilizatorul consumator și locatarul/utilizatorul profesionist, precum și exemple din jurisprudența instanțelor naționale care au justificat utilitatea și necesitatea acestor noi dispoziții.

Cuvinte-cheie: contractul de leasing, consumator, profesionist, răspundere pentru neexecutarea obligațiilor, schimbări legislative

Abstract: This paper treats the issues of the leasing agreement, an existing and necessary legal instrument in the way of how the contemporary economy functions, by analyzing the lessee's regime of unpaid monthly rents. Thus, for realizing this study, we followed the legal modifications

which brought the different legal regimes in the field of liability between the consumer and the companies who sell those goods and services. Also, we added a series of examples from national jurisprudence which motivate the utility and necessity of the new legislation.

Keywords: leasing agreement, consumer, companies, legal consequences for the nonfulfillment of obligation, legal changes

Résumé: Cet article aborde le thème aborde de l'opération de credit-bail, instrument juridique existant et nécessaire dans le fonctionnement de l'économie contemporaine, en analysant le régime dans lequel le locataire/ utilisateur est responsable du non-paiement des mensualités, nous avons pris en compte les changements législatifs qui ont apporté des différences dans le régime juridique entre le locataire/utilisateur professionnel, ainsi que des exemple tirés de la jurisprudence des tribunaux nationaux qui motivent l'utilité et la nécessité de ces nouvelles dispositions.

Mots-clé: credit-bail, consommateur, professionnel, responsabilité en cas de non-respect des obligations, changements législatifs

1. Introducere

Cugetând asupra cuvintelor lui Aristotel: „Bogăția nu se măsoară prin titlurile de proprietate, ci prin efectiva utilizare a unor lucruri, chiar dacă sunt proprietatea altora”¹, am ales să ne îndreptăm atenția asupra contractului de leasing, întrucât acesta reprezintă un mijloc juridic pentru atingerea unor obiective de ordin patrimonial, folosit din ce în ce mai des² în realitatea socială cu care ne confruntăm. Cu titlu introductiv, vom avea în vedere și etimologia cuvântului leasing. Astfel, termenul „lease” înseamnă a încheia un acord de voință prin care, în schimbul unei sume de bani, se oferă folosința unui teren, a unei clădiri, a unui vehicul sau a unui echipament, pentru un interval de timp stabilit³. În același sens, interpretând normele legale în vigoare, doctrina definește operațiunea de leasing ca fiind instrumentul juridic „prin care o parte, denumită locator/finanțator, transmite

¹ Aristotel, *Retorica*, Iri, 2004, Cartea I, cap. V.

² Elena Turcu, *Contractul de leasing*, Hamangiu, București, 2008, Cuvânt înainte.

³ „to make a legal agreement by which money is paid in order to use land, a building, a vehicle, or a piece of equipment for an agreed period of time” <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/lease>.

pentru o perioadă determinată dreptul de folosință asupra unui bun, al cărui proprietar este, celeilalte părți, denumită locatar/utilizator, la solicitarea acesteia, contra unei plăți periodice, denumită rată de leasing”⁴. Originea acestei noțiuni se găsește în cuvântul de origine latină „laxare”, care poate fi tradus⁵ prin extindere, expansiune, prelungire. Din acest motiv, putem afirma, încă o dată, că operațiunea de leasing constituie un instrument utilizat pentru îndeplinirea unor necesități de ordin economic și sporirea patrimoniului, obiective care ghidează modul de funcționare a relațiilor sociale și economice în prezent.

Întrucât nu cu puțin timp în urmă a fost adoptată o nouă reglementare, fiind vorba despre Legea nr. 83 din 15 aprilie 2021⁶, care a modificat Ordonanța Guvernului nr. 51/1997⁷ privind operațiunile de leasing și societățile de leasing, am considerat oportun să ne concentrăm atenția asupra uneia dintre inovațiile actului normativ respectiv. Astfel, spre deosebire de OG nr. 51/1997, în varianta nemodificată, care menționa, în ceea ce privește răspunderea pentru neplata ratelor la scadență, același regim juridic, indiferent de calitatea debitorului neexecutant, actul normativ actualizat prevede doar consecințele ce se pot dispune într-o atare situație asupra consumatorului. Drept urmare, am apreciat util, atât din punct de vedere teoretic, dar și practic, analiza regimului juridic al răspunderii contractuale pentru neexecutarea obligației de plată a două rate consecutive de leasing la scadență, atât din perspectiva debitorului consumator, cât și din perspectiva debitorului profesionist. Susținem că este esențial să ne raportăm la această poziție a legiuitorului național și prin prisma viziunii unionale, care instituie, ca un fundament al reglementărilor în domeniu, necesitatea de a proteja consumatorul.

De asemenea, aflându-ne pe tărâmul unui contract având caracter de adeziune, necesitatea amintită anterior este cu atât mai pregnantă cu cât influența consumatorului asupra conținutului contractului este restrânsă ori, în cele mai multe cazuri, chiar, înlăturată. Din punctul de vedere al juristului, un semn de întrebare apare în legătură cu situația profesionistului locatar/utilizator care nu dă curs efectelor contractului, refuzând a executa obligația de plată a ratelor, deoarece normele Legii nr. 83/2021 operează o diferență între consumator și profesionist, fără a preciza expres ce se întâmplă cu acesta din urmă.

În acest sens, în paragrafele următoare vom expune situația juridică a consumatorului sub imperiul Ordonanței Guvernului nr. 51/1997, anterior modificărilor amintite (2.1.), pe care o vom compara, ulterior, cu situația juridică a acestuia în lumina Legii nr. 83/2021 (2.2.) și, în final, analiza se va îndrepta asupra regimului juridic al profesionistului în aceleași coordonate (3.1.) și (3.2.).

⁴ Andreea-Teodora Stănescu, *Drept Comercial. Contracte profesionale*, ed. a 5-a, Editura Hamangiu, 2022, p. 389.

⁵ <https://latin-dictionary.net/definition/25415/laxo-laxare-laxavi-laxatus>.

⁶ Legea 83/2021 pentru modificarea și completarea Ordonanței Guvernului nr. 51/1997 privind operațiunile de leasing și societățile de leasing, M.Of. 401 din 2021.04.16.

⁷ Ordonanța 51/1997 privind operațiunile de leasing și societățile de leasing, M.Of. 9 din 2000.01.12.

2. Răspunderea consumatorului pentru neplata ratelor de leasing

2.1. Răspunderea consumatorului pentru neplata ratelor de leasing anterior modificărilor aduse prin Legea nr. 83/2021

În Capitolul IV, intitulat *Răspunderea Părților*, OG nr. 51/1997 privind operațiunile de leasing și societățile de leasing în versiunea în vigoare până la data de 18 aprilie 2021 prevede consecințele nerespectării obligațiilor părților în cadrul unei operațiuni de leasing. Prin conținutul său, articolul 15 legiferează că locatarul/utilizatorul va suporta rezilierea contractului, va trebui să restituie bunul și să plătească și toate sumele datorate, în intervalul dintre momentul în care operează rezilierea și restituirea bunului, în temeiul contractului, în cazul în care nu se execută obligația de plată integrală a ratei de leasing, timp de două luni consecutive consecințe care se ivesc în ipoteza în care, prin derogare de la lege, părțile nu stipulează contrar în contract.

În primul rând, norma legală nu introduce nicio distincție în ceea ce privește calitatea debitorului obligației de plată a ratelor de leasing, acesta instituind același regim juridic atât pentru debitorul profan, consumatorul obișnuit, cât și pentru profesionistului expert.

În al doilea rând, constatăm că, în raport de dispoziția legală citată, interpretată în lumina caracterului de adeziune ce caracterizează contractul de leasing, consumatorul beneficia de o protecție juridică iluzorie, deoarece, în mod practic, șansele ca societatea de leasing să stabilească alte condiții mai favorabile pentru locatar/utilizator erau aproape inexistente. Astfel, ca urmare a rezilierii, obligația de plată se stinge în momentul restituirii bunului, astfel cum a fost stabilit în contractul de leasing, chiar dacă rezilierea acestuia survine cu mult mai mult timp înainte. Practic, dacă un contract de leasing a fost încheiat pe o durată de 5 ani, iar rezilierea survine în cel de-al doilea, consumatorul avea obligația de a achita toate sumele datorate, conform contractului (inclusiv ratele lunare) până la împlinirea celor 5 ani inițiali. Mai mult, în situația în care consumatorul ar fi ajuns în fața instanței și ar fi invocat caracterul abuziv al clauzelor contractuale, acest argument ar fi fost respins pe temeiul art. 3 alin. (2) din Legea nr. 193/2000 care exclude de la aplicare clauzele contractuale prevăzute în temeiul altor acte normative în vigoare⁸. Același act normativ prevede în cuprinsul anexei o serie de clauze considerate abuzive, printre care se numără și clauzele care permit profesionistului obținerea unor sume de bani de la consumator, în cazul neexecutării sau finalizării contractului de către acesta din urmă, fără a prevedea existența compensațiilor în sumă echivalentă și pentru consumator, în cazul neexecutării contractului de către profesionist.⁹ Am considerat oportun să menționăm această prevedere, deoarece în litigiile care au

⁸ Legea 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori, M.Of. 543 din 2012.08.03.

⁹ Anexa la Legea 193/2000, alin. 1, litera r)

implicat consumatori nemulțumiți de o serie de dispoziții introduse în contractul de leasing, aceștia au invocat prevederile anterioare, însă fără succes, întrucât instanțele nu le-au considerat incidente în respectivele cauze pentru motivele arătate.¹⁰ Cu scopul de a îmbunătăți situația consumatorilor, au fost ridicate, de-a lungul timpului, excepții de neconstituționalitate care să conducă la modificarea art. 15 din OG 51/1997, însă acestea au fost respinse, fiind considerate neîntemeiate. Un astfel de exemplu îl constituie decizia Curții Constituționale nr. 3622 din 2020 în care societatea comercială care a invocat excepția de neconstituționalitate argumentează că „utilizatorul este practic obligat de către finanțator, prin poziția comercială pe care acesta o are, să accepte clauze pe care în alte condiții nu le-ar fi acceptat”, ceea ce în opinia sa ar duce „la încheierea unor contracte în care predomină clauzele leonine”. Motivul pentru care Curtea a respins aceste argumente a fost acela că, „în situația în care utilizatorul, parte contractantă în cadrul contractului de leasing, nu își execută obligațiile, sunt aplicabile principiile generale ale contractelor sinalagmatice”¹¹.

2.2. Răspunderea consumatorului pentru neplata ratelor de leasing în contextul reglementării actuale

Structura acestui capitol urmărește să puncteze principalele modificări aduse odată cu intrarea în vigoare a noii reglementări, precum și rațiunea care a stat la baza adoptării acesteia. Cum articolul 15 în forma anterioară era inechitabil pentru consumatori, legiuitorul a decis să intervină și să găsească o metodă prin care să modifice regimul consumatorilor vădit expuși unei situații vulnerabile.

Având în vedere caracterul de adeziune al contractului de leasing, legiuitorul român a considerat oportun să intervină în mod activ pentru a oferi o protecție eficientă locatarilor/ utilizatorilor, fapt demonstrat și prin expunerea de motive ce a stat la baza adoptării Legii 83/2021¹². Conform criteriului de clasificare al contractelor după posibilitatea părților de a stabili conținutul contractului prin negocieri, există, pe de-o parte, contractele negociate și, pe de altă parte, contractele de adeziune. Acestea din urmă sunt reglementate în cuprinsul art. 1175 Cod Civil, fiind caracterizate de realitatea că una dintre părți impune ori redactează clauzele esențiale pe care cealaltă parte nu are altă opțiune în afară de a le accepta. Doctrina semnalează că „frecvența acestor contracte este în creștere și, de regulă, în caracterizarea lor, se pune accentul pe inegalitatea economică a părților. [...] în scopul protejării „părții slabe”, legiuitorul intervine adesea și stabilește reguli și limite pe care partea ce predetermină conținutul contractelor de adeziune este obligată să le respecte.”¹³

¹⁰ Decizie nr. 3622/2020 din 04-nov-2020, Tribunalul București, contestație la executare.

¹¹ Decizia 162/2002 [R] referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 11, 14 și 15 din Ordonanța Guvernului nr. 51/1997 privind operațiunile de leasing și societățile de leasing, republicată, M.Of. 549 din 2002.07.26.

¹² <https://www.cdep.ro/proiecte/2018/100/60/4/em211.pdf>

¹³ Liviu Pop, Ionuț-Florin Popa, Stelian Ioan Vidu, *Drept civil. Obligațiile*, Universul Juridic, 2020, pp. 50-51.

Sistemul național de drept cunoaște modificări generate de regulile unionale, a căror prioritate determină, printre altele, impunerea unor standarde de protecție a părților vulnerabile¹⁴. În materia contractului de leasing această necesitate a fost invocată și de legiuitorul român, fiind una dintre rațiunile adoptării legii de modificare a OG nr. 51/1997. În procesul de legiferare, s-au avut în vedere dispozițiile Directivei 93/13/CEE a Consiliului privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii, transpusă în dreptul intern prin Legea 193/2000. Aceasta prezintă, în cuprinsul primului alineat al art. 3 condițiile pe care o clauză contractuală trebuie să le îndeplinească, în mod cumulativ pentru a fi considerată abuzivă, după cum urmează:

- a. nu s-a negociat individual cu consumatorul,
- b. creează un echilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților, în detrimentul consumatorului,
- c. a fost inserată în contradicție cu cerința de bună-credință.

Un alt punct de reper a fost și Cauza C-415/11, în cuprinsul căreia Curtea de Justiție a Uniunii Europene reamintește că „un consumator se găsește într-o situație de inferioritate față de un vânzător sau un furnizor în ceea ce privește atât puterea de negociere, cât și nivelul de informare”. Obligația de informare apare și pe temeiul dreptului comercial, unde profesionistul are datoria de a-i aduce la cunoștință consumatorului în faza precontractuală informații clare și neechivoce, depășind deci tărâmul obligației de diligență. Din cauza diferenței de cunoaștere, profesionistul trebuie să-l ghideze pe consumator, de o așa manieră încât contractul să fie încheiat cu înțelegerea deplină a drepturilor și obligațiilor care decurg din acesta¹⁵. Or, calitatea de locator/finanțator o poate avea numai o societate de leasing care se circumscrie calității de profesionist.

În opoziție cu vechea reglementare, art. 15 conține o serie de dispoziții cuprinzătoare a situațiilor complexe ce pot apărea în practică, pe care le urmează să le analizăm în paragrafele subsecvente.

În primul rând, textul art. 15 debutează cu o noutate majoră, deoarece ipoteza normei descrie doar raporturile juridice în care locatarul/utilizatorul are calitatea de consumator.

Suplimentar, în Decizia 59/2021¹⁶ pronunțată de către Curtea Constituțională a României care a avut ca obiect excepția de neconstituționalitate a prevederilor Legii 83/2021, Curtea apreciază că un alt motiv întemeiat ce a condus la modificările actuale este reprezentat de problemele care țineau de denaturarea scopului inițial al legiuitorului. Astfel, în practica anterioară, pe rolul instanțelor au

¹⁴ Ibidem, p. 40

¹⁵ V. Gheorghe Piperea, blog online, <https://www.piperea.ro/blog/gheorghepiperea/obligatia-de-informare-avertizare-si-consiliere-a-consumatorilor>

¹⁶ Decizia 59/2021 [R] referitoare la obiecția de neconstituționalitate a prevederilor Legii pentru modificarea și completarea Ordonanței Guvernului nr. 51/1997 privind operațiunile de leasing și societățile de leasing, M.Of. 368 din 2021.04.09.

apărut o serie de cauze¹⁷ care aveau la bază nemulțumirile consumatorilor apărute ca urmare a reglementării deficitare, în sensul în care profesioniștilor li le îngreuna situația prin inserarea unor clauze împovărătoare pentru consumator. După cum am amintit în secțiunea anterioară, acest lucru era posibil ca urmare a redactării permissive a normei ce lăsa o marjă de apreciere extrem de largă, mai ales profesioniștilor care puteau să profite de situația vădit disproporționată în care se aflau consumatorii, atât din punct de vedere informațional, cât și economic.

În al doilea rând, în comparație cu reglementarea anterioară, în prezent art. 15 nu mai recunoaște posibilitatea părților de a stipula în cuprinsul contractului o sancțiune mult mai împovărătoare pentru neexecutarea obligației de plată a ratelor de leasing. Prin eliminarea sintagmei „din cuprinsul contractului”, legiuitorul a eliminat orice îndoială cu privire la facultatea de a abuza de poziția de superioritate a locatorului/finanțatorului contractului de leasing. Cu toate că autorii excepției de neconstituționalitate au considerat că prezenta reglementare îngreudește libertatea contractuală a părților, Curtea Constituțională a învederat că principiul libertății economice și, implicit, libertatea contractuală „nu este un drept absolut al persoanei, ci este condiționat de respectarea limitelor stabilite de lege, limite ce urmăresc asigurarea unei anumite discipline economice ori protejarea unor interese generale, precum și asigurarea respectării drepturilor și intereselor legitime ale tuturor.”¹⁸

O altă inovație a primului alineat constă în modificarea intervalului de timp în care consumatorul ar trebuie să se plaseze în situația de neexecutare a obligației de plată a ratelor, observându-se o dilatare în favoarea debitorului - 3 luni față de 2 luni cum se preciza în vechea reglementare.

Următorul alineat al aceluiași articol descrie în mod expres componentele care formează eventualele despăgubiri la care locatorul/finanțatorul este îndreptățit prin lege: „[...] eventualele despăgubiri nu pot cuprinde decât diferența între totalul sumelor datorate conform contractului, diminuată cu valoarea obținută prin valorificare, exclusiv TVA, sau, după caz, cu valoarea stabilită printr-un raport de evaluare a bunului emis de un evaluator autorizat conform legii. Sumele datorate conform contractului de leasing se constituie din facturile emise și neachitate, valoarea de intrare rămasă de achitat până la finele perioadei de leasing, inclusiv valoarea reziduală, cheltuieli cu asigurările bunului, reprezentate de polița de asigurare obligatorie și/sau polița de asigurare facultativă, amenzi de circulație și amenzi pentru neplata rovinietei, precum și taxe/impozite aferente bunului.”¹⁹ Alineatul citat vizează situația în care bunul care face obiectul prestației este predat în termenul prevăzut în contract. La polul opus se află dispozițiile alin. (6), care surprind situația nepredării la

¹⁷ Decizie nr. 1640/2008/2008 din 02-sept-2008, Curtea de Apel Cluj, Decizia nr. 869/2020 din 15-dec-2020, Tribunalul Bistrița Năsăud.

¹⁸ Idem 5

¹⁹ OG nr. 51/1997, Art. 15 alin. (2)

termen a bunului, sancțiunea fiind aceea că, pe lângă sumele datorate conform contractului de leasing, locatarul/utilizatorul trebuie să achite și cheltuielile pentru recuperarea bunului. Aceste două alineate constituie un alt element de noutate al reglementării actuale, întrucât legiuitorul restricționează posibilitatea locatorului/finanțatorului de a pretinde daune-interese excesive pentru neexecutarea obligației. Prevederile OG nr. 51/1997 anterioare modificării nu se refereau expres la daunele-interese pe care creditorul obligației de predare le putea solicita pentru a acoperi prejudiciul suferit, de aceea art. 15 „permitea alăturarea unor norme complementare la care părțile aveau posibilitatea să recurgă pe cale convențională”²⁰. În practică²¹, societățile de leasing recurgeau la o astfel de practică, introducând în cuprinsul contractului o clauză ce avea natura juridică a clauzei penale prezente în dreptul comun, care își găsește sediul în cuprinsul dispozițiilor art. 1538 Cod Civil. O astfel de strategie devine imposibil de pus în practică în lumina noilor dispoziții care creează un just echilibru între daunele-interese ce i se cuvin locatorului/finanțatorului și sancțiunea ce incumbă locatarului/utilizatorului.

În continuare, în ceea ce privește alin. (3), acesta descrie ipoteza în care contractul este reziliat, dar locatarul/utilizatorul își îndeplinește obligațiile conexe acestei situații la timp, inclusiv cea de predare, și își manifestă intenția de a-l cumpăra sau propune un terț cumpărător în termen de 5 zile de la restituirea bunului. Legiuitorul recunoaște acestuia un drept de opțiune în ceea ce privește cumpărarea bunului, însă acesta este supus unui termen de 30 de zile de la restituire, timp în care poate fi emisă acceptarea fermă și irevocabilă de cumpărare la un preț cel puțin egal cu contravaloarea tuturor sumelor datorate conform contractului²². Următorul alineat continuă descrierea procedurii în ceea ce privește exercitarea dreptului de opțiune a unui terț propus de către locatar/utilizator în cazul în care acceptarea de cumpărare emisă de către acest terț este inferioară quantumului sumelor datorate conform contractului de leasing. Locatarul/utilizatorul consumator are obligația de a credita contul finanțatorului, cu diferența necesară până la concurența sumelor datorate în temeiul contractului, cel mai târziu la data încasării de către locator/finanțator a prețului de vânzare aferent transferului bunului, respectând însă termenul de 30 de zile de mai sus. Ultima teză enunță și momentul la care are loc transferul dreptului de proprietate, și anume la data încasării integrale a sumelor datorate conform contractului, care nu va putea fi ulterioară datei de expirare a dreptului prioritar²³.

Ultimul alineat pe care îl vom analiza este alin. (5), care stipulează o sancțiune pentru cei care vor să cumpere bunul, însă nu respectă prevederile primelor două alineate. Astfel, locatorul/ finanțatorul

²⁰ Viorel Terzea, *Contract de leasing. Titlu executoriu și în ce privește plata penalităților*, Revista Română de Executare Silită nr. 3 din 2013.

²¹ Decizia nr. 1502 din 5 iunie 2013, Tribunalul Argeș.

²² OG nr. 51/1997, Art. 15 alin. (3)

²³ OG nr. 51/1997, Art. 15 alin. (4)

poate dispune în mod liber de bun, iar locatarul/utilizatorul este obligat să plătească locatorului/finanțatorului sumele stabilite potrivit prevederilor alin. (2)²⁴.

Nu în ultimul rând, Legea nr. 83/2021 nu conține dispoziții tranzitorii și nu precizează explicit faptul că prevederile sale nu se aplică și contractelor în derulare la data publicării sale în Monitorul Oficial, însă, în conformitate cu principiul constituțional al neretroactivității legii, practica judiciară a reținut că prevederile legii menționate nu se pot aplica decât în ceea ce privește contractele de leasing încheiate după intrarea sa în vigoare²⁵.

3. Răspunderea profesionistului pentru neplata ratelor de leasing

3.1. Regimul răspunderii profesionistului pentru neplata ratelor de leasing, anterior modificărilor aduse prin Legea nr. 83/2021

Reamintim că, astfel cum am menționat și în paragrafele anterioare, art. 15 din OG nr. 51/1997 consacră remediul pus la dispoziția creditorului în ipoteza neexecutării obligației de plată integrală a ratei de leasing timp de două luni consecutive de către locatar/utilizator, indiferent de calitatea de profesionist sau de consumator a acestuia. Potrivit principiului *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, regimul juridic al răspunderii profesionistului este circumscris complet regimului juridic expus în capitolul al doilea punctul 1 al prezentei lucrări.

3.2. Regimul juridic al răspunderii profesionistului pentru neplata ratelor de leasing în contextul reglementării actuale

Deoarece, deși Legea nr. 83/2021 a alocat art. 15 din OG nr. 51/1997 un cu totul alt conținut, în sensul în care acesta cunoaște o schimbare de paradigmă considerabilă, trebuie să admitem că legiuitorul ne-a provocat în interpretarea normelor, fiindcă textul prezintă neajunsul de a dispune doar în ceea ce privește locatarul/utilizatorul consumator. Drept urmare, ne-am propus ca, în rândurile de mai jos, să oferim rezultatul interpretării asupra dispozițiilor lacunare și să răspundem la problema de drept din titlul subcapitolului, raportându-ne la principii și raționamente logice.

În primul rând, alineatul întâi al art. 15 din OG 15/1997, după modificare, *expressis verbis*, stabilește că ipoteza normei se referă la calitatea de consumator a debitorului neexecutant. Acest aspect ne determină, potrivit principiului *Exceptio est strictissimae interpretationis*, să statuăm că împotriva profesionistului locatar/utilizator se va aplica dreptul comun în legătură cu rezilierea contractului,

²⁴ OG nr. 51/1997, Art. 15 alin. (6).

²⁵ Decizie nr. 2688/2021 din 28-oct-2021, Tribunalul București.

eventualele despăgubiri putând fi stabilite având în vedere normele Codului civil. Mai mult decât atât, în cazul raporturilor juridice de leasing între profesioniști, susținem că aceștia pot chiar încheia un acord prin care să deroge de la norma art. 15 alin. (1), fiindcă modul imperativ în care este formulată reglementarea precizează explicit interdicția stipulării unor prevederi contrare doar în cazul consumatorului. Considerăm că acest text legal își găsește justificarea prin rațiunea că, în relațiile dintre profesioniști, inegalitățile de ordin economic și dezechilibrul informațional sunt inexistente, iar dacă acestea totuși există, profesionistul are mai multe mijloace la dispoziție pentru a le înlătura eficient.

În al doilea rând, alineatele (2) și (3) ale art. 15 soluționează problema eventualelor despăgubiri datorate de către locatarul/utilizatorul rău-platnic și a cheltuielilor pentru recuperarea bunului, înaintate de către locatorul/finanțator. Se observă, în opinia noastră, că nu există o posibilitate de translatăre a acestor prevederi către profesionist, o atare interpretare fiind interzisă de dispozițiile art. 10 din Codul civil.

Aceeași concluzie se extinde și asupra problemei complicate a dreptului de opțiune a locatarului/utilizatorului la cumpărarea bunului care face obiectul derivat al contractului de leasing reziliat. Normele care derogă de la o dispoziție generală, cum este cazul art. 15, se aplică numai în cazurile expres și limitativ prevăzute de lege, putând reglementa așadar exclusiv situația locatarului consumator. Cu toate acestea, nu excludem propunerea ca, la nivel convențional, părțile să aibă în vedere textul alineatului 3 al articolului 15 și să insereze în contractul de leasing o clauză asemănătoare celei legale, pentru clarificarea acestei probleme.

Pe de altă parte, cu toate că nu este de esența raporturilor dintre profesioniști ca între aceștia să existe inferioritate informațională, financiară și juridică, dezaprobam lipsa de diligență a legiuitorului în ceea ce privește instituirea unui regim juridic aferent răspunderii profesionistului neexecutant al obligației de plată a ratelor de leasing. Opinăm în sensul în care, în realitate se întâmplă foarte frecvent să existe discrepanțe de ordin economic între părțile contractului de leasing, care conduc la impunerea poziției uneia dintre acestea și la inserarea unor clauze cu potențial abuziv.

Concluzii

Întorcându-ne la scopul elaborării acestei lucrări, tragem speranța că am reușit adresăm o invitație la dezbateri și analize, care vor îmbogăți patrimoniul cercetărilor academice asupra contractului de leasing. Între timp, concluzionând, operațiunea de leasing, indiferent asupra căror bunuri poartă, constituie un instrument juridic prezent și necesar în desfășurarea activităților economice contemporane. Din punctul de vedere al consumatorului, conchidem că în reglementarea anterioară intrării în vigoare a Legii nr. 83/2021, textul normelor instituia un regim defavorabil acestuia, text care avea, *per se*, un caracter vădit prejudiciabil, obligând consumatorul la plata unor despăgubiri

considerabil oneroase în raport cu paguba efectiv pricinuită profesionistului. În schimb, în urma modificărilor aduse prin actul normativ menționat, legiuitorul, confruntat cu realitatea socială reflectată inclusiv la nivelul Uniunii Europene, a hotărât să îmbunătățească modul în care îl protejează pe consumator: în primul rând, prin interdicția de a mai încheia stipulații contrare celor legale în privința rezilierii, iar, în al doilea rând, prin reglementarea *expressis verbis* a sumelor datorate cu titlu de despăgubire de către debitorul care nu și-a executat, timp de 3 luni consecutive, obligația de a plăti integral rata de leasing.

Sub presiunea normelor unionale, care reflectă realitatea dezechilibrului informațional între consumator și societatea de leasing, prin esență, un profesionist, Legea nr. 83/2021 a fost adoptată pentru a răspunde nevoilor de protecție a consumatorului. Această reglementare interzice încheierea unor contracte de leasing în care părțile să deroge de la lege. În plus, remarcând omisiunile noii reglementări, am reușit, prin intermediul procedurilor de interpretare, să definim și regimul juridic al profesionistului debitor al obligației de plată a ratelor de leasing, precum și titular al dreptului de opțiune la cumpărare în cazul rezilierii contractului. Astfel, la întrebarea dacă pot profesioniștii ca subiecți ai raportului juridic de leasing să încheie convenții derogatorii de la interdicția din alineatul întâi al articolului 15 OG nr. 51/1997, am răspuns afirmativ, ceea ce, după părerea noastră, este criticabil. Argumentul care constituie rațiunea acestei afirmații constă în faptul că, deși prezumat a fi specialist în domeniul în care activează, legiuitorul ar fi trebuit să îi ofere și acestuia din urmă un standard de protecție mai ridicat, ținând cont de caracterul de adeziune al contractului în care se angrenează. Referitor la aspectele legate de dreptul de opțiune la cumpărarea bunului obiect derivat al contractului, în opinia noastră, dispozițiile privind consumatorul nu se aplică prin analogie și profesionistului, însă ar putea forma obiectul unei clauze contractuale cu un conținut similar.

Bibliografie:

Resurse tipărite:

1. Aristotel, *Retorica*, Iri, 2004
2. Liviu Pop, Ionuț-Florin Popa, Stelian Ioan Vidu, *Drept civil. Obligațiile*, Universul Juridic, 2020
3. Andreea-Teodora Stănescu, *Drept Comercial. Contracte profesionale*, ed. a 5-a, Editura Hamangiu, 2022

4. Viorel Terzea, *Contract de leasing. Titlu executoriu și în ce privește plata penalităților*, Revista Română de Executare Silită nr. 3 din 2013
5. Elena Turcu, *Contractul de leasing*, Hamangiu, București, 2008
6. Legea 83/2021 pentru modificarea și completarea Ordonanței Guvernului nr. 51/1997 privind operațiunile de leasing și societățile de leasing, M.Of. 401 din 2021.04.16
7. Legea 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori, M.Of. 543 din 2012.08.03
8. Ordonanța 51/1997 privind operațiunile de leasing și societățile de leasing, M.Of. 9 din 2000.01.12

Resurse digitale:

1. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/lease> accesat la data de 27 februarie 2023
2. <https://laLn-dicLonary.net/definiLon/25415/laxo-laxare-laxavi-laxatus>, accesat la data de 27 februarie 2023
3. <https://www.cdep.ro/proiecte/2018/100/60/4/em211.pdf>, accesat la data de 28 februarie 2023
4. <https://www.piperea.ro/blog/gheorghepiperea/obligala-de-informare-averlzare-si-consiliere-aconsumatorilor>, accesat la data de 28 februarie 2023
5. Decizia 59/2021 [R] referitoare la obiecția de neconstituționalitate a prevederilor Legii pentru modificarea și completarea Ordonanței Guvernului nr. 51/1997 privind operațiunile de leasing și societățile de leasing (<https://lege5.ro/App/Document/gyzdcnrrgiyq/decizia-nr-59-2021-referitoare-la-respingerea-obiectiei-de-neconstitutionalitate-a-prevederilor-legii-pentru-modificarea-si-completarea-ordonantei-guvernului-nr-51-1997-privind-operatiunile-de-leasing>, accesat la 23 februarie 2023)
6. Decizie nr. 1640/2008/2008 din 02-sept-2008, Curtea de Apel Cluj (<https://sintact.ro/#/jurisprudence/520383401/1/decizie-nr-1640-2008-2008-din-02-sept-2008-curtea-de-apel-cluj>, accesat la 21 februarie 2023)
7. Decizia nr. 869/2020 din 15-dec-2020, Tribunalul Bistrița Năsăud (<https://sintact.ro/#/jurisprudence/534817915/1/decizie-nr-869-2020-din-15-dec-2020-tribunalul-bistrita-nasaud-contestatie-la-executare-litigii...>, accesat la 20 februarie 2023)
8. Decizie nr. 3622/2020 din 04-nov-2020, Tribunalul București, contestație la executare (<https://sintact.ro/#/jurisprudence/535019983/1/decizie-nr-3622-2020-din-04-nov-2020-tribunalul-bucuresti-contestatie-la-executare-litigii-cu...>, accesat la 21 februarie 2023)
9. Decizia 162/2002 [R] referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 11, 14 și 15 din Ordonanța Guvernului nr. 51/1997 privind operațiunile de leasing și societățile de leasing, republicata, M. Of. 549 din 2002.07.26 (<https://sintact.ro/#/act/16834011/1/decizia-162-2002-r>

referitoare-la-exceptia-de-neconstitutionalitate-a-dispozitiilor-art-11-14-si..., accesat la 22 februarie 2023)

10. Decizie nr. 2688/2021 din 28-oct-2021, Tribunalul București
(<https://sintact.ro/#/jurisprudence/535690795/1/decizie-nr-2688-2021-din-28-oct-2021-tribunalul-bucuresti-incuviintare-executare-silita>, accesat la 22 februarie 2023)

Simulația - diferite forme de manifestare

Simulation - different forms of manifestation

La simulation - différentes formes de manifestation

Ionuț-Daniel VÎLCEANU – anul IV, grupa 418

coordonatori: **prof. dr. Flavius Antoniu BAIAS, drd. Silviu MUNTEANU**

PREMIUL BEST SPEAKER

PREMIUL BEST IDEA

PREMIUL BEST VISUAL

Rezumat: Prezenta lucrare își propune să analizeze rațiunea din spatele neconcordanței dintre reglementarea privind instituția simulației din Dreptul civil și din Dreptul penal. Simulația poate fi în acord cu legea și cu bunele moravuri, bucurându-se de îngăduința legii civile române. Cu toate acestea, dacă prin crearea unei situații

juridice mincinoase, părțile au urmărit anumite scopuri ilicite sau imorale, acordul simulatoriu nu se mai poate bucura de protecția legală, iar, astfel, înțelegerea părților va fi privată de producerea de efecte juridice valabile chiar și între acestea. În contrast, plecând de la aceeași conduită, de a atesta o faptă sau o împrejurare

necorespunzătoare cu adevărul, părților li se pot aplica sancțiuni de Drept penal, sancțiuni ce vor îmbrăca forma unor infracțiuni: de la spălarea de bani, evaziune fiscală, până la fals în înscrisuri sub semnătură privată. Astfel, putem conchide că instituția simulației se găsește pe puntea fină dintre licit civil și ilicit penal.

Cuvinte-cheie: simulație, fals în înscrisuri sub semnătură privată, ilicit, inopozabilitate, drept civil, drept penal.

Abstract: This paper aims to analyze the rationale behind the inconsistency between the regulation regarding the institution of simulation in Civil Law and in Criminal Law. The simulation can be in accordance with the law and with good morals, enjoying the permission of the Romanian civil law. However, if by creating a false legal situation, the parties pursued certain illicit or immoral purposes, the agreement can no longer enjoy legal protection, and thus the understanding of the parties will be deprived of producing valid legal effects even between these. In contrast, starting from the same conduct, of attesting to a deed or circumstance that is not true, the parties may be subject to criminal law sanctions, sanctions that will take the form of crimes: from money laundering, tax evasion, to forgery in documents under private signature. Thus, we can conclude that the institution of simulation is on the fine line between civil law and criminal law.

Keywords: simulation, forgery in documents under private signature, illegal, non-enforceability, civil law, criminal law.

Résumé: Cet article vise à analyser les raisons de l'incohérence entre la réglementation relative à l'institution de la simulation en droit civil et en droit pénal. La simulation peut être conforme à la loi et aux bonnes mœurs, bénéficiant de l'autorisation du droit civil roumain. Cependant, si en créant une fausse situation juridique, les parties poursuivaient certaines fins illicites ou immorales, l'accord fictif ne pourra plus bénéficier d'une protection juridique, et ainsi l'entente des parties sera privée de produire des effets juridiques valables même entre celles-ci. En revanche, à partir d'un même comportement, d'attester d'un fait ou d'une circonstance qui n'est pas vrai, les parties pourront être passibles de sanctions pénales, sanctions qui prendront la forme de délits : du blanchiment d'argent, de la fraude fiscale, au faux en documents sous seing privé. Ainsi, nous pouvons conclure que l'institution de la simulation est à la frontière entre le droit civil et le droit pénal.

Mots-clé : simulation, falsification d'actes sous seing privé, illégal, inopposable, loi civil, loi criminelle

1. Introducere

Interferența și concordanța dintre dreptul civil și dreptul penal este nu numai un indice al unui sistem legislativ bine încheiat, ci o adevărată necesitate având în vedere că aceste două ramuri de drept, deși guvernate de principii și protejând categorii de interese diferite, pot fi aplicate deopotrivă, concomitent, aceiași raport juridic. În istoria evoluției dreptului, cu precădere în dreptul roman, cele două tipuri de răspundere se contopeau. Cu toate acestea, astăzi, majoritatea sistemelor de drept ale lumii recunosc această netă diferență între răspunderea penală - o răspundere personală, ce se îndreaptă împotriva celui care a comis fapta prevăzută de legea penală, și răspunderea civilă - răspundere cu repercusiuni asupra patrimoniului persoanei care a comis fapta ilicită, constând în obligația de a repara prejudiciul produs.

Plecând de la principiul că legea penală sancționează acele conduite sociale considerate de legiuitor ca fiind de o gravitate ridicată, ne punem întrebarea rezonabilă, la care vom încerca să construim o soluție în cele ce urmează: cum poate fi o conduită considerată licită în sistemul dreptului civil (prin intermediul instituției simulației), dar în același timp să poată fi sancționabilă în sistemul dreptului penal (prin intermediul falsului în înscrisuri sub semnătură privată)? Cu alte cuvinte, pare contraintuitiv ca aceeași faptă să fie considerată contrară legii în viziunea unei ramuri de drept care sancționează acele conduite sociale considerate ca având cel mai înalt grad de gravitate, dar să fie considerată în același timp permisă potrivit ramurii de drept ce guvernează raporturile juridice patrimoniale și nepatrimoniale dintre acele persoane, aflate pe poziție de egalitate juridică. Chiar Louis Josserand, la începutul deceniului al patrulea al secolului trecut se întreba, pe bună dreptate, „cum a putut minciuna [...] să intre în grațiile puterilor publice? Cum, prin ce aberație a devenit generatoare de drepturi, ea – care este negarea dreptului, care constituie contrariul său? Lucrul pare cu atât mai greu de crezut cu cât, dince în ce mai mult, legislațiile contemporane se orientează nu către clandestinitate și către mister, ci către publicitate; intensificarea măsurilor de publicitate reprezintă unul dintre marile curente juridice actuale”¹. O asemenea problemă a fost tratată ca atare inclusiv în dreptul românesc, în cadrul interogației dacă „nu cumva legea este, în acest caz cel puțin, contrară preceptelor moralei? Nu cumva legiuitorul, reglementând binevoitor simulația, încurajează comportamentul fraudulos, «instigă» la un astfel de comportament? În sfârșit, nu cumva același legiuitor ar trebui să reevalueze «luminile și umbrele» simulației, pendularea ei între exigențele contradictorii ale secretului și ale adevărului, și să propună o nouă soluție de reglementare a ei?”². Prin prezenta lucrare, vom încerca să căutăm raționamentul din spatele adoptării de către legiuitorului român a acestei politici legislative, alături de eventualele diferențele

¹ L. Josserand, *Le mensonge, la simulation et la dissimulation en tant que facteurs de droit*, în L. Josserand, *Évolutions et actualités. Conférences de droit civil*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1936, p. 112 – 133; M. B. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil, Cartea Românească, București*, f.a. (probabil 1921, după cum rezultă din „Cuvântul-înainte”), p. 467.

² Fl. A. Baias, *Simulația. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Rosetti, București, 2003, p. 20.

de sfere de incidență a celor două instituții, precum și posibilele soluții cu privire la interpretarea textelor de lege.

2. Analiza reglementării civile

Din reglementarea oferită de Codul civil (art. 1289- art. 1294), putem extrage că simulația reprezintă acea operațiune juridică, excepție de la opozabilitatea efectelor contractului, prin care părțile disimulează voința reală a acestora prin încheierea simultană a două acorduri, dintre care unul public (prin care părțile creează o aparență, o situație juridică necorespunzătoare adevărului), iar celălalt acord este secret (constituie adevărata înțelegere a părților, voința reală a acestora).

Pentru a exista, simulația trebuie să îndeplinească, în mod cumulativ, trei condiții, astfel: (1) trebuie să existe două acte juridice, dintre care unul public și unul secret; (2) trebuie să existe intenția părților de a simula (acordul simulatoriu); (3) actul secret trebuie să fie anterior sau concomitent cu actul public³. Ideea de acord simulatoriu sugerează o reprezentare comună a părților, anterioară încheierii actului public și a actului secret, reprezentare comună în care părțile [se înțeleg] să orchestreze întreaga operațiune a simulației, adică să imagineze toate manoperele prin care se va disimula adevărata relație dintre ele față de terți. Acordul simulatoriu este sinonim cu intenția părților de a simula și constă în voința lor ca acea operațiune juridică să producă toate efectele juridice specifice simulației⁴. A treia condiție privind simulația (actul secret trebuie să fie anterior sau concomitent cu actul public) este necesară deoarece dacă actul secret ar fi ulterior, acesta ar modifica sau revoca actul public și nu ar mai fi vorba de o simulație⁵. Cu toate acestea, în doctrină se subliniază faptul că, deși manifestarea de voință secretă trebuie să fie anterioară actului public, părțile pot încheia înscrisul constatator (*instrumentum*) ulterior⁶.

Autori consacrați în domeniul dreptului civil oferă simulației o definiție metaforică: “o minciună concertată”, “o dedublare de contracte”⁷. Însăși denumirea acestei instituții este revelatoare cu privire la conținutul acesteia, sugerând deghizarea, ascunderea adevărului de către părți - falsificarea. Codul nostru civil din 2011, în schimb, dezvoltă mult mai pe larg regimul simulației,

³ E. Veress, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ediția 5, Ed. C. H. Beck, București, 2020, p. 86.

⁴ L. Pop, I.-F. Popa, S. I. Vidu, *Drept Civil. Obligațiile*, Ediția a II-a, revizuită și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2020, p. 185.

⁵ C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept Civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ediția a IX-a, revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, 2008, p. 78.

⁶ Fl. A. Băias în lucrarea lucrarea Fl. A. Băias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *Codul Civil. Comentariu pe articole*, Ediția 3, Ed. C. H. Beck, București, 2021, p. 1537.

⁷ Ph. Malaurie, L. Aynes, *Cours de droit civil. Les obligations*, Ed. Cujas, Paris, 1999-2000, pag. 375 apud L. Pop, I. F. Popa, S. I. Vidu, op. cit., p. 217.

după modelul italian, pe care l-a preluat⁸. Astfel, conform prevederilor art. 1.289 alin. (1) C. civ., „*contractul secret produce efecte numai între părți și, dacă din natura contractului ori din stipulația părților nu rezultă contrariul, între succesorii lor universali sau cu titlu universal*”. Din acest spirit îngăduitor, manifestat în legislație, rezultă impresia, pe bună dreptate surprinsă de către un autor, că „există o simulație neprihănită, care nu face rău nimănui și pe care, prin urmare, nu avem nici un interes să o înlăturăm”⁹. Desigur, Codul civil oferă propriile sancțiuni în cazul în care părțile simulației se abat de la ordinea publică, bunele moravuri, sau în ipoteza în care scopurile urmărite de acestea sunt ilicite. Sancțiunea specifică simulației este inopozabilitatea față de terții de bună-credință a actului secret consfințit. Legiuitorul consideră că nu trebuie sancționată simpla intenție a părților de a ascunde realitatea raportului juridic dintre acestea. Sancțiuni civile mai „agresive” intervin în ipoteza în care acest „drept de a simula” pe care legiuitorul îl recunoaște părților este exercitat abuziv: fraudă intereselor terților, fraudă la lege sau nulitatea simulației.

Cercetările realizate de-a lungul timpului au reușit să contureze varii forme de concretizare a simulației. Dintre acestea, cel mai frecvent menționate sunt deghizarea prețului într-o înstrăinare, interpunerea unei persoane, convenirea unei vânzări fictive către un terț de încredere în scopul sustragerii de la executarea silită ori mascarea unei donații în vânzare, în vederea ocrotirii rezervei succesoriale a moștenitorilor¹⁰.

3. Analiza reglementării penale

Codul penal român în vigoare statuează că falsul în înscrisuri sub semnătură privată poate fi comis și prin disimularea adevărului din conținutul acestuia. Astfel, conform art. 322 din Codul penal, infracțiunea de fals în înscrisuri sub semnătură privată își complinește conținutul constitutiv atunci când o persoană falsifică un înscris sub semnătură privată prin vreunul dintre modurile prevăzute în art. 320 sau art. 321, dacă făptuitorul folosește înscrisul falsificat ori îl încredințează altei persoane spre folosire, în vederea producerii unei consecințe juridice. Analizând textele la care face trimitere articolul ce reglementează infracțiunea în discuție, anume falsul material în înscrisuri oficiale și Falsul intelectual, putem trage concluzia că falsul în înscrisuri sub semnătură privată presupune falsificarea prin contrafacerea scrierii ori a subscrierii sau prin alterarea lui în orice mod, de natură să producă consecințe juridice, ori prin atestarea, cu prilejul întocmirii acestuia, a unor fapte sau împrejurări necorespunzătoare adevărului ori prin omisiunea cu știință de a insera unele date sau împrejurări.

Observăm, deci, că în modalitatea elementului material a “atestării unor fapte sau împrejurări

⁸ Fl. A. Baias, V. Cîlțea, *Acțiunea în declararea simulației*, în RRDP, nr. 4/2018, p. 210.

⁹ Al. Degré, *Scrieri juridice*, vol. I, Materii de drept civil, Editura Tipografiei Gutenberg, Joseph Göbl, București, 1900, p. 321.

¹⁰ Fl. A. Baias, *Simulația. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Rosetti, București, 2003, p. 229 – 262.

necorespunzătoare adevărului” extrasă din textul aferent falsului intelectual, infracțiunea de fals sub semnătură privată îmbracă forma unei simulații.

4. Indici de soluționare

4.1. Evoluția legislativă penală - semn al intenției legiuitorului de a reglementa aceasta problematică

Art. 322 din noul Cod penal (falsul în înscrisuri sub semnătură privată) are corespondent în incriminarea din art. 290 din Codul penal din 1969. Spre deosebire de reglementarea anterioară, în noul Cod penal se arată că înscrisul sub semnătură privată este falsificat fie prin modurile prevăzute la art. 320 din Codul penal actual referitoare la falsul material în înscrisuri oficiale (prin contrafacerea scrierii ori a subscrierii sau prin alterarea lui în orice mod, de natură să producă consecințe juridice), fie prin modurile prevăzute la art. 321 din Codul penal actual referitoare la falsul intelectual (prin atestarea unor fapte sau împrejurări necorespunzătoare adevărului ori prin omisiunea cu știință de a insera unele date sau împrejurări, cu prilejul întocmirii acestuia). Astfel, infracțiunea avea ca premisă existența unui înscris sub semnătură privată, care putea fi falsificat doar prin modalitățile prevăzute pentru falsul material în înscrisuri oficiale, aspect ce reiese din faptul că art. 290 din Codul penal din 1969 făcea trimitere numai la art. 288, nu și la art. 289 referitor la falsul intelectual.

Toate aceste modificări legislative aduse odată cu noul Cod penal ne conduc spre concluzia că legiuitorul român a urmărit ca falsul în înscrisuri sub semnătură privată să poată fi comis și sub modalitatea unei „minciuni a părților” regăsită în înscrisurile sub semnătură privată. De ce a dorit legiuitorul să schimbe paradigma de incriminare a acestei infracțiuni? Putem fi în prezența unei „scăpări a legiuitorului”? A omis legiuitorul faptul că legislația civilă reglementează aceeași problematică, dar în cadrul acesteia conduita considerată licită? Nu putem pleca de la premisa că legiuitorul nu a fost atent, fiind nevoiți să cautăm înțelesul acestor două reglementări¹¹.

4.2. Autoritatea de lucru judecat a penalului asupra civilului

Din câte am putut observa în începutul acestei lucrări, scopul răspunderii penale este diferit de scopul răspunderii civile, dar asta nu înseamnă că cele două nu pot fi cumulate, ba chiar cu privire la același raport juridic. Acest lucru este posibil în situația în care fapta ilicită (cauzatoare de prejudiciu – element constitutiv al răspunderii civile delictuale) reprezintă totodată și o faptă prevăzută de legea penală și care îndeplinește trăsăturile esențiale ale infracțiunii: tipicitatea (prevederea în legea

¹¹ [Fals simulat sau simulatie falsă? - JURIDICE](#)

penală), caracterul nejustificat și imputabilitatea (fapta să fie imputabilă).

Modalitățile prin care o persoană poate să atragă răspunderea constând în repararea prejudiciului cauzat sunt în număr de două. Aceste două modalități scot în evidență pe de-o parte autonomia materială și procedurală dintre dreptul penal și dreptul civil, dar, în același timp, reprezintă, probabil, cea mai clară evidență a legăturilor strânse dintre acestea. Astfel, pe de-o parte, există posibilitatea ca în cadrul procesului penal persoana vătămată să se constituie ca parte civilă (lucru posibil până la momentul începerii cercetării judecătorești, exercitând acțiunea civilă în cadrul procesului penal. În această variantă, instanța se va pronunța prin aceeași hotărâre asupra ambelor acțiuni. Cea de-a doua variantă este aceea de a introduce acțiunea privind repararea prejudiciului cauzat prin infracțiune la instanța civilă competentă, urmând procedura civilă.

O chestiune de mare importanță este aceea că, așa cum reiese din art. 28 alin. (1) din Codul penal, hotărârea definitivă a instanței penale are autoritate de lucru judecat în fața instanței civile care judecă acțiunea civilă separată, cu privire la existența faptei și a persoanei care a săvârșit-o. În contrast, hotărârea definitivă a instanței civile prin care a fost soluționată acțiunea civilă nu are autoritate de lucru judecat în fața organelor judiciare penale cu privire la existența faptei penale, a persoanei care a săvârșit-o și a vinovăției acesteia, conform art. 28 alin. (2) din Codul penal. Aplicând aceste date problematicii supuse analizei, ar rezulta că hotărârea definitivă a instanței penale cu privire la reținerea infracțiunii de fals în înscrisuri sub semnătură în modalitatea atestării unor fapte sau împrejurări necorespunzătoare adevărului va avea autoritate de lucru judecat cu privire la existența faptei și a persoanei care a săvârșit-o în fața instanței civile care ar judeca separat consecințele negative, prejudiciabile ale unei simulații din moment ce această modalitate de comitere a infracțiunii de fals este considerată o simulație.

4.3. Gravitatea calificată prin scopul urmărit de părți

În cazul dreptului penal, izvorul natural este reprezentat de necesitatea apărării valorilor sociale, determinată de gravitatea și de frecvența faptelor care vatamă sau pun în pericol aceste valori. Sancțiunile prevăzute de legea penală sunt diferite de sancțiunile prevăzute de celelalte ramuri de drept (nulitate, inopozabilitate, considerarea unei clauze ca fiind nescrisă etc.)

Astfel, sancțiunile prevăzute de legea penală au atât un rol preventiv-educativ, cât și un rol sancționator. Obiectul dreptului penal este reprezentat de acele relații sociale, considerate de maximă importanță, astfel că această ramură de drept reglementează acele conduite considerate de legiuitor ca fiind foarte grave.

Faptul că legiuitorul nu a sancționat în dreptul privat (civil) o conduită prin care părțile ascund realitatea juridică dintre acestea, dar a ales să o sancționeze în cadrul dreptului public (penal), nu

poate să însemne altceva decât că s-a urmărit a se sancționa nu simplul acord simulatoriu dintre părți, ascunderea, minciuna cu privire la realitatea juridică dintre acestea, ci s-a dorit sancționarea pe tărâm penal a acestei conduite atunci când este însoțită de un scop ilicit. Acest scop ilicit poate lua nenumărate forme, însă cel mai adesea părțile încheie un înscris sub semnătură privată fie pentru a ascunde proveniența frauduloasă a unor foloase necuvenite, fie pentru a înlesni sau ascunde comiterea unei infracțiuni (dare de mită, luare de mită, înșelăciune, spălare de bani, evaziune fiscală).

5. Analiza jurisprudenței și a doctrinei

Jurisprudența sub imperiul vechiului Cod penal a statuat că se reține infracțiunea de fals în înscrisuri sub semnătură privată în sarcina unor persoane care, în vederea disimulării săvârșirii unor infracțiuni de corupție, întocmeau înscrisuri sub semnătură privată prin care creau aparența unor operațiuni juridice în vederea ascunderii originii foloaselor obținute. Argumentele părților în litigiu, deși se bazau pe faptul că legea penală de la acel moment nu prevedea în elementul material al infracțiunii de fals în înscrisuri sub semnătură privată această modalitate de comitere, instanțele au respins aceste argumente. Astfel, am putea considera că, modificarea legislativă survenită ulterior s-a bazat pe jurisprudența constantă de la acea vreme.

Autori reputați în domeniul dreptului penal au considerat că se va reține această modalitate a elementului material al infracțiunii de fals intelectual și atunci când falsul intelectual îmbracă forma unei simulații. În dreptul civil părțile pot încheia un contract simulat prin care creează o aparență juridică ce nu corespunde realității, sancțiunea fiind aceea că terților nu le poate fi opusă situația juridică consimțită prin contraînscrisul secret, ci doar situația juridică ce rezultă din contractul public, aparent. Dacă actul simulat este întocmit de un funcționar public în exercitarea atribuțiilor de serviciu, și el e de natură să producă efecte juridice, fapta poate intra sub sfera ilicitului penal și ca atare se poate reține infracțiunea de fals intelectual¹².

Cu toate acestea, în privința falsului în înscrisuri sub semnătură privată nu ne regăsim în prezența unui subiect activ circumstanțiat, așa cum se întâmplă în cazul falsului intelectual. Astfel, am putea trage concluzia că vom reține infracțiunea de fals în înscrisuri sub semnătură privată în ipoteza în care cele două părți întocmesc un înscris sub semnătură privată care atestă fapte sau împrejurări necorespunzătoare adevărului, dacă făptuitorul folosește înscrisul falsificat sau îl încredințează unei persoane spre folosire, în vederea producerii unei consecințe juridice. Or, aceasta este și ipoteza simulației. Părțile încheie două acte juridice, dintre care unul secret care să guverneze realitatea

¹² Rotaru C., A.-R. Trandafir, V. Cioclei, *Drept penal, Partea specială II*, Ediția a VI-a. Ed. C.H. Beck, p. 399.

juridică dintre acestea, ceea ce înseamnă că înscrisul public sub semnătură privată încheiat nu atestă conținutul adevăratului raport juridic.

6. Elemente de drept comparat

Mentalitatea care permite astăzi simulația era specifică și societății romane. Și aici erau deghizate donațiile în contractele de vânzare pentru a se evita o prohibiție de a dona¹³ sau o incapacitate de a dona. Ca urmare, și regula inefectivității actului simulat - a inopozabilității - și-a făcut loc în dreptul roman și a fost inclusă în final în Codex Iustiniani – titlul 4.22 (la art. 4.22 par. 3 se prevedea: *acta simulata veritatis substantiam mutare non passunt*). Dreptul postmedieval a avut de a face cu o recrudescență a fenomenului simulației și aceeași a fost optica juridică în privința efectelor operațiunii. Actul simulat era inefectiv (văzut ca un *corpora sine spiritu et cadavera sine anima*). Treptat însă, sub influența dreptului canonic, s-au operat distincții majore între categoriile actelor simulate, observându-se și că simulația poate servi unor scopuri nobile. În secolul al XIX-lea, optica a devenit similară cu cea de astăzi: actul simulat nu trebuie să fie văzut de plano ca invalid, dar nu poate fi opus terților față de contract.

Fenomenul simulației este astăzi universal regăsit în dreptul comparat. În *common law*, chestiunea simulației este analizată numai din perspectiva recaracterizării actului. Așadar, simulația este o chestiune care ține mai degrabă de interpretarea voinței părților decât o operațiune juridică având un conținut complex¹⁴. În dreptul german, simulația este reglementată diferit: actul public menit să ascundă realitatea unui act secret este declarat nul¹⁵. Exact aceeași optică se regăsește în dreptul austriac. În schimb, în dreptul francez, actul public este singurul opozabil terților, iar cel secret produce efecte între părți (vechiul art. 1321 din Codul civil francez a fost înlocuit, într-o formă mai clară, de un nou art. 1201, cu același sens). Identic este văzută situația în dreptul italian (art. 1414-1417 din Codul civil italian)¹⁶, care a exercitat o influență semnificativă asupra actualei reglementări în dreptul nostru.

Astfel, reglementările europene în materie diferă. Optica dreptului român s-a raliat direcției dreptului francez și italian, actul public fiind opozabil terților, iar actul secret produce efecte între

¹³ V. Zimmermann, p. 646 urm. apud. L. POP, I. F. POPA, S. I. VIDU, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ediția a II-a, revizuită și adăugită, 2020, p. 179.

¹⁴ V. Chitty on Contracts, v. I, nr. 5-111 și nr. 12-117, 12-121, 12-123, 12-124, 12-125 apud. L. POP, I. F. POPA, S. I. VIDU, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ediția a II-a, revizuită și adăugită, 2020, p. 180.

¹⁵ V. J. Ellenberg, în Palandt, p. 94, com. sub 117 BGB apud. L. POP, I. F. POPA, S. I. VIDU, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ediția a II-a, revizuită și adăugită, 2020, p. 180.

¹⁶ V. M.A. Livi, în Rescigno, v. I, p. 2904 urm., com. sub art. 1414-1417 C.civ.it. apud. L. POP, I. F. POPA, S. I. VIDU, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ediția a II-a, revizuită și adăugită, 2020, p. 180.

părți. În ceea ce privește reglementarea în sfera penală, acestea se aseamănă cu cea consacrată în Codul nostru penal. Codul penal francez prevede în art. 441 alin. (7) că, este incriminată și fapta prin care se atestă sau se certifică o stare de fapt inexistentă. Observăm că, asemeni legiuitorului român, legiuitorul francez a incriminat penal fapta de a atesta printr-un înscris o stare necorespunzătoare cu adevărul, dar în același timp a considerat că simulația în sine nu reprezintă o faptă demnă de incriminare, sancțiunile în cazul acesteia fiind caracteristice dreptului civil.

7. Propunere legislativă

În prezent, Codul civil prevede în cadrul art. 1289 alin. (2) că actul secret nu produce efecte nici între părți dacă nu îndeplinește condițiile de fond cerute de lege pentru încheierea sa valabilă. De asemenea, în art. 1179 sunt enumerate condițiile esențiale necesare pentru validitatea unui contract: capacitatea de a contracta, consimțământul părților, un obiect determinat și licit și o cauză licită și morală. Dintre cele patru condiții de fond esențiale cerute de lege pentru încheierea valabilă a unui contract, o importanță deosebită în contextul supus analizei o reprezintă cerința cauzei licite și morale. Pentru a fi valabilă, cauza actului juridic trebuie să îndeplinească cumulativ următoarele condiții, prevăzute de art. 1236 și art. 1237 din Codul civil: să existe, să fie licită și să fie morală. Cauza nu există când lipsește discernământul sau scopul imediat la încheierea contractului. Cauza este licită când este conformă legii și ordinii publice. De asemenea, cauza este considerată ilicită și atunci când contractul este doar mijlocul pentru a eluda aplicarea unei norme legale imperative. În fine, cerința cauzei morale presupune ca aceasta să nu fie contrară bunelor moravuri, respectiv regulilor de conviețuire socială. În ceea ce privește sancțiunea prevăzută de lege, lipsa cauzei atrage anulabilitatea contractului, cu excepția cazului în care contractul a fost greșit calificat și poate produce alte efecte juridice. Cauza ilicită sau imorală atrage nulitatea absolută a contractului dacă este comună ori, în caz contrar, dacă cealaltă parte a cunoscut-o sau, după împrejurări, trebuia s-o cunoască.

În consecință, concluzia ce ar trebui trasă în ipoteza în care părțile au urmărit prin acordul simulatoriu să ascundă săvârșirea unor infracțiuni, pe tărâm civil, sancțiunea este nulitatea absolută a actului secret, astfel actul nu ar îndeplini o condiție de fond esențială (cauza licită), urmând a fi privat de producerea de efecte juridice valabile chiar și între părți. Pentru a înlătura orice dubiu, consider că reglementarea civilă ar trebui să fie mai concretă, fiind înlăturate dubiile cu privire la eventuala concordanță dintre Dreptul civil și Dreptul penal.

Astfel, o variantă de normă juridică civilă ar fi: **„Cu toate acestea, dacă părțile recurg la încheierea unui acord secret în scopul ascunderii săvârșirii unor infracțiuni, respectivul act este lovit de**

nulitate absolută.” Această propunere legislativă ar putea fi adoptată în ipoteza în care, legiuitorul dorește menținerea drept valabilă, licită, de principiu, instituția simulației.

Cu toate acestea, legiuitorul ar putea adopta și o viziune mai tranșantă, interzicând de plano simulația. După cum am observat, cauza simulației poate fi una licită, ba chiar nobilă, astfel încât o eventuală intervenție a legiuitorului în vederea trecerii sub sfera ilicitului a instituției simulației ar putea părea nu numai inoportună, ci exagerată. Însă, în înțelepciunea sa, legiuitorul, în momentul în care edictează normal juridice, trebuie să pornească de la realitatea socială, de la consecințele pe care le va produce în societate respectiva reglementare.

De asemenea, un aspect important demn de a fi avut în vedere de către legiuitor este legat de punerea în balanță a efectelor pozitive cu cele negative. Întrebarea esențială ce se naște în mintea sa ar trebui să fie: „Ce prevalează? Protejarea anumitor acte secrete ce urmăresc scopuri licite sau nobile sau prevenirea producerii unor consecințe grave în societate, de la ascunderea unor venituri obținute ilicit și îmbrăcarea acestora într-o haină licită, până la ascunderea unor infracțiuni de o gravitate superioară?” O astfel de propunere legislativă incisivă în materie civilă ar putea lua următoarea formă: **„Este sancționat cu nulitatea absolută orice act prin care părțile urmăresc să ascundă adevărata situație juridică ce reglementează raporturile juridice dintre acestea.”**

Reglementarea penală, în prezent, în ceea ce privește falsul în înscrisuri sub semnătură privată statuează că falsificarea unui înscris sub semnătură privată prin atestarea unor fapte sau împrejurări necorespunzătoare adevărului este pedepsită cu închisoarea de la unu la 5 ani. Astfel, reglementarea penală pare a fi mai aproape de propunerea legislativă civilă mai incisivă pe care am detaliat-o mai sus, deși, în prezent, Dreptul civil nu interzice de plano simulația. De aceea, consider că, în materie penală o intervenție a legiuitorului este nu numai de bun augur, ci se impune cu necesitate. Într-adevăr, jurisprudența penală a conturat o anumită direcție în sensul în care textul vizează numai ipotezele ce se circumscriu sferei ilicite, prin ascunderea sau mijlocirea săvârșirii unor infracțiuni. Cu toate acestea, cum în cadrul sistemului nostru de drept jurisprudența nu este izvor de drept, iar legea trebuie să respecte atât principiul previzibilității, cât mai ales să evite exprimările ambigue, consider că legiuitorul ar trebui să reevalueze textul de lege. O propunere în acest sens, care s-ar alia prevederilor legii civile în materie de simulație ar putea avea următoarea construcție: **„Falsificarea unui înscris sub semnătură privată, de către părți, prin atestarea unor fapte sau împrejurări necorespunzătoare adevărului ori prin omisiunea cu știință de a insera unele date sau împrejurări, în scopul ascunderii sau mijlocirii săvârșirii unor infracțiuni ori realizării unui scop ilicit sau producerii unor consecințe juridice ilicite, se pedepsește cu închisoarea de la unu la 5 ani.”**

8. Simulația în diferite ramuri de drept

8.1. Simulația în dreptul comercial

Simulația în Dreptul comercial poate îmbrăca diverse forme. Cu toate acestea, în practică, una dintre cele mai des întâlnite forme de simulație se circumscrie ipotezei în care există un acționar cu un număr redus de acțiuni, iar un altul cu restul acțiunilor. Problematika se concentrează pe analiza încălcării prevederilor referitoare la pluralitatea de asociați printr-o simulație.

Legea nr. 31/1990 conține numeroase prevederi ce reglementează numărul minim sau maxim de asociați. Ca regulă, conform art. 4 din Legea nr. 31/1990, societatea va avea cel puțin doi asociați, în afara de cazul când se prevede altfel, înregistrarea unei societăți pe acțiuni cu un singur acționar nefiind îngăduită de lege decât aceluiași societăți cu capital integral sau majoritar de stat. Astfel, prin subscrierea de către o persoană a unui număr redus de acțiuni pentru a atinge numărul minim legal de acționari se încadrează în liniile trasate de instituția simulației, acționarul cu un număr redus de acțiuni fiind doar un interpus. Întrebarea ce se impune a fi ridicată este legată de posibilitatea intervenirii nulității societății ca urmare a simulației pe temeiul art. 1292 din Codul civil raportat la art. 56 litera h), coroborat cu art. 196 (2) din Codul civil.

În materie civilă, sancțiunea este inopozabilitatea actului secret față de terții de bună-credință, alături de posibilitatea de a o invoca atunci când aceasta le profită sau când le vatamă drepturile. În materie comercială, cu privire la simulația supusă analizei, sancțiunea nu e inopozabilitatea acordului ascuns, ci doar stoparea stării secrete, mai concret scoaterea la iveală a fictivității participării acționarului simulat la capitalul social, fapt ce duce la anularea societății.

Cu toate acestea, simulația în această materie pare inofensivă, nefiindu-le încălcate terților vreun drept sau interes. Astfel că eventuala eludare a art. 10 alin. (3) din Legea nr. 31/1990 nu poate fi sancționată cu nulitatea societății, iar urmările admiterii acțiunii în declararea simulației ar trebui limitată la constatarea adevăratei situații juridice a societății. Legea nr. 31/1990 prevede art. 228 alin. (1) lit. b), că societatea pe acțiuni se dizolvă în cazul în care numărul acționarilor scade sub minimul legal și acesta nu este completat în termen de 9 luni de la data constatării reducerii. Cu toate acestea, dacă se recurge la dizolvarea societății pe acțiuni din cauza nerespectării numărului minim de acționari, personalitatea juridică va subsista, în ciuda faptului că există un singur acționar, până când se îndeplinește ultimul act de lichidare, așa cum rezultă din art. 233 alin. (3) din Legea nr. 31/1990¹⁷.

¹⁷ [Numărul de asociați. Simulația pluralității - JURIDICE](#)

8.2. Simulația în Dreptul procesual civil

Simulația poate îmbrăca multe forme în Dreptul procesual civil, însă cel mai grăitor exemplu este edictat în cadrul art. 221 din Codul de procedură civilă privind amânarea judecării prin învoiala părților. Norma prevede că amânarea judecării în temeiul învoielii părților nu se poate încuviința decât o singură dată în cursul procesului. După o asemenea amânare, dacă părțile nu stăruiesc în judecată, aceasta va fi suspendată și cauza va fi repusă pe rol numai după plata taxelor de timbru, potrivit legii. Totodată, în alin. (3) al aceluiași art. se prevede că instanța este obligată să cerceteze dacă amânarea cerută de părți pentru un motiv anumit nu tinde la o amânare prin învoiala părților, fiind socotită ca atare cererea de amânare la care cealaltă parte s-ar putea împotrivi.

Astfel, legea permite părților să solicite amânarea judecării fără a fi necesar să dea o justificare. De obicei, acestea încearcă o împăcare sau nu sunt pregătite în momentul respectiv să se judece. Această amânare prin acordul părților, deci fără a fi provocată de ceva, se poate da o singură dată în cursul procesului. Dacă părțile, după ce au cerut o astfel de amânare, solicită tot o amânare prin acord, înseamnă că nu se regăsim una dintre caracteristicile procesului, anume contradictorialitatea, caz în care instanța va suspenda procesul. Interesul părților în a masca eventuala înțelegere privind amânarea de comun acord a judecării rezidă din caracterul sancționator pecuniar pe care legea îl prevede pentru ca dosarul să fie repus pe rol, trebuind să achite 50% din taxa de timbru plătită inițial. Sigur, dacă taxa este de o valoare redusă sau dacă suntem în prezența unui proces unde nu este solicitată plata unei taxe de timbru, acest lucru este lipsit de importanță, însă dacă taxa se stabilește la valoare, părțile ar putea avea intenția de a simula creând aparența unei amânări pentru alte motive decât învoiala acestora. Legea procesuală civilă prevede că dacă o parte invocă un alt motiv de amânare, iar cealaltă parte nu se opune pentru a crea impresia că este incident un alt motiv de fapt, instanța va fi obligată să cerceteze dacă amânarea cerută de părți pentru un anumit motiv nu tinde la o amânare tot prin învoiala părților și să constate că este în prezența unei simulații veritabile.

Dacă instanța va ajunge la concluzia că părțile au simulat o astfel de amânare, aceasta se va putea opune solicitării părții. În plus, legea prevede că va fi socotită ca atare cererea de amânare la care cealaltă parte s-ar putea împotrivi, dar nu o face. Spre exemplu, una dintre părți solicită amânarea pentru a-și putea angaja un avocat, întrucât mandatul avocatului a încetat, dar în concret se observă că mandatul a încetat prin revocarea lui de către parte cu mai puțin de 15 zile înaintea ședinței de judecată. Acesta un caz pe care partea și l-a asumat, nu a fost o denunțare a avocatului. Cu toate acestea, cealaltă parte susține că este de acord să se amâne judecata și în asemenea condiții. Această problemă se va aprecia, în concret, de către instanță, analizând situația de fapt și raporturile dintre părți. Astfel, constatăm că în ramura Dreptului procesual civil instituția simulației nu este privită ca o îngăduință a legiuitorului. Adoptarea acestei poziții a legiuitorului poate avea drept rațiune caracterul imperativ al normelor de procedură, alături de interesul public în vederea

soluționării cu celeritate a pricinilor deduse judecății, având totodată în vedere și bogata jurisprudență a Curții Europene a Drepturilor Omului formată în jurul art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

8.3. Simulația în Dreptul familiei

În Dreptul familiei, probabil cel mai elocvent caz de simulație este reprezentat de căsătoria fictivă. Codul civil oferă cadrul legal în ceea ce privește această problematică de interes. Astfel, art. 295 din Codul civil prevede că este lovită de nulitate absolută căsătoria încheiată în alte scopuri decât acela de a întemeia o familie. În doctrină, căsătoria fictivă mai este cunoscută și sub denumirea de căsătorie simulată. Surprinzătoare este însă opțiunea legiuitorului de a sancționa cu nulitatea absolută această simulație, în condițiile în care în art. 1289 din Codul civil se prevede că acordul secret produce efecte numai între părți și, dacă din natura contractului ori din stipulația părților nu rezultă contrariul, între succesorii lor universali sau cu titlu universal. Legiuitorul român a fost vigilant, astfel că a tratat în cadrul art. 1294 problematica actelor juridice nepatrimoniale, statuând că dispozițiile referitoare la simulație nu se aplică actelor juridice nepatrimoniale¹⁸. Un astfel de act juridic nepatrimonial este căsătoria, alături de o altă instituție de Dreptul familiei, anume adopția. Astfel, analizând simulația în privința căsătoriei, trebuie să ne îndepărtăm de reglementarea oferită de Codul civil în art. 1289-1293. Putem considera, așadar, că ipoteza de simulație oferită de art. 295 din Codul civil este un caz aparte, izolat de simulație, fapt ce explică și opțiunea legiuitorului de a-i oferi o sancțiune specifică: nulitatea absolută acăsătoriei astfel încheiate.

Desigur, faptul că legiuitorul a recurs la acest artificiu legislativ nu ne oprește în demersul nostru de a creionare regimul extrem de colorat al acestei instituții, ci dimpotrivă. Faptul că simulația este tratată în atât de multe ramuri de drept, iar de fiecare dată fizionomia acesteia cunoaște modificări, unele dintre acestea surprinzătoare chiar, întărește ideea de la care am pornit - simulația se află pe muchia dintre licit și ilicit.

9. Concluzii

Rațiunea legiuitorului de a reglementa diferit aceeași tipologie de conduită în ramuri de drept distincte, alături de sancționarea diferită a acestora (în conformitate cu măsurile și remediile specifice fiecărei ramuri), nu poate să ne conducă, în lipsa altor indicii privind modul în care ar trebui interpretată unitar această contradicție, decât la concluzia că, în momentul incidenței unei

¹⁸ Fl. A. Baias, Comentariu sub art. 1.294 C. civ. în Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, ediția a 2-a revizuită și adăugită, C.H. Beck, București, 2014, p. 1443.

astfel de conduite, este necesar a fi stabilit scopul pentru care părțile urmăresc să ateste prin respectivul înscris o situație necorespunzătoare adevărului, neconformă realității juridice. În funcție de acest scop urmărit de către părți vom putea evalua caracterul ilicit, demn de a fi sancționat penal, or, dimpotrivă, vom constata că raportul juridic respectiv este unul de drept privat pur, neaducând atingere relațiilor sociale protejate prin reglementările în materie penală. Așadar, concluzia la care ajungem analizând reglementările incidente nu atât în litera, cât mai ales în spiritul legii, este aceea că nu orice denaturare a adevărului dintr-un înscris sub semnătură privată ar atrage incidența prevederilor art. 322 din Codul penal, ci doar aceea care urmărește prin ea însuși realizarea unui scop ilicit sau producerea unor consecințe juridice ilicite.

Toate acestea ne fac să privim coloristica instituției simulației din multiple și diverse unghiuri, urmărind de fiecare dată atât rațiunea din spatele politicii legiuitorului constând în modul de reglementare a respectivei conduite, cât, mai ales, scopul avut de către părți în momentul în care au recurs la simularea adevăratei situații juridice ce le reglementează raporturile. Așadar, putem conchide că, în funcție de toate aceste nuanțe, simulația se află pe puntea dintre ilicit civil și ilicit penal.

Bibliografie:

Resurse tipărite:

1. Fl. A. Baias, *Simulația. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Rosetti, București, 2003.
2. Fl. A. Baias, V. Cîlțea, *Acțiunea în declararea simulației*, în RRDP, nr. 4/2018.
3. Fl. A. Baias în *Lucrarea lucrarea* Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *Codul Civil. Comentariu pe articole*, Ediția 3, Ed. C. H Beck, București, 2021.
4. Liviu Pop, Ionuț-Florin Popa, Stelian Ioan Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ediția a II-a, revizuită și adăugită, 2020
5. Ph. Malaurie, L. Aynes, *Cours de droit civil. Les obligations*, Ed. Cujas, Paris, 1999-2000
6. C. Rotaru, A.-R. Trandafir, V. Cioclei, *Drept penal, Partea specială II*, Ediția a VI-a. Ed. C.H. Beck
7. E. Veress, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ediția 5, Ed. C. H. Beck, București, 2020
8. C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept Civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ediția a IX-a, revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, 2008.
9. Al. Degré, *Scieri juridice*, vol. I, Materii de drept civil, Editura Tipografiei Gutenberg, Joseph

Göbl, București, 1900.

10. L. Josserand, *Le mensonge, la simulation et la dissimulation en tant que facteurs de droit*, în L. Josserand, *Évolutions et actualités. Conférences de droit civil*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1936
11. Codul civil român
12. Codul civil francez
13. Codul civil italian

Resurse digitale:

1. [Numărul de asociați. Simulația pluralității - JURIDICE](https://www.juridice.ro/442555/numarul-de-asociati-simulatia-pluralitatii.html) (disponibil la <https://www.juridice.ro/442555/numarul-de-asociati-simulatia-pluralitatii.html>), accesat la data de 27.02.2023
2. [Fals simulat sau simulație falsă? - JURIDICE](https://www.juridice.ro/816534/fals-simulat-sau-simulatie-falsa.html) (disponibil la <https://www.juridice.ro/816534/fals-simulat-sau-simulatie-falsa.html>), accesat la data de 28.02.2023
3. [Simulația – între legalitate și nelegalitate – ABC Juridic](http://abcjuridic.ro/simulatia-intre-legalitate-si-nelegalitate/) (disponibil la <http://abcjuridic.ro/simulatia-intre-legalitate-si-nelegalitate/>), accesat la data de 28.02.2023
4. [Simulația și buna-credință: o contradicție în termeni? – Buletinul Notarilor Publici](https://buletinulnotarilor.ro/simulatia-si-buna-credinta-o-contradictie-in-termeni/#_ftnref8) (disponibil la https://buletinulnotarilor.ro/simulatia-si-buna-credinta-o-contradictie-in-termeni/#_ftnref8), accesat la data de 28.02.2023

Reglementarea doctrinei *piercing the corporate veil* în dreptul român. Perspective practice

Statutory framework of the piercing the corporate veil doctrine in Romanian law. Practical views

Cadre législatif de la doctrine de la percée du voile corporatif en droit roumain. Perspectives pratiques

Luka PEROVIĆ - anul IV, grupa 412

Andreea MITROI - anul IV, grupa 401

coordonator: asist. dr. Iulia GOLGOJAN-PĂTRULESCU

PREMIUL II

Rezumat: Acest studiu își propune să analizeze reglementarea în dreptul român a doctrinei piercing the corporate veil și să ofere soluții practice pentru aplicabilitatea mecanismelor existente. Codul Civil reglementează o manifestare a doctrinei piercing the veil care nu a fost, până recent, analizată în practica instanțelor de judecată, însă se dovedește a fi un mecanism mai facil decât cele reglementate în Legea Societăților și Legea Insolvenței. Studiul va surprinde reglementarea în dreptul român a conceptelor unității de interes și a teoriei societății fictive, apărute și dezvoltate de sistemul common-law. Din perspectivă practică și comercială, lucrarea va analiza riscurile pe care companiile și le asumă atunci când folosesc societăți paravan de tip SPV. Studiul va analiza, de asemenea, diferențele conceptuale și de regim dintre toate cele trei mecanisme pe care legea română le reglementează.

Cuvinte-cheie: ridicarea vălului corporativ, răspunderea asociaților/acționarilor, răspunderea SPV-ului, societate fictivă

Abstract: This study aims to analyse the regulation of the piercing the corporate veil doctrine in Romanian law and to provide practical solutions for the applicability of the existing mechanisms. The Civil Code regulates an application of the piercing the veil doctrine that has not, until recently, been analysed in court practice, but it proves to be a much efficient mechanism than those regulated in the Company Law and the Insolvency Law. The study will analyse the regulation in Romanian law of the concepts of unity of interest and the theory of the fictitious company, which emerged and developed in the common-law system. From a practical and business perspective, the paper will analyse the risks that companies assume when using SPV shell companies. The study will also discuss the conceptual and regime differences between the three mechanisms that Romanian law regulates.

Keywords: piercing the corporate veil, shareholders liability, SPV's liability, fictitious companies

Résumé: Cette étude a pour but d'analyser la réglementation en droit roumain de la doctrine de la percée du voile corporatif et de fournir des solutions pratiques pour l'applicabilité des mécanismes existants. Le Code civil régleme une manifestation de la doctrine de la percée du voile qui n'a pas, jusqu'à récemment, été analysée dans la pratique judiciaire, mais il s'avère être un mécanisme plus facile que ceux réglementés dans le droit des sociétés et le droit de l'insolvabilité. L'étude portera sur la réglementation en droit roumain des concepts d'unité d'intérêt et de la théorie de la société écran, qui sont apparus et se sont développés dans le système de common law. D'un point de vue pratique et commercial, l'étude analysera les risques que les entreprises assument lorsqu'elles utilisent des sociétés écrans SPV. L'étude analysera également les différences conceptuelles et de régime entre les trois mécanismes que le droit roumain régleme.

Mots-clé : percer le voile de l'entreprise, responsabilité des associés/actionnaires, responsabilité des SPV, société écran

1. Introducere

Doctrina “piercing the corporate veil” presupune un mecanism de răspundere a asociaților sau a organelor de conducere ale persoanei juridice pentru datoriile societății. Mecanismul de răspundere își găsește aplicarea în legislația română în Codul Civil, Legea Societăților și Legea Insolvenței.

Importanța subiectului rezidă în practica din mediul afacerilor de a crea societăți de tip SPV¹⁹ pentru a limita răspunderea companiei-mamă, prin crearea unei entități distincte ce acționează în nume propriu, dar care împărtășește, în mod logic, aceleași interese strategice și economice cu societatea constituantă²⁰.

Activitatea de M&A în România reprezintă un factor de interes în evaluarea riscurilor pe care răspunderea personală a asociaților le aduce investitorilor. În ultimul an, activitatea de fuziuni și achiziții a înregistrat o valoare totală a tranzacțiilor de 6.6 miliarde de dolari în cadrul a 258 de tranzacții²¹.

Într-o analiză a jurisprudenței românești pe platforma Sintact²² am identificat, în perioada 2014 - 2022, un număr de 1378 de hotărâri admise în fond, în care instanțele au antrenat răspunderea delictuală a asociaților sau a organelor de conducere în baza art. 169 Legea Insolvenței. Jurisprudența în materia art. 237¹ din Legea Societăților este limitată (sub 50 hotărâri), iar cea în materia Codului Civil este dificil de cuantificat, având în vedere faptul că acesta este adesea folosit ca un argument teoretic, și nu ca un veritabil instrument juridic²³.

Prin urmare, vom analiza acțiunile disponibile la îndemana creditorilor în aplicarea tehnicii piercing the corporate veil, referindu-ne la mecanismele reglementate de Codul Civil, Legea Societăților și Legea Insolvenței. Analiza va avea în vedere posibilitățile de utilizare practică a art. 193 Cod Civil în lumina unor decizii recente ale Curților de Apel în care s-a analizat cu titlu de noutate în jurisprudența noastră, natura juridică a inopozabilității persoanei juridice. De asemenea, vom avea în vedere recursurile în interesul legii în materie de insolvență și alte asemenea surse de informare relevante.

¹⁹ Flavius-Antoniou Baias, *Noul Cod Civil. Comentariu pe articole*; ed. 3; editura C.H. Beck, 2021, București; comentariu la art. 193.

²⁰ Andreea Carare, *Crowdfunding in Romania Needs Domestic Legislation to Be Widely Accessed by Investors*, 30 martie 2022, disponibil la adresa web <https://www.ceelegalmatters.com/romania/19597-crowdfunding-in-romania-needs-domestic-legislation-to-be-widely-accessed-by-investors>, accesat ultima dată la 21.01.2023.

²¹ Raport Ernst & Young Romania, *Romanian M&A market evolution during 2022*, 23 ianuarie 2023, disponibil la adresa web https://www.ey.com/en_ro/news/2023/01/romanian-m-a-market-evolution-during-2022#:~:text=The%20Romanian%20mergers%20and%20acquisitions,%24%206.0bn%20in%202021, accesat ultima dată la 25.01.2023.

²² În identificarea hotărârilor am folosit un set multiplu de filtre de căutare: hotărâri în fond, hotărâri admise, obiectul dosarului: antrenarea răspunderii în baza art. 169 șamd.

²³ Vom analiza, în cele ce urmează, aplicabilitatea practică a art. 193.

Structura lucrării va urma, în primul rând, definirea noțiunii “piercing the corporate veil” prin raportare la tehnica și jurisprudența internațională, în aflarea originilor și mecanismelor de baza ale acestei doctrine. Analiza de drept comparat servește la definirea conceptelor preluate în legislația noastră și la o înțelegere mai eficientă a modului în care funcționează acestea sau ar trebui să funcționeze. În continuare, lucrarea își propune să stabilească specificul în care interferează cele trei reglementări din dreptul românesc și diversele implicații ale acestora în practica judiciară.

2. Doctrina piercing the corporate veil: concept și drept comparat

În cazul *Salomon v. Salomon & Co.* din 1897, s-a definit la nivel principal atributul personalității distincte a societății²⁴. Concret, un producător de marochinărie a creat o societate cu răspundere limitată pentru afacerea sa, entitate care a întâmpinat dificultăți financiare și a intrat în procedura lichidării. Curtea a decis că schimbarea de statut a unei activități economice întreprinse de o persoană fizică, într-o societate cu răspundere limitată, al cărei director este fostul întreprinzător, totodată deținător al majorității părților sociale, nu este în acord cu dezideratele legislației întrucât entitatea astfel creată avea caracter fictiv. Mai mult decât atât, antrenarea răspunderii producătorului pentru obligațiile asumate de societate a condus la nașterea dreptului creditorilor societății de a se îndestula din patrimoniul personal al constituentului.

Doctrina “piercing the corporate veil” își are originea în dreptul anglo-saxon, principiul fiind enunțat în Secțiunea 214 din Legea Insolvenței privind tranzacțiile ilicite în Regatul Unit. Legislația engleză permite extinderea răspunderii organelor de conducere la conducerea *de facto* a societății, denumiți și directorii din umbră. Aceștia pot fi societățile mamă, sau chiar acționarii societății, responsabili de control, care au contribuit la starea de insolvență a societății.

Se permite totodată asociaților să probeze faptul că au luat toate măsurile rezonabile de minimizare a pierderilor potențiale ale creditorilor. Corespondentul în legea română este posibilitatea organelor de conducere de a proba faptul că acțiunile lor nu au contribuit la starea de insolvență.

Cel mai recent caz de referință în dreptul englez este *Prest v. Petrodel*²⁵ în care s-au definit în linii mari coordonatele doctrinei “piercing the veil”. Curtea Supremă a Regatului Unit considera că doctrina se grefează pe principiul “evaziunii”. Instanța va atrage răspunderea debitorului doar atunci când ficțiunea juridică a societății este o interpunere între asociat și creditor. În plus, această

²⁴ Karen Vanderkerckhove, *European Company Law 2: Piercing the Corporate Veil_A Transnational Approach*, editura Kluwer Law International, 2007, Țările de Jos, p. 66, par. 3.6.1.

²⁵ Curtea Supremă a Regatului Unit, cauza *Prest v. Petrodel*, [2013] UKSC 34, disponibilă la adresa web [supremecourt.uk \(https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2013-0004.html\)](https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2013-0004.html), accesat ultima dată la 20.01.2023.

aparență societară ar trebui să procure un avantaj injust asociaților societății, în încercarea de a atrage răspunderea debitorului²⁶.

Curțile americane aplică un test cu două condiții pentru a vedea dacă situația se circumscrie răspunderii personale a asociaților: i) unitatea de interese; ii) rezultatul inechitabil²⁷.

Unitatea de interese presupune ca personalitățile separate ale societății și ale constituenților săi să nu mai existe cu adevărat. Cunoscută sub denumirea de *unity of interests* în doctrina *common law*, instrumentalizarea persoanei juridice se concretizează în confuzia dintre voința membrilor sau a asociaților vinovați de prejudiciu și voința societății²⁸. În analiza lor, Curțile au identificat mulți factori determinanți pentru stabilirea existenței acestei condiții, precum folosirea în scop personal de către constituenți a activelor societății și nerespectarea obligațiilor legale cu privire la administrarea acesteia.

În mod similar, în România, Legea Insolvenței reglementează trei situații în care interesele asociaților sau ale organelor de conducere se confundă cu cele ale societății: a) folosirea bunurilor societății în folos propriu; b) prestarea de activități de producție, comerț sau servicii în interes personal și c) conducerea unei activități care duce la încetarea de plăți în folos personal. Mai mult, Legea Societăților prevede printre domeniile predilecte ale răspunderii asociațiilor, ipoteze similare celor din Legea Insolvenței.

Rezultatul inechitabil presupune ca menținerea aparenței societare fictive să promoveze o fraudă²⁹. Dreptul nostru cuprinde, de asemenea, prevederi referitoare la fraudă atât în Codul Civil, cât și în Legea Societăților, unde fraudă este o condiție esențială în antrenarea răspunderii delictuale a constituenților societății.

Numeroase jurisdicții conțin reglementări asemănătoare mecanismului ridicării vălului corporativ, care se concretizează în angajarea răspunderii oricărei persoane care a contribuit la starea de insolvență a societății. Alte două concepte de drept privat esențiale recunoscute la nivel

²⁶ Denis Hickey, David Richards, *Piercing The Corporate Veil: Supreme Court Clarifies The English Law Position*, 25 septembrie 2013, disponibil la adresa web mondaq.com (<https://www.mondaq.com/uk/corporate-and-company-law/264752/piercing-the-corporate-veil-supreme-court-clarifies-the-english-law-position>), accesat ultima dată la 20.01.2023.

²⁷ Curtea de Apel California, *Robbins v. Blecher*, al doilea district, divizia a V-a, 52 Cal. App. 4th 886, 10 februarie 1997, disponibil la adresa web casemine.com (<https://www.casemine.com/judgement/us/59148238add7b04934491edb>), accesat ultima dată la 20.01.2023.

²⁸ Curtea de Apel California, *Arnold v. Browne*, primul district, divizia a II-a, 27 Cal. App. 3d 386, 23 august 1972, disponibil la adresa web casemine.com (<https://www.casemine.com/judgement/us/5914c719add7b049347dffa9>), accesat ultima dată la 23.01.2023.

²⁹ *Robbins v. Blecher, op. cit.*

internațional sunt **teoria confuziei de patrimonii**, respectiv **teoria societății fictive**³⁰, ce constituie temei în ridicarea vălului corporativ, adesea reglementate prin legile de insolvență aferente.

În Germania, Curtea Supremă a reținut aplicabilitatea doctrinei piercing the corporate veil doar atunci când activele societare sunt tratate de către constituenți drept active personale și sunt uzitate în acest mod³¹. Totuși, Curtea se referă specific la situația în care plățile între societate și terți, respectiv între asociați și terți, sunt atât de "netransparente" încât aparența societară este înlăturată. În această linie de gândire, observăm că teoria confuziei între patrimoniul constituentului și cel al societății se manifestă în cazurile în care nu se poate trasa o delimitare clară între interesele personale și cele societare privitoare la activele societății respectiv, prin utilizarea sau deturnarea de către aceștia a fondurilor societății.

În Franța, legea recunoaște instituția falimentului persoanei fizice, director de fapt sau de drept al societății, care a contribuit la starea de insolvență a societății³². Răspunderea personală a asociaților este angajată în sarcina acestor persoane pentru săvârșirea faptelor prevăzute de art. L653 din Codul Comercial francez, fapte identificate cu precădere și în art. 169 lit. a), b), c), e), f) din Legea română a insolvenței. În lumina acestor dispoziții, reglementările Codului Comercial francez sunt o aplicație a teoriei societății fictive³³.

Totodată, art. 169 lit. g) Legea Insolvenței instituie condiția unei limite de timp în care poate fi săvârșită plata preferențială a unui creditor în dauna restului creditorilor, concretizată în luna precedentă încetării plăților, spre deosebire de legea franceză, care nu limitează în timp fapta de a plăti în mod preferențial anumiți creditori pentru a aplica caracterul sancționatoriu.

Deosebiri de reglementare se remarcă, de altfel, la nivelul lit. d) din Legea română a insolvenței, anume nerespectarea prevederilor legale privind contabilitatea și nepredarea documentelor către administratorul sau lichidatorul judiciar. Legea franceză a abrogat reglementarea privitoare la fapta de a ține o contabilitate fictivă odată cu intrarea în vigoare a Codului Comercial din 2006 și a menținut caracterul sancționator doar pentru persoanele fizice autorizate și alte persoane care prestează o activitate economică.

Constatăm astfel sancționarea aceluiași fapte, săvârșite de persoanele vinovate de starea de insolvență a societății. Un alt element de diferențiere față de reglementarea franceză constă în

³⁰ Spre exemplu Belgia sau Olanda, vezi: Karen Vanderkerckhove, *op. cit.*, p. 42, par. 3.4.2.

³¹ Cheng Han Tan, *Piercing the Corporate Veil: Historical, Theoretical & Comparative Perspectives*, 24 septembrie 2018, disponibil la adresa web papers.ssrn.com (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3254130&download=yes&_cf_chl_tk=IQhAA4D8n8gsEvnZ9Ixm4zCBfbpHnAhpLLva8SUv5o-1677870716-0-gaNycGzNEdA), accesat ultima dată la 02.02.2023.

³² Code de Commerce, L653.

³³ Karen Vanderkerckhove, *op. cit.*, p. 43, par. 3.4.2.

caracterul neexhaustiv al faptelor enumerate de art. 169 lit. a)-g), întrucât lit. h) permite incriminarea oricărei acțiuni săvârșite cu intenție, care a condus la starea de insolvență.

Pe de altă parte, cu scopul de a angaja răspunderea nelimitată a persoanelor vinovate de starea de insolvență, Codul Comercial Francez pune la îndemâna creditorilor sociali acțiunea întemeiată pe insuficiența activelor societății.³⁴ Legea societăților reglementează în mod asemănător acțiunea în răspundere delictuală prin art. 237¹(4) Legea Societăților, împotriva *”asociatului care (...) cunoaște sau trebuia să cunoască faptul că societatea nu va mai fi în măsură să își execute obligațiile”*. Ambele reglementări conduc la rezultate similare, respectiv ridicarea vălului corporatist și îndepărtarea caracterului limitat al răspunderii societății.

Prin urmare, teoria societății fictive rezidă în cazurile de instrumentalizare a persoanei juridice, unde interesul personal al constituenților coincide cu interesul entității (e.g. prestarea de servicii în interes personal sub acoperirea persoanei juridice, contabilitatea fictivă etc.)

Similar celor de mai sus, legislația română reglementează atât teoria confuziei de patrimonii³⁵ în art. 193 (2) Cod Civil unde efectul unității de interes și al fraudei constă în inopozabilitatea personalității juridice, respectiv în art. 169 Legea Insolvenței unde faptele de la lit. a)-h) încorporează situații în care se circumscriu atât confuzia de patrimonii (e.g. *lit. a) dispun de bunurile societății în folos personal*), cât și teoria societății fictive prin instrumentalizarea personalității juridice (e.g. *lit. b) prestarea de servicii în interes personal*), și în art. 237¹ din Legea societăților, unde caracterul limitat al răspunderii persoanei juridice este înlăturat prin fraudă săvârșită de asociați.

3. Reglementarea națională a tehnicii *piercing the corporate veil*

3.1. Codul Civil

Codul Civil prevede un mecanism de ridicare a protecției societare în cadrul “Dispozițiilor Generale” din secțiunea dedicată persoanei juridice. Reglementarea prevede o excepție de la regula conform căreia persoana juridică răspunde pentru obligațiile asumate în limita patrimoniului său propriu.

În termeni practici, excepția de la efectele personalității juridice reprezintă o normă de agravare a răspunderii patrimoniale a constituenților persoanei juridice care se află în raporturi cu terți de bună-credință, însă doar în ipoteza în care aceștia se folosesc în scop ilicit de calitatea de subiect

³⁴ Code du Commerce, L651-2.

³⁵ Fl. A. Baias, *op. cit.*, comentariu la art. 193

de drept a entității. Profesorul Piperea consideră acest caz de separație de patrimonii, simulatoriu sau fals, astfel că, prin invocarea art. 193, operează o confuzie patrimonială³⁶.

Un act fraudulos, un abuz de drept sau un act contrar ordinii publice ascuns sub paravanul răspunderii limitate a persoanei juridice este inopozabil persoanei de bună-credință care a contractat cu aceasta din urmă și îi conferă acestuia posibilitatea să își valorifice un drept împotriva celui care “se ascunde” în spatele acestei personalității juridice viciate.

În vederea antrenării răspunderii patrimoniale nelimitate în sarcina organelor de conducere sau asociaților persoanei juridice, Codul Civil instituie obligativitatea întrunirii a două condiții cumulative:

- a. buna-credință a terțului care intră în raporturi juridice cu persoana juridică;
- b. dovada faptului că invocarea calității de persoană juridică ascunde o fraudă, un abuz de drept sau o atingere adusă ordinii publice³⁷.

De asemenea, art. 193 este o aplicație a principiului unității de interes³⁸, presupunând că voința asociaților se confundă cu voința persoanei juridice până în punctul în care nu există diferență între acestea, aparența societară devenind o simplă fictivitate lipsită de suport practic sau teoretic³⁹.

Unii autori⁴⁰ consideră că norma are caracter strict principial, nefiind de aplicabilitate practică⁴¹. Cu toate acestea, o decizie relativ recentă a Curții de Apel București aplică art. 193 odată cu recunoașterea tehnicii piercing the corporate veil.

Curtea reiterează faptul că aplicarea art. 193 conduce la efectul înlăturării personalității juridice distincte a societății și extinderea răspunderii personale a acționarilor acesteia. Din nefericire, în speța respectivă Curtea nu a analizat în mod concret aplicarea mecanismului, din motivul că reclamantul nu a introdus în proces acționarul persoană-fizică.

Aplicarea doctrinei piercing the veil este recunoscută de doctrina românească în materia Codului Civil. În lucrarea coordonată de prof. Baias, se recunoaște aplicabilitatea practica a art. 193, fiind denumită drept o operațiune de “inopozabilitate a personalității juridice”⁴². Având în vedere acest

³⁶ Gheorghe Piperea, *Fracționarea patrimoniului și segregarea creditorilor*, 8 decembrie 2011, disponibil la adresa web juridice.ro (<https://www.juridice.ro/178161/fracionarea-patrimoniului-si-segregarea-creditorilor.html>), accesat ultima dată la 18.01.2023

³⁷ Fl. A. Baias, *op. cit.*, comentariu la art. 193

³⁸ Idem.

³⁹ Arnold v Browne, *op. cit.*

⁴⁰ Manole Ciprian Popa, *Răspunderea nelimitată a asociaților cu răspundere limitată în baza art. 237¹ din Legea societăților nr. 31/1991*, Revista Română de Drept al Afacerilor 3 din 2017, disponibil la adresa web sintact.ro (<https://sintact.ro/#/publication/151011749?pit=2023-03-02&cm=URELATIONS>), accesat ultima dată la 18.01.2023

⁴¹ Curtea de Apel București, Decizie nr. 1388/2019 din 23-sept-2019, Secția V civilă, disponibilă la adresa web sintact.ro (<https://sintact.ro/#/jurisprudence/533786377/1/decizie-nr-1388-2019-din-23-sept-2019-curtea-de-apel-bucuresti-pretentii-litigii-cu-profesionistii?keyword=piercing%20the%20veil&cm=URELATIONS>), accesat ultima dată la 18.01.2023

⁴² Fl. A. Baias, *op.cit.*, comentariu la art. 193

aspect, suscită interes identificarea modului în care se va manifesta această excepție în cadrul unui proces.

În opinia noastră, inopozabilitatea va avea relevanță în mod prevalent pe tărâm procesual. Considerăm că justificarea celor două condiții ale inopozabilității personalității juridice va produce efecte cu precădere ceea ce privește dovedirea calității procesuale pasive.

Pentru a putea stabili acest tip de răspundere, cum constata și Curtea de Apel, acționarul din spatele persoanei juridice trebuie atras ca parte în proces. Fără participarea acționarului, nu se va putea emite o hotărâre împotriva acestuia, întrucât nu există norme exprese ce i-ar putea face opozabilă hotărârea într-o atare situație, și mai mult, să fie ținut răspunzător pentru prejudiciile create.

Pe plan procedural, art. 248 (4) din Codul de Procedură Civilă reglementează situația în care excepția procesuală poate fi unită cu fondul cauzei, în ipoteza îndeplinirii condițiilor impuse de lege. Judecătorul are facultatea de proceda la acest mecanism în cazul în care soluționarea excepției ar conduce la stabilirea premiselor de fapt necesare soluționării fondului⁴³. Considerăm oportun mecanismul în contextul inopozabilității personalității juridice întrucât stabilirea fraudei sau a abuzului de drept, comportă aceleași implicații cu privire la administrarea probelor, atât în soluționarea excepției lipsei calității procesuale pasive, cât și în soluționarea fondului cauzei.

Considerațiile practice ale respingerii excepției lipsei calității procesuale pasive constau în antrenarea răspunderii asociatului și, soluționarea cu celeritate a cauzei. Prin introducerea acțiunii, reclamantul (i.e. o persoană care a încheiat un contract cu societatea) cheamă în judecată atât persoana juridică cu care a încheiat un contract, cât și pe constituentul acesteia pentru a-și satisface pretenția. Aceasta soluție este promovată chiar de art. 193 (2) Cod Civil, care prevede, în esență, faptul că personalitatea distinctă a societății este înlăturată prin efectul confuziei de patrimonii. Astfel, patrimoniul constituentului devine sursă pentru stingerea obligațiilor asumate de societate în ciuda efectului general al personalității juridice.

3.1.1. Legea Societăților

Legea Societăților reglementează o situație particulară a doctrinei piercing the veil prin raportare la un moment determinat din viața societății, anume dizolvarea sau lichidarea acesteia. În conformitate cu art. 237¹, asociații pot fi trasi la răspundere pentru obligațiile societății dacă se îndelpinesc anumite condiții.

Astfel, reclamantul trebuie să probeze: i) fraudă produsă creditorilor; și ii) abuzul asociatului de caracterul limitat al societății și personalității juridice. Mai mult, Legea Societăților reglementează prin alin. (4) ipotezele predilecte în care valul corporativ al societății va fi ridicat, anume când

⁴³ Gabriel Boroș (coord. colectiv), *Noul Cod de procedură civilă - comentariu pe articole*, Editia a II-a, Hamangiu, 2016, București, p. 658.

asociatul uzează de bunurile societății ca și cum ar fi ale sale sau diminuează activul societar în beneficiu propriu conducând societatea în incapacitate de a plăti datoriile.

Spre deosebire de celelalte reglementări, fraudă nu poate fi substituită cu un abuz de drept sau alte asemenea. Fapta ilicită este delimitată strict la fraudarea creditorilor. Pe de altă parte, faptul că asociatul abuzează de caracterul limitat și personalitatea juridică distinctă este de natură să conducă la “fictivitatea societății”.

Din cuprinsul articolului reiese, în mod logic, dar necesar de menționat faptul că utilizarea unor societăți de tip SPV, care eminemente limitează în mod drastic răspunderea societăților din grupul de companii, nu este de natură să activeze răspunderea asociatilor atât timp cât nu se probează în mod vădit intenția de a fraudă creditorii prin diverse mijloace.

Ipotezele factice enumerate de alin. (4) nu sunt limitative. Legiuitorul a înțeles să reglementeze aceste ipoteze prin sintagma „*răspunderea devine nelimitată în special atunci când (...)*”, fapt ce denotă intenția de a sugera anumite situații predilecte de exercitarea a acțiunii însă nu limitarea domeniului de aplicare a mecanismului la aceste ipoteze de fapt particulare.

În realitate, acțiunea va putea fi exercitată pentru orice faptă atât timp cât sunt întrunite condițiile fraudei și ale fictivității societății.

3.1.2. Legea Insolvenței

Prin Legea Insolvenței, legiuitorul a reglementat o altă situație particulară în care protecția conferită de răspunderea limitată a societății este ridicată pentru a antrena răspunderea asociaților.

Legea atribuie în sarcina membrilor organelor de conducere și supraveghere sau persoanelor care au contribuit la instaurarea stării de insolvență obligația de a răspunde patrimonial în mod nelimitat pentru obligațiile asumate de persoana juridică în numele căreia au acționat.

Mențiunea conform careia răspund și „*orice alte persoane care au contribuit la starea de insolvență*” presupune că acționarii sau asociații sunt în aceeași măsură apti să răspundă pentru obligațiile societății. Considerăm că textul are în vedere și organele de conducere pentru că în virtutea puterii de reprezentare în raporturile juridice societare, acestea sunt într-o poziție mai predictibilă de a realiza abuzuri.

Spre deosebire de Codul Civil și Legea Societăților, mecanismul prevăzut de art. 169 nu presupune demonstrarea fraudei sau abuzului de drept. Particularitatea inserată de legiuitor în această reglementare este reprezentată de contribuția la starea de insolvență. Norma nu impune o cuantificare a modului în care s-a contribuit la starea de insolvență, deci este suficient să se probeze că acțiunile asociatilor sau ale organelor de conducere au contribuit la această stare, concomitent cu îndeplinirea celorlalte condiții impuse de lege.

Astfel, art. 169 (1) lit. a) - g) sancționează faptele predilecte apte să conducă la starea de insolvență. Circumstanțele definite legislativ nu sunt enumerate în mod exhaustiv, litera. h) permițând sancționarea oricărei alte fapte săvârșite cu intenție care contribuie la instaurarea stării de insolvență.

O problemă aparte apărută în practică se remarcă în cazul în care documentele contabile nu sunt predate administratorului judiciar, legea insolvenței instituind o prezumție relativă în îndeplinirea condițiilor necesare antrenării răspunderii delictuale, respectiv culpa și legătura de cauzalitate dintre faptă și prejudiciu. Litera d) are următorul conținut: *“au ținut o contabilitate fictivă, au făcut să dispară unele documente contabile sau nu au ținut contabilitatea în conformitate cu legea. În cazul nepredării documentelor contabile către administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, atât culpa, cât și legătura de cauzalitate între faptă și prejudiciu se prezumă. Presumția este relativă”*.

Cu privire la aceasta prezumție, Curtea Constituțională s-a pronunțat asupra necesității de a proba modul concret prin care fapta de a ține o contabilitate defectuoasă conduce la insuficiență lichidității. Așadar, Curtea condiționează operarea prezumției legăturii de cauzalitate între faptă și prejudiciu, respectiv starea de insolvență, de dovedirea faptului că neîndeplinirea obligațiilor cu privire la ținerea contabilității în mod legal a contribuit la starea de insolvență. Astfel, cu toate ca exista o prezumție legală asupra legăturii de cauzalitate, reclamantul trebuie totuși să probeze că fapta a contribuit, în orice mod, la starea de insolvență a societății⁴⁴.

Tot cu privire la această situație particulară s-a pronunțat și ICCJ printr-un recurs în interesul legii⁴⁵. Înalta Curte echivalează nepredarea documentelor contabile către administratorul judiciar cu întrunirea tuturor condițiilor răspunderii civile delictuale, în trecut, practica judiciară fiind reticentă în a considera îndeplinite condițiile răspunderii delictuale prin simplul fapt al nepredării documentelor contabile.

Decizia Curții Constituționale nr. 370/ 2021 a condus la o aplicare neunitară a instanțelor judecătorești, care au considerat că există o dualitate în ceea ce privește legătura de cauzalitate: pe de o parte, între faptă și contribuția acesteia la starea de insolvență și pe de altă parte, între fapta ilicită și prejudiciu. Presumția relativă legală reglementată de art. 169 lit. d) din Legea Insolvenței era astfel utilizată în funcție de interpretarea fiecărei instanțe, în sensul uneia dintre ipotezele menționate anterior. Conform Deciziei nr. 14 din 2022, Înalta Curte a clarificat existența unui singur prejudiciu și unei singure legături de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciul materializat în insuficiența activelor societății.

⁴⁴ Curtea Constituțională, Decizia 370/2021 din 3 iunie 2021, disponibilă la adresa web lege5.ro (<https://lege5.ro/gratuit/ha3tmojxhe2a/decizia-nr-370-2021-referitoare-la-respingerea-exceptiei-de-ineconstitutionalitate-a-prevederilor-art-169-alin-1-lit-d-din-legea-nr-85-2014-privind-procedurile-de-prevenire-a-insolventei-si-de-insolven>), accesat ultima dată la 18.01.2023

⁴⁵ Înalta Curte de Casație și Justiție a României, Recurs în interesul legii nr. 14/2022 din 27 iunie 2022, disponibilă la adresa web sintact.ro (<https://sintact.ro/#/jurisprudence/520841132/1/recurs-in-interesul-legii-nr-14-2022-din-27-iun-2022-inalta-curte-de-casatie-si-justitie-bucuresti?cm=URELATIONS>), accesat ultima dată la 18.01.2023

În fine, ICCJ statuează că *“(...) este corectă prima orientare jurisprudențială, care a stabilit că prezumția relativă exonerează subiectul activ al acțiunii în antrenarea răspunderii patrimoniale de obligația dovedirii condițiilor necesare pentru antrenarea răspunderii patrimoniale, și anume: existența faptei ilicite, a prejudiciului, înțeles atât ca stare de insolvență a patrimoniului, cât și ca pasiv neacoperit, precum și a legăturii de cauzalitate dintre faptă și prejudiciu.”*, astfel, fiind întrunite toate condițiile răspunderii delictuale chiar prin nepredarea documentelor contabile. Prezumția este relativă, deci poate fi răsturnată chiar prin predarea acestora.

3.2. Diferențele conceptuale referitoare la valorificarea celor trei tipuri de mecanisme de răspundere

Cele trei mecanisme amintite anterior se vor invoca în momente diferite ale existenței societății (i.e. dizolvare, insolvență sau alt moment). În continuare vom analiza, prin raportare la jurisprudența instanței Supreme, delimitarea dintre aceste tipuri de acțiuni.

Legea Societăților prevede expres faptul că răspunderea acționarilor va avea loc ulterior dizolvării/lichidării societății, pe când Legea Insolvenței nu prevede expres un moment la care se introduce acțiunea, cu toate că acesta reiese, în mod logic, din cuprinsul legislației. În aceeași măsură, Codul Civil nu prevede un moment anume în care trebuie justificată “inopozabilitatea” persoanei juridice.

Atât Legea Societăților, cât și Legea Insolvenței prevăd încetarea societății prin dizolvare. Dizolvarea, conform Legii Societăților, are loc în diverse cazuri particulare prevăzute de art. 227 (i.e. nulitatea societății, imposibilitatea realizării obiectului de activitate) printre care și falimentul societății.

În urma acestor constatări, unii autori⁴⁶ consideră că mecanismul prevăzut de Legea Societăților este aplicabil și în cadrul procedurii de insolvență, însă jurisprudența recentă a ICCJ infirmă această opinie.

Mecanismul reglementat de Legea Insolvenței se va aplica exclusiv între momentul deschiderii procedurii de insolvență și momentul finalizării procedurii de insolvență întrucât, conform ICCJ, “premisele care circumstanțiază activarea răspunderii patrimoniale sunt reprezentate de existența și actualitatea procedurii de insolvență”⁴⁷. Pe de altă parte, Înalta Curte statuează, într-o alta decizie, că procedura de insolvență nu poate fi închisă înainte de soluționarea acțiunii întemeiate pe art. 169 din legea insolvenței⁴⁸.

⁴⁶ Manole Popa, *op. cit.*

⁴⁷ Înalta Curte de Casație și Justiție a României, Recurs în interesul legii nr. 14/2022 din 27 iunie 2022, disponibilă la adresa web [sintact.ro \(https://sintact.ro/#/jurisprudence/520841132/1/recurs-in-interesul-legii-nr-14-2022-din-27-iun-2022-inalta-curte-de-casatie-si-justitie-bucuresti?cm=URELATIONS\)](https://sintact.ro/#/jurisprudence/520841132/1/recurs-in-interesul-legii-nr-14-2022-din-27-iun-2022-inalta-curte-de-casatie-si-justitie-bucuresti?cm=URELATIONS), accesat ultima dată la 18.01.2023

⁴⁸ Înalta Curte de Casație și Justiție a României, Decizia 27/2022 [A] din 12 decembrie 2022, disponibilă la adresa web [sintact.ro \(https://sintact.ro/#/act/17015337?cm=DOCUMENT\)](https://sintact.ro/#/act/17015337?cm=DOCUMENT), accesat ultima dată la 18.01.2023

Reglementarea din Legea Societăților are caracter de normă generală față de Legea insolvenței. Legea Societăților prevede falimentul ca unul dintre mai multe motive de dizolvare, iar acțiunea în răspunderea acționarilor acoperă toate cazurile de dizolvare/lichidare. Norma de răspundere din Legea Insolvenței privește un cadru restrâns, respectiv procedura de faliment sau de reorganizare.

Dacă Legea Insolvenței reglementează în mod specific un mecanism de răspundere aplicabil exclusiv în procedurile de insolvență, derogând de la normele generale, atunci răspunderea întemeiată pe norma din Legea Societăților nu va avea niciodată aplicabilitate cât timp procedura insolvenței este în curs.

Prin urmare, mecanismul prevăzut de art. 237¹ din Legea Societăților se va aplica în celelalte cazuri de dizolvare a societății, prevăzute de art. 227 (e.g. trecerea timpului stabilit pentru durata societății, imposibilitatea realizării obiectului de activitate al societății sau realizarea acestuia, declararea nulității societății, hotărârea adunării generale șamd), Pe de altă parte, pentru dizolvarea prin faliment, conform celor argumentate mai sus, se va putea invoca exclusiv art. 169. Pronunțarea judecătorului sindic asupra mecanismului ridicării vălului corporativ se va face concomitent cu pronunțarea asupra dizolvării în procedura insolvenței, odată cu intrarea în faliment⁴⁹.

În ceea ce privește mecanismul prevăzut de art. 193 Cod Civil, considerăm ca acesta prezintă o aplicabilitate distinctă de Legea societăților și Legea Insolvenței. Doctrina consideră că Noul Cod Civil și Legea Societăților se află într-o relație de complementaritate⁵⁰, nicidecum de normă specială- normă generală.

Din punct de vedere procedural, mecanismul ridicării vălului corporativ diferă în funcție de momentul de angajare a răspunderii asociaților. Așadar, specializarea din Legea Societăților la momentul exclusiv al dizolvării, respectiv din Legea Insolvenței, la starea de de insolvență, conduc la concluzia conform căreia art. 193 din Codul Civil se aplică tuturor situațiilor în care creditorii sociali nu dovedesc întrunirea condițiilor privitoare la dizolvare sau la starea de insolvență.

Inadmisibilitatea excepției lipsei calității procesuale pasive, întemeiată pe art. 193 (2), nu va avea aplicabilitate practică atunci când ne aflăm în ipotezele de dizolvare sau insolvență, întrucât aceste reglementări dau dreptul creditorilor la o acțiune directă întemeiată pe cele două legi menționate, nu doar un principiu util pentru respingerea unei excepții (*i.e. precum în cazul inopozabilității reglementate de Codul Civil*). Totuși, în lipsa unei structuri conceptuale admise de Codul Civil, premisele de existență a mecanismelor de răspundere prevăzute de Legea Societăților, respectiv de Legea Insolvenței, nu ar fi existat.

⁴⁹ Art. 145(2) din Legea nr. 85 din 26.iun.2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, publicată în Monitorul Oficial 466 din 25.06.2014

⁵⁰ Marian Nicolae, *Drept Civil. Teoria Generală* - Vol. I Teoria dreptului civil, Editia I, editura Hamangiu, 2017, București, pp. 382-386.

3.3. Natura juridică a formelor de răspundere reglementate de legislația română

Răspunderea aferentă acțiunilor întemeiate pe art. 237¹ din Legea Societăților și art. 169 din Legea Insolvenței este o formă de răspundere delictuală. Cu toate că, între societate și creditor există, în cele mai multe cazuri, un contract care fundamentează obligația de plată, răspunderea asociaților sau a organelor de conducere nu are o natura contractuală.

Un prim argument rezidă în faptul că, în ciuda fundamentelor doctrinei piercing the veil, nu operează o subrogatie personală, ci legea reglementează o situație distinctă întemeiată pe o faptă ilicită (i.e. contribuția la starea de insolvență în una dintre formele stabilite de Legea Insolvenței sau fraudă specifică Legii Societăților), natura raporturilor juridice reglementate devenind extracontractuală. Prejudiciul inițial poate fi, într-adevăr, născut în temeiul unui acord de voințe contractual, însă obligația de plată a constituenților se naște în urma unei fapte ilicite săvârșite de aceștia.

Natura extracontractuală a răspunderilor de mai sus nu ridică mari semne de întrebare, însă inopozabilitatea întemeiată pe art. 193 (2) poate fi un aspect dificil de calificat din punct de vedere juridic. Textul prevede că nu poate fi invocată, împotriva persoanei de bună-credință, calitatea distinctă de subiect de drept a persoanei juridice, dacă se urmărește ascunderea unei fraude, a unui abuz de drept sau a unei încălcări aduse ordinii publice.

În această privință, în lipsa unei jurisprudențe relevante, există argumente în favoarea ambelor opinii. Pe de-o parte, textul de lege are în vedere o acțiune ilicită sub forma fraudei sau a abuzului de drept, motiv pentru care fundamentul răspunderii nu este reprezentat de contractul încheiat între societate și tert, ci de fapta ilicită a asociatului de a uza de aparența societară cu scopul de a ascunde fapta ilicită.

Pe de altă parte, în virtutea teoriei unității de interes, voința și interesul asociatului se confunda cu cele ale societății⁵¹. Astfel, dacă personalitatea juridică nu reprezintă nimic altceva decât un alter ego al constituentului, fraudă și abuzul de drept, ca fapta ilicită, devin doar condiții necesare în constatarea inopozabilității personalității juridice, și nu un temei al răspunderii.

În alte cuvinte, conform cu opinia prof. Baias și cele statuate de Curtea de Apel București într-o decizie amintită anterior, constituentul este obligat la plata datoriei societății către creditor, întrucât nu îi poate opune acestuia personalitatea distinctă a societății. Înlăturarea caracterului limitat a răspunderii este o consecință a faptului că între patrimoniile societății și a constituenților operează o confuzie, fundamentate pe ideea unității de interes.⁵²

⁵¹ Fl. A. Baias, *op.cit.*, comentariu la art. 193.

⁵² Curtea de Apel București, Decizie nr. 1388/2019 din 23-sept-2019, Sectia V civila, disponibilă la adresa web sintact.ro (<https://sintact.ro/#/jurisprudence/533786377/1/decizie-nr-1388-2019-din-23-sept-2019-curtea-de-apel-bucuresti-pretentii-litigii-cu-profesionistii?keyword=piercing%20the%20veil&cm=URELATIONS>), accesat ultima dată la 18.01.2023

Prin urmare, reclamantul intentează o acțiune, atât împotriva societății, cât și a asociatului, demonstrând fraudă sau abuzul de drept în scopul de a justifica inopozabilitatea personalității juridice, iar asociatul va răspunde pentru obligațiile contractuale asumate de societate, în aceleași condiții în care ar fi răspuns și societatea, întrucât art. 193 (2) nu reglementează un temei de răspundere distinct, ci oferă premisele pentru a înlătura ficțiunea juridică a personalității juridice.

3.4. Aspecte privitoare la societățile de tip SPV, SPE, shell

Comaniile cu scop special enumerate în titlul secțiunii sunt societăți constituite în temeiul Legii nr. 31/1990 de actorii din piața de business pentru a separa o linie de business sau de a izola anumite active, cu scopul de a limita riscurile și răspunderea asociată unei activități.

Simpla constituire și utilizare a unui astfel de vehicul nu este aptă prin ea însăși să satisfacă condiția confundării intereselor, însă este ușor de imaginat cum societatea mamă poate să dispună de bunurile entității ca și cum ar fi ale sale⁵³ sau să realizeze activități de producție, comerț sau prestări de servicii în interes propriu⁵⁴. Cu toate că societățile cu scop special se pot afla adesea printre ipotezele factice ale art. 237¹ sau 169, factorul determinant în antrenarea răspunderii va fi fraudă sau contribuția acestor activități la starea de insolvență.

Din perspectiva Codului Civil, doctrina apreciază că personalitatea juridică a societății cu scop special este doar instrumentul de voință a societății mamă, deci o simplă aparență de personalitate juridică⁵⁵. Separarea patrimonială ca efect general al personalității juridice nu este înlăturată însă prin simplul fapt al constituirii unei societăți cu scop special sau prin funcționarea acesteia.

Confuzia de patrimonii va opera, conform Codului Civil, doar atunci când personalitatea juridică este un paravan în scopul de a ascunde o fraudă, un abuz de drept sau un act contrar ordinii publice. Într-adevăr, interesele societății mamă și cele ale vehiculului cu scop special se întrepătrund, însă, în lipsa actelor ilicite enumerate în ipoteza normei legale, nu sunt întrunite condițiile pentru a se angaja răspunderea constituentului.

⁵³ Art. 237 (4) din Legea nr. 31 din 17 dec. 1990 privind societățile, publicată în Monitorul Oficial 1066 din 17.11.2004.

⁵⁴ Art. 169 (2) lit. b) din Legea nr. 85 din 26.iun.2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, publicată în Monitorul Oficial 466 din 25.06.2014.

⁵⁵ Fl. A. Baias, *op. cit.*, comentariu la art. 193

Concluzii

Dreptul românesc recunoaște aplicabilitatea doctrinei piercing the corporate veil prin trei forme distincte de aplicare. Legiuitorul român a înțeles importanța reglementării unui mecanism de răspundere a abuzului de personalitate juridică.

În privința mecanismului reglementat de Legea Insolvenței, putem afirma fără echivoc faptul că aceasta este o răspundere delictuală a organelor de conducere și a constituenților, care, prin acțiunile lor, contribuie la starea de insolvență a societății. În lumina jurisprudenței Înaltei Curți, simpla necomunicare către practicianul în insolvență a documentelor contabile va conduce la întrunirea condițiilor răspunderii delictuale, având ca suport juridic, caracterul prezumtiv al normei. Legea Societăților reglementează la rândul ei o manifestare a doctrinei piercing the veil prin raportare la principiul unității de interes, respectiv prin fraudă creditorilor.

Având în vedere jurisprudența recentă a ICCJ în materie, art. 169 din Legea Insolvenței va governa răspunderea personală a asociaților exclusiv în procedurile de insolvență, spre deosebire de art. 237¹ din Legea Societăților, care va avea aplicabilitate în alte ipoteze legale de dizolvare a societății.

Reglementarea Codului Civil în materia efectelor personalității juridice reprezintă un mecanism de străpungere a vălului corporativ prin care personalitatea distinctă a societății devine inopozabilă persoanei de bună-credință care probează o fraudă. Inopozabilitatea persoanei juridice pare să prindă contur în jurisprudența românească având în vedere decizia relativ recentă a Curții de Apel București în care se recunoaște aplicabilitatea practică a articolului. Avantajele acestui din urmă mecanism sunt că persoana care are o pretenție împotriva societății și a constituentului acesteia nu va mai trebui să aștepte îndeplinirea condițiilor nici pentru dizolvarea reglementată de Legea Societăților, nici pentru dizolvarea prin faliment a societății aflate în stare de insolvență. Pe de altă parte, inițierea unei astfel de practici ridică o nouă plajă de riscuri în activitatea de business.

Bibliografie:

Resurse tipărite:

1. Flavius-Antoniou Baias, *Noul Cod Civil. Comentariu pe articole*; ediția a III-a; editura C.H. Beck, 2021, București
2. Marian Nicolae, *Drept Civil. Teoria Generală* - Vol. I Teoria dreptului civil, Ediția I, editura Solomon, 2017, București

3. Gabriel Boroi (coord. colectiv), *Noul Cod de procedură civilă - comentariu pe articole*, Ediția a II-a, Hamangiu, 2016, București
4. Karen Vanderkerckhove, *European Company Law 2: Piercing the Corporate Veil_A Transnational Approach*, editura Kluwer Law International, 2007, Țările de Jos

Resurse digitale:

1. Andreea Carare, *Crowdfunding in Romania Needs Domestic Legislation to Be Widely Accessed by Investors*, 30 martie 2022, disponibil la adresa web [ceelegalmatters.com](https://www.ceelegalmatters.com) (<https://www.ceelegalmatters.com/romania/19597-crowdfunding-in-romania-needs-domestic-legislation-to-be-widely-accessed-by-investors>), accesat ultima dată la 21.01.2023
2. Raport Ernst & Young Romania, *Romanian M&A market evolution during 2022*, 23 ianuarie 2023, disponibil la adresa web [ey.com](https://www.ey.com/en_ro/news/2023/01/romanian-m-a-market-evolution-during-2022#:~:text=The%20Romanian%20mergers%20and%20acquisitions,%24%206.0bn%20in%202021) (https://www.ey.com/en_ro/news/2023/01/romanian-m-a-market-evolution-during-2022#:~:text=The%20Romanian%20mergers%20and%20acquisitions,%24%206.0bn%20in%202021), accesat ultima dată la 25.01.2023
3. Curtea Supremă a Regatului Unit, cauza Prest v. Petrodel, [2013] UKSC 34, disponibilă la adresa web [supremecourt.uk](https://www.supremecourt.uk) (<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2013-0004.html>), accesat ultima dată la 20.01.2023
4. Denis Hickey, David Richards, *Piercing The Corporate Veil: Supreme Court Clarifies The English Law Position*, 25 septembrie 2013, disponibil la adresa web [mondaq.com](https://www.mondaq.com) (<https://www.mondaq.com/uk/corporate-and-company-law/264752/piercing-the-corporate-veil-supreme-court-clarifies-the-english-law-position>), accesat ultima dată la 20.01.2023
5. Curtea de Apel California, Robbins v. Blecher, al doilea district, divizia a V-a, 52 Cal. App. 4th 886, 10 februarie 1997, disponibil la adresa web [casemine.com](https://www.casemine.com) (<https://www.casemine.com/judgement/us/59148238add7b04934491edb>), accesat ultima dată la 20.01.2023
6. Curtea de Apel California, Arnold v. Browne, primul district, divizia a II-a, 27 Cal. App. 3d 386, 23 august 1972, disponibil la adresa web [casemine.com](https://www.casemine.com) (<https://www.casemine.com/judgement/us/5914c719add7b049347dffa9>), accesat ultima dată la 23.01.2023
7. Gheorghe Piperea, *Fractionarea patrimoniului si segregarea creditorilor*, 8 decembrie 2011, disponibil la adresa web [juridice.ro](https://www.juridice.ro) (<https://www.juridice.ro/178161/fractionarea-patrimoniului-si-segregarea-creditorilor.html>), accesat ultima dată la 18.01.2023
8. Manole Ciprian Popa, *Răspunderea nelimitată a asociaților cu răspundere limitată în baza art. 237¹ din Legea societăților nr. 31/1990*, Revista Română de Drept al Afacerilor 3 din 2017, disponibil la adresa web sintact.ro (<https://sintact.ro/#/publication/151011749?pit=2023-03-02&cm=URELATIONS>), accesat ultima dată la 18.01.2023
9. Curtea de Apel București, Decizie nr. 1388/2019 din 23-sept-2019, Sectia V civila, disponibilă la adresa web sintact.ro (<https://sintact.ro/#/jurisprudence/533786377/1/decizie-nr-1388-2019-din-23-sept-2019-curtea-de-apel-bucuresti-pretentii-litigii-cu-profesionistii?keyword=piercing%20the%20veil&cm=URELATIONS>), accesat ultima dată la 18.01.2023
10. Curtea Constituțională, Decizia 370/2021 din 3 iunie 2021, disponibilă la adresa web lege5.ro (<https://lege5.ro/gratuit/ha3tmojxhe2a/decizia-nr-370-2021-referitoare-la-respingerea-exceptiei-de-neconstitutionalitate-a-prevederilor-art-169-alin-1-lit-d-din-legea-nr-85-2014-privind-procedurile-de-prevenire-a-insolventei-si-de-insolven>), accesat ultima dată la 18.01.2023

11. Înalta Curte de Casație și Justiție a României, Recurs in interesul legii nr. 14/2022 din 27 iunie 2022, disponibilă la adresa web sintact.ro (<https://sintact.ro/#/jurisprudence/520841132/1/recurs-in-interesul-legii-nr-14-2022-din-27-iun-2022-inalta-curte-de-casatie-si-justitie-bucuresti?cm=URELATIONS>), accesat ultima dată la 18.01.2023
12. Înalta Curte de Casație și Justiție a României, Decizia 27/2022 [A] din 12 decembrie 2022, disponibilă la adresa web sintact.ro (<https://sintact.ro/#/act/17015337?cm=DOCUMENT>), accesat ultima dată la 18.01.2023
13. Cheng Han Tan, Piercing the Corporate Veil: Historical, Theoretical & Comparative Perspectives, 24 septembrie 2018, disponibil la adresa web papers.ssrn.com (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3254130&download=yes&_cf_chl_tk=lQhAA4D8n8gsEvnZ9Ixm4zCBfbpHnAhpLLva8SUv5o-1677870716-0-gaNycGzNEdA), accesat ultima dată la 02.02.2023

Efectele marketingului asupra consimțământului

The Effects of Marketing on Consent

Les effets du marketing sur le consentement

Maria COPILĂU - anul IV, grupa 418

Ariana SULIMAN - anul III, grupa 304

coordonatori: prof. univ.dr. Flavius Antoniu BAIAS, drd. Silviu MUNTEANU

Rezumat: Lucrarea va încerca să demonstreze faptul că marketingul digital are un impact determinant în formarea voinței juridice. Lucrarea va pleca de la analiza comportamentului consumatorului din perspectivă economică, va arăta modul în care acest comportament se reflectă juridic în încheierea de contracte cu comercianții și va argumenta diferitele ipoteze în care voința juridică este impactată de marketingul digital și modul în care acest impact afectează sau nu contractele încheiate.

Cuvinte-cheie: marketing, formarea consimțământului, raporturile comercianți-consumatori, publicitatea digitală

Abstract: The paper will try to demonstrate that digital marketing has a decisive impact in the formation of legal will. The paper will start from the analysis of consumer behavior from an economic perspective, will show how this behavior is legally reflected in contracts with traders and will present different hypotheses in which the legal will is impacted by digital marketing and how this impact affects or not those contracts.

Keywords: marketing, consent formation, merchant-consumer relations, digital advertising

Résumé: L'article tentera de démontrer que le marketing numérique a un impact décisif sur la formation de la volonté légale. L'article partira de l'analyse du comportement des consommateurs d'un point de vue économique, montrera comment ce comportement se traduit juridiquement dans la conclusion de contrats avec les commerçants et argumentera les différentes hypothèses dans lesquelles la volonté légale est impactée par le marketing numérique et comment cet impact affecte ou non les contrats conclus.

Mots-clé: marketing, formation du consentement, relations commerçant-consommateur, publicité numérique

1. Introducere

„Dacă i-aș fi întrebat pe oameni ce își doresc, mi-ar fi spus cai mai rapizi.”

Henry Ford ¹

Acest citat al lui Henry Ford arată direcția comportamentului uman în ceea ce privește consumul, ghidat de anumite automatisme, inerții asupra anumitor lucruri cu care sunt obișnuiți în societate. Aceste automatisme însă pot fi create sau induse și de către oameni prin marketing sau diverse alte curente ce circulă în societate într-un anumit punct, cum a fost cazul kendamei² acum câțiva ani. Internetul, în special social media, precum și toate practicile de marketing, loiale sau nu, au aptitudinea de a crea într-un anumit moment, prin repetiție, o nevoie - o nevoie implantată în subconștientul publicului, pe care nu o aveau până atunci și poate nu ar fi avut-o niciodată în lipsa promovării produsului.

¹ Henry Ford (n. 30 iulie 1863 – d. 7 aprilie 1947) a fost fondator al industriei americane de automobile, a întemeiat Ford Motor Company (1903), autor al unui nou mod de organizare a producției industriale, cunoscut sub denumirea de fordism. (https://ro.wikipedia.org/wiki/Henry_Ford)

² Kendama (jap. けん玉, "sabie [și] minge") este o jucărie tradițională japoneză. Aceasta este formată din mâner (ken), o pereche de cupe (sarado) și o minge (tama) care sunt toate legate între ele printr-o sfoară.

Richard H. Thaler pleacă în lucrarea sa „Comportament inadecvat”³ de la noțiunea de „Econ” care este o creatură fictivă numită homo economicus, care gândește și acționează eficient economic și pe care economiștii îl folosesc pentru a demonstra anumite teorii (Econul este „cobaiul”). Însă în comparație cu această lume de Econi, oamenii au, de fapt, diverse comportamente inadecvate din punct de vedere economic, ceea ce înseamnă că modelele economice create nu corespund și fac greșeli. Aceste modelele economice tradiționale nu sunt confirmate de modul concret în care oamenii iau decizii, acestea din urmă fiind influențate de numeroși factori ce determină astfel de „comportamente inadecvate”; comportamente care nu pot fi determinate prin aplicarea exclusivă a teoriilor economice clasice.

Premisa fundamentală a teoriei economice a comportamentelor este că oamenii aleg prin optimizare. Totuși, așa cum afirmă și Richard Thaler, această optimizare este viciată de diverși factori („chiar și o vizită la magazin de dimensiuni decente îi oferă cumpărătorului milioane de combinații de produse”⁴). În viziunea noastră, factorul decisiv al influențării comportamentului economic este, în momentul actual al dezvoltării societății, marketingul, în special cel online, prin rețelele de socializare. La stabilirea influenței și, implicit, a validității acestui factor, se adaugă și premisele create de practicile (loiale sau neloiale) la care apelează societățile comerciale în promovarea produselor lor.

Sub acest aspect, Asociația Americană de Marketing a definit noțiunea de marketing după cum urmează: „publicitatea este orice formă non-personală, plătită, de prezentare și promovare a ideilor, bunurilor și serviciilor, de către un sponsor identificat”⁵. Uneori, publicitatea poate fi văzută chiar sub forma unei oferte publice de a contracta, care să ofere informații și să dea curs unor negocieri cu informații nu tocmai reale asupra produselor sau chiar dacă reale, nu exhaustive. Suplimentar, Philip Kotler definea marketingul ca „un proces social și managerial prin care indivizi sau grupuri de indivizi obțin ceea ce le este necesar și doresc prin crearea, oferirea și schimbul de produse și servicii la o anumită valoare”. Simplist, marketingul reprezintă „arta și știința de a vinde”.

De aceea, orice formă de publicitate a produselor trebuie exercitată în conformitate cu condițiile legale, astfel încât, în momentul formării acordului de voințe, să nu se creeze confuzie asupra caracteristicilor produselor sau să se realizeze manopere dolosive care să inducă în eroare cocontractantul, pe baza celor cunoscute din media și nu numai.

Întotdeauna în procesul de alegere, consumatorul realizează o balanță a sacrificiilor pe care le implică contractul de vânzare-cumpărare al respectivului produs. Dacă vrea să achiziționeze o casă,

³ Richard H. Thaler, *Comportament inadecvat*, Editura Publica, 2015, pentru ediția în limba română.

⁴ Ibidem.

⁵ American Marketing Association

va analiza mult mai atent și probabilitatea ca alegerea făcută să fie una optimă este mult mai mare decât în cazul unui produs de consum curent. În cazul unui astfel de produs de consum frecvent, sacrificial patrimonial este mai mic, iar consumatorul prezintă un standard de diligență în alegerea produsului mai scăzut, întrucât nu simte că riscul patrimonial este unul important.

Pentru a înțelege procesul de rolul publicității digitale, trebuie să înțelegem și noțiunea de influencer. Influencerul este o persoana care poate influența deciziile sau opiniile unei comunități și este recunoscută de aceasta. Aceștia pot promova anumite branduri în rândul comunității care îi urmărește, prin publicarea de articole, video-uri, vloguri sau postări în social media. Un blogger poate deveni influencer într-o comunitate în care este recunoscut ca formator de opinie. Atunci când el reușește prin postările sale să influențeze opiniile unui anumit tip de public, acesta devine influencer⁶.

În susținerea ideii nevoilor create create în mod fictiv, prin publicitate, chiar prin intermediul unor forme de dol, vom ilustra un exemplu din practică, unde multe produse ale unui brand au fost vândute prin prisma marketingului agresiv creat. Este vorba despre cazul Plush Bio, o societate comercială românească ce vindea produse dermatologice, ce au avut consecințe dezastruoase asupra sănătății pielii clientelor. Această societate comercială este pârâtă în cadrul mai multor dosare aflate pe rolul instanțelor române, cu cereri de chemare în judecată având același obiect, respectiv despăgubiri pentru prejudiciile corporale⁷ aduse clientelor căzute în capcana imaginilor din social media. În acest caz, brandul s-a folosit de imaginea unor persoane publice cunoscute pentru a promova produsele pentru ten, disimulând că modul în care arată tenul acestora este datorat produselor PlushBio. În fapt, aceste produse erau nocive pentru sănătatea pielii și mulți cocontractanți ai societății comerciale au suferit forme grave de acnee.

2. Decizia consumatorului este desăvârșită într-un contract

2.1. Voința juridică

Decizia cumpărătorului și comportamentul economic sunt desăvârșite într-un contract. Contractul concretizează manifestarea de voință juridică ce reprezintă, după cum susține și doctrina, un fenomen complex, atât din punct de vedere psihologic, cât și din punct de vedere juridic. Strict juridic,

⁶ <https://www.iqads.ro/dictionar/influencer#>

⁷ Prejudiciul corporal reprezintă prejudiciul moral ce decurge din vătămarea fizică a persoanei, presupunând întotdeauna și leziuni fizice. Această vătămare fizică produce prejudicii morale ce constau în dureri fizice sau în dureri fizice și psihice. Prejudiciul corporal are două componente: una morală (nepatrimonială) și una patrimonială. Pentru fiecare componentă există metode de reparare distincte. - Liviu Pop, Ionut-Florin Popa, Stelian Ioan Vidu, *Drept civil. Obligațiile*, Editura Universul Juridic.

voința este complexă întrucât reunește consimțământul, ce semnifică hotărârea de a încheia actul juridic, și cauza, ce privește motivul sau scopul hotărârii luate în privința aceluși act⁸. Vom analiza pe rând cele două elemente și modul în care acestea pot fi influențate de publicitatea digitală.

Pentru a putea stabili dacă consimțământul este unul valid, ne vom uita la condițiile acestuia⁹:

- a. Consimțământul să emane de la o persoană cu discernământ (reiterăm ideea categoriilor vulnerabile de persoane)
- b. Să fie exteriorizat
- c. Să fie exprimat cu intenția de a produce efecte juridice (serios)
- d. Să nu fie afectat de vreun viciu de consimțământ (liber), respectiv eroare, dol, leziune sau violență

Publicitatea digitală ar putea ridica problema existenței unui dol, atât comisiv¹⁰, dar mai ales omisiv. În mod evident, dacă activitatea în rețelele de socializare are la bază informații eronate, înșelătoare, oricum intră sub incidența legislației speciale în materie¹¹. Miza rezidă în principal în existența unui dol prin reticență care poate fi analizat din mai multe perspective, în funcție de contractul existent între furnizorul de produse și cel care realizează publicitatea digitală ale acestora, analiză realizată în cadrul lucrării. Totuși, în toate ipotezele accentul cade pe raportul dintre „obligația de informare” ce revine părții mai experimentate (în cazul prezentat, în toate situațiile furnizorului de produse, iar în unele dintre acestea și influențatorului) și „obligația de a se informa” ce revine părții cocontractante. La această situație, trebuie să avem în vedere și tipul de contract care se încheie, contract care de cele mai multe ori este unul de adeziune sau încheiat cu consumatorii. Astfel, raportul dintre cele două obligații înclină cel mai adesea în sensul în care partea mai slabă (cumpărătorul) trebuie să fie informată asupra tuturor elementelor care stau la baza declarației de voință. În caz contrar, se poate susține un consimțământ viciat printr-un dol prin reticență.

Situația trebuie nuanțată în cazul persoanelor ușor de influențat, a persoanelor vulnerabile, cum ar fi, de exemplu, copiii, categoria nelimitându-se la aceștia. Directiva privind practicile comerciale neloiale definește¹² consumatorul vulnerabil ca: o persoană clar identificabilă dintr-un grup,

⁸ Marian Nicolae, *Drept civil. Teoria generală. Vol. II. Teoria drepturilor subiective civile*, Editura Solomon, București, 2018, pp. 361-362.

⁹ Art. 1205 Cod Civil „ Or, dacă un consimțământ neinfluențat dat de o persoană cu o vârstă mică nu mai poate fi considerat un consimțământ valabil, fiind asimilat situației lipsei consimțământului, cu atât mai mult, un consimțământ provenind de la aceeași persoană, influențat de această dată de practici persuasive, ar trebui asimilat unui consimțământ viciat.”

¹⁰ Dolul comisiv constă într-o acțiune, presupune inducerea în eroare cu ajutorul mijloacelor viclene, pe când cel omisiv, numit și dol prin reticență, constă în omisiunea, în mod fraudulos, a unor informații ce trebuiau dezvăluite celeilalte părți.

¹¹ Directiva 2005/29/ CE precizează că printre practicile neloiale reținem : 1) practicile înșelătoare, care se manifestă prin acțiune directă (furnizarea de informații false) sau omisiune (nefurnizarea unor informații importante) și 2) practicile agresive, al căror scop este să constrângă cumpărătorii.

¹² Art. 5 alin. (3). din Directiva privind practicile comerciale neloiale: „Practicile comerciale care pot denatura semnificativ comportamentul economic al unui grup de consumatori identificabil în mod clar deoarece aceștia sunt deosebit de vulnerabili la practica utilizată sau la produsul aferent datorită unei infirmități mintale sau fizice, vârstei sau credulității,

vulnerabilă din cauza unei infirmități mentale sau fizice, a vârstei sau a credulității, iar un comerciant poate în mod rezonabil să prevadă vulnerabilitatea acesteia. Un consumator vulnerabil poate fi definit ca un consumator care, ca urmare a caracteristicilor socio-demografice sau comportamentale, a situației personale sau a mediului de piață, prezintă un risc mai mare de a experimenta rezultate negative pe piață, are capacitatea limitată de a-și maximiza binele, are dificultăți în obținerea sau asimilarea informațiilor, este mai puțin capabil să cumpere, să aleagă sau să acceseze produse adecvate sau este mai susceptibil la anumite practici de marketing.

Analiza situației minorilor trebuie să plece de la precizarea că fie există o lipsă a capacității de exercițiu, fie această capacitate este restrânsă.¹³ Recunoașterea capacității de exercițiu este condiționată de existența discernământului, înțeles ca fiind aptitudinea persoanei fizice de a-și reprezenta corect consecințele juridice ale manifestării sale de voință¹⁴. Într-adevăr, minorii, în ambele situații diferențiate de felul capacității, pot încheia anumite acte, cum ar fi acele acte de dispoziție de mică valoare, cu caracter curent și care se execută la data încheierii lor¹⁵. Astfel că, cu toate că ei au dreptul să încheie acest aceste, se pune problema de a ști care mai este suportul legal al unei astfel de manifestări având în vedere intenția reclamelor, ca prin mijloace persuasive, să influențeze comportamentul cumpărătorului.

În mai multe cercetări¹⁶, există un consens asupra faptului că înainte de vârsta de opt ani, majoritatea copiilor nu înțeleg intenția reclamelor, scopul comercianților de a face profit prin acestea. Între opt și zece ani, copiii încă învață să evalueze intenția persuasivă, ceea ce, într-adevăr, adaugă o apreciere a tacticilor publicitare și o recunoaștere a faptului că reclamele schimbă comportamentul prin schimbarea atitudinilor consumatorilor, dar nu este, în niciun caz, suficientă pentru a putea vorbi de o alegere complet independentă. Indiferent de metodele de învățare abordate, în cazul copiilor, capacitatea de a percepe substratul persuasiv din reclame poate fi

într-o situație pe care comerciantul o poate anticipa cu ușurință, se evaluează din perspectiva membrului mediu al grupului. Această dispoziție nu aduce atingere practicii publicitare curente și legitime care constă din formularea unor afirmații exagerate sau care nu trebuie înțelese în sens literal.”

¹³ Flavius-Antoniou Baias, Eugen Chelaru, Rodica Constantinovici, Ioan Macovei, *Noul Cod Civil comentariu pe articole* (comentariu art. 37 Cod Civil: „dobândirea capacității de exercițiu este condiționată de existența discernământului. În funcție de existența și calitatea prezumată a discernământului lor, persoanele fizice se pot afla într-una din următoarele situații: lipsa capacității de exercițiu, capacitatea de exercițiu restrânsă, capacitatea de exercițiu deplină.”).

¹⁴ Flavius-Antoniou Baias, Eugen Chelaru, Rodica Constantinovici, Ioan Macovei, *Noul Cod Civil comentariu pe articole* (comentariu art. 38 Cod Civil).

¹⁵ Art. 43 alin. (3) „Cu toate acestea, persoana lipsită de capacitatea de exercițiu poate încheia singură actele anume prevăzute de lege, actele de conservare, precum și actele de dispoziție de mică valoare, cu caracter curent și care se execută la momentul încheierii lor.”

Art. 41 alin. (3) „Cu toate acestea, minorul cu capacitate de exercițiu restrânsă poate face singur acte de conservare, acte de administrare care nu îl prejudiciază, precum și acte de dispoziție de mică valoare, cu caracter curent și care se execută la data încheierii lor.”

¹⁶ Un exemplu notabil de lucrare în acest sens este Fezeena Khadir, *Marketing and its impact on vulnerable consumer groups like children, adolescents*.

îmbunătățită, dar niciodată pe deplin dobândită. Prin urmare, copiii la o anumită vârstă pur și simplu nu pot fi învățați să identifice intenția de vânzare sau de persuasiune, arată studiile¹⁷.

Posibilitatea de a influența consimțământul copiilor nu este per se greșită. S-ar ajunge la concluzia absurdă că o astfel de acțiune a părinților ar fi ilicită sau cel puțin imorală. Se ține seama de intenția unei astfel de acțiuni – la părinți toate aceste acțiuni sunt (sau cel puțin ar trebui să fie) guvernate de interesul superior al copilului - , pe când în cazul publicității, interesul care primează este cel al existenței profitului, care în mod evident poate fi contrar cu cel al copilului.

Având în vedere acestea, o activitate ce presupune o formă de persuasiune, cum este publicitatea, poate căpăta o pondere atât de mare în formarea consimțământului unui minor, încât se poate vorbi de o estompere a liniei de demarcație dintre persuasiune și manipulare. Acest lucru poate fi văzut ca o amenințare la adresa autonomiei individuale, precum și ca un factor ce aduce un risc de prejudiciu economic, mai ales că toată rațiunea posibilității minorilor de a încheia acte juridice pleacă de la faptul că acestea nu ar trebui să îi prejudicieze¹⁸.

Analizând în continuare aplicabilitatea dolului prin reticență în astfel de raporturi, trebuie să plecăm de la situația presimă a acestuia – obligația de informare. Aceasta obligație, pentru a putea declanșa un posibil dol, trebuie să aibă natură leagă sau contractuală. Totuși, sunt situații în care, deși nu avem vreo prevederelagă sau contractuală, o astfel de obligație se impune prin rațiunea raporturilor juridice, devenind necesară o delimitare a existenței și mai ales a limitei unei îndatoriri de informare. Este cazul relațiilor profesionist-neprofesionist sau profesionist consumator. În ce măsură acest tip de obligații se resfrâng și în planul publicității digitale? Rațiunea unei posibilități mai largi de a invoca dolul prin reticență în astfel de relații contractuale pleacă de la premisa unei asimterii informațional spcifică piețelor reale. Cerința caracterului scuzabil al omisiunii victimei de a se autoinforma, deși reținută în cazuri particulare, a fost estompată prin ideea că, în anumite tipuri de raporturi ori față de anumite categorii de subiecte, este legitimă o mai mare încredere în cocontractant, deci o diminuare corelativă a eforturilor de autoinformare. Astfel, au proliferat îndatoririle de informare în sarcina profesioniștilor¹⁹. Partea mai slabă, mai puțin informată (din cauze obiective – unui consumator nu i se poate cere o cunoaștere a produsului identică cu cea a comerciantului, întrucât, o astfel de cerință ar duce la abuzuri din partea comercianților) are dreptul

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Spre exemplu în materie penală, în cazul infracțiunilor săvârșite împotriva minorului, în doctrină se apreciază faptul că există situații în care vârsta minorului este atât de scăzută încât nu se mai poate pune problema existenței unui consimțământ valabil. Or, dacă un consimțământ neinfluențat dat de o persoană cu o vârstă mică nu mai poate fi considerat un consimțământ valabil, fiind asimilat situației lipsei consimțământului, cu atât mai mult, un consimțământ provenind de la aceeași persoană, influențat de această dată de practici persuasive, ar trebui asimilat unui consimțământ viciat.

¹⁹ Tăcerea este de aur? Despre îndatorirea de informare ca premisă a dolului prin reticență – Cristian Paziuc (<https://www.juridice.ro/654167/tacerea-este-de-aur-despre-indatorirea-de-informare-ca-premisa-a-dolului-prin-reticenta.html>)

de a lua la cunoștință toate elementele esențiale care pot duce la formarea voinței juridice. Or, atât timp cât brandul recurge la publicitatea digitală pentru a aduce în atenția publicului un produs, corect ar fi ca aceasta obligație de informare să difuzeze și în raporturile dintre influenceri și consumatori.

2.2. Încheierea contractelor la distanță

Cvasitotalitatea contractelor încheiate ca urmare a activității influencerilor sunt contracte la distanță, încheiate prin intermediul site-urilor magazinelor fizice sau nu. Acest lucru prezintă importanță din perspectiva termenilor și condițiilor sub care aceste contracte se încheie, întrucât pot diminua efectele unei acțiuni sau inacțiuni specifice dolului.

Contractarea online este în esență aceeași cu contractarea off-line. Aceleași cerințe trebuie îndeplinite pentru a se asigura că contractul este obligatoriu din punct de vedere juridic. Avem în vedere, condițiile generale prevăzute de Codul Civil, iar apoi ne putem uita și la condițiile speciale prevăzute de vânzător, prezentate cel mai adesea sub denumirea de „termenii și condiții”. Raportul reglementărilor menționate nu trebuie privit ca presupunând existența unui contract cadru, întrucât „termenii și condițiile” sunt de cele mai multe ori chiar clauzele contractului încheiat de brand cu consumatorul.

Având în vedere faptul că, în baza legislației UE, dacă produsele pe care un consumator le-a achiziționat se dovedesc a fi defectuoase sau nu arată conform descrierii, comerciantul trebuie să le repare, să le înlocuiască, să le reducă prețul sau să ramburseze banii. Dacă achiziționare s-a realizat online ori fără a merge la magazin (prin telefon, prin poștă, de la un comis voiajor) legislația prevede dreptul de a anula și returna comanda în termen de 14 zile, indiferent de motiv și fără nicio justificare. Astfel că, posibilitatea de răzgândire a consumatorului este mai largă în mediul online. În cele 14 zile (termen limită inferior stabilit de UE, statele membre putând oferi termene mai generoase), cumpărătorul poate lua cunoștință despre caracteristicile produsului și dacă acestea corespund cu descrierile făcute în mediul online. Totuși, aceste drepturi iau mai mult forma unei remedieri a efectelor unui posibil dol fără a apela la anularea contractului și nu înlătură obligația de informare care guvernează aceste raporturi.

3. Diverse forme de marketing și efectele lor asupra consimțământului

3.1. Serviciile prestate de creatorii de conținut de pe rețelele de socializare (influencer marketing)

Acest nou tip de marketing reprezintă forma prin care societățile comerciale ajung mai ușor a fi remarcate de publicul țintă.

O statistică²⁰ arată că 61% dintre consumatori au încredere în recomandările de produse pe care le primesc de la influenceri. Între timp, doar 38% au încredere în conținutul rețelelor sociale de marcă.

Activitatea acestor creatori de conținut se caracterizează prin plasarea de produse prin postările lor publice, fiind plătiți pentru acest lucru de brandul beneficiar cocontractant (paid ad). Există astfel o un raport juridic tripartit: beneficiar (societatea comercială)- influencer- consumator. Acest raport juridic poate fi văzut cu multiple calificări juridice.

Creatorul de conținut acționează ca un freelancer, ceea ce conturează independența sa din punct de vedere al operațiunilor desfășurate de el. Contractele încheiate între influencer și societățile comerciale cu care colaborează în scopul promovării seamănă din punct de vedere juridic cu cele de antrepriză. Pentru a identifica cu exactitate tipul de contract aferent este nevoie de o analiză a elementelor caracteristice, pentru a putea identifica mai apoi normele aplicabile răspunderii.

În ceea ce privește contractul de antrepriză, art. 1851 Cod Civil îl prezintă drept contractul prin care o parte, numită antreprenor, se obligă față de cealaltă parte, numită beneficiar sau client, să execute pe riscul său o anumită lucrare sau să presteze un anumit serviciu în schimbul unui preț. Obligația²¹ caracteristică pentru contractul de antrepriză este obligația antreprenorului de a executa o lucrare sau de a presta un serviciu. Obligația caracteristică a contractelor încheiate de influenceri corespunde cu obligația caracteristică a antreprizei, respectiv este o obligația de prestare de servicii de promovare. Din contractul de antrepriză s-au desprins în timp mai multe contracte, cum e cel de transport²². Astfel că, în timp, prin multiplicarea acestui tip de raport juridic dintre beneficiar și influencer, va fi nevoie sau este deja nevoie de o reglementare aplicabilă pentru o mai bună desfășurare a efectelor juridice.

Există multiple asemănări între contractul de antrepriză și acest contract, printre care enumerăm: caracterul sinalagmatic, esențialmente oneros, de regulă cu executare uno actu, dar poate fi și cu prestații succesive (mai multe campanii de promovare realizate de creatorul de conținut) ș.a.m.d. O similitudine importantă, care ne conduce și către regimul răspunderii juridice în cazul influencerului, este că activitatea acestuia este pe riscul său, ceea ce înseamnă că dacă nu și-a executat obligația de promovare din cauza fortuite nu va mai putea cere remunerația datorată de brandul beneficiar al promovării. Din toate aceste motive, am încadra acest contract ca unul de antrepriză. Nu este un contract de muncă pentru că în acest caz nu este subordonat brandului beneficiar, precum salariatul față de angajator²³. De asemenea, nu este nici un contract de mandat întrucât influencerul nu încheie alte acte juridice sau acționează pe riscul beneficiarului, așa cum se întâmplă la mandat, pe

²⁰ <https://thesocialshepherd.com/blog/influencer-marketing-statistics>

²¹ Răzvan Dincă, *Contracte Civile speciale în noul Cod Civil*, Editura Universul Juridic, București, 2013, pp. 201- 217.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

riscul mandantului. Ci, din contră, el acționează pe riscul său și cu mijloace proprii, creând singur contextul realizării postării, fotografiilor, conținutului distribuit pe rețelele de socializare.

În ceea ce privește răspunderea juridică și formarea consimțământului în cazul acestor tipuri de contracte, care sunt existente în contextul avansării tehnologiei și a social media, există trei variante juridice asupra cărora ne putem îndrepta atenția:

3.1.1. Când există un interes doar al influencerului de a induce publicul în eroare

Acest scenariu este întâlnit atunci când creatorul de conținut este remunerat în funcție de tirajul de vânzări generat de serviciile sale de promovare. În acest caz, pentru a crea un tiraj mai mare, el poate fi tentat să inducă publicul căruia îi promovează produsul beneficiarului în eroare. Cum realizează acest lucru? Îl poate realiza prin tănuirea anumitor defecte ale produsului, pe care le cunoaște sau prin prezentarea la superlativ a acestuia. Deși acestea sunt manopere dolosive în esență, nu ne aflăm în acest caz în fața unui dol din partea cocontractantului (brandul beneficiar față de clienții săi), nici măcar al unui dol prin intermediul unui terț în toate ipotezele.

Dolul este acel viciu de consimțământ care constă în inducerea în eroare, prin orice mijloace, a unei persoane, pentru a o determina să încheie un anumit act juridic, pe care nu l-ar fi încheiat sau, dimpotrivă, l-ar fi încheiat, însă în alte condiții. Este o eroare provocată, constituind, prin manoperele viclene sau frauduloase și un delict civil. Dolul are o structură formată din două componente: un element obiectiv, constând în utilizarea de mijloace viclene pentru a induce în eroare și un element subiectiv, constând în intenția de a induce în eroare o persoană în scopul de a o face să încheie un anumit act civil²⁴.

Condițiile dolului sunt: să fie determinant, hotărâtor, pentru încheierea actului juridic civil și să fie săvârșit cu intenția de a induce în eroare pe cealaltă parte.²⁵ Deși aparent condițiile acestea două par a fi îndeplinite, întrucât influencerul prin conduita sa pe rețelele de socializare convinge clienții brandului cu care colaborează să încheie contractele de vânzare-cumpărare respective, totuși este discutabilă încadrarea acestor fapte ca dol. Argumentul acestei afirmații este faptul că acei consumatori vor încheia contractele de vânzare- cumpărare cu societatea beneficiară, iar nu cu influencerul care realizează manoperele dolosive. Astfel, ambele elemente din structura dolului aparțin unui terț față de raportul juridic brand-client, respectiv influencerului. Dolul trebuie astfel să provină de la cealaltă parte, de la reprezentantul, prepusul, gerantul afacerilor celeilalte părți (art. 1214 alin.(3) Cod Civil) sau de la un terț, însă în ultimul caz numai atunci când cocontractantul a cunoscut sau ar fi trebuit să cunoască existența dolului.

²⁴ Marian Nicolae, *Drept Civil. Teoria generală*, Editura Solomon, 2018, pp. 387- 394.

²⁵ *Ibidem*.

Există o instituție juridică care ar părea să încadreze acest scenariu, respectiv dolul comis de un terț. Art. 1215 Cod Civil prevede că: "Partea care este victima dolului unui terț nu poate cere anularea decât dacă cealaltă parte a cunoscut sau, după caz, ar fi trebuit să cunoască dolul la încheierea contractului".

Există 2 ipoteze juridice cu privire la această instituție juridică în contextul realizării dolului de către terțul influencer. Prima este cea în care cocontractantul (brandul beneficiar) cunoștea sau ar fi trebuit să cunoască dolul realizat de influencerul colaborator, caz în care va fi un dol comis de un terț, caz pe care îl vom analiza la punctul 3 dintre situațiile prezentate mai jos. În acest caz, va răspunde pentru dol societatea comercială care a determinat terțul să realizeze dolul și se va putea cere anularea contractului dintre societate și client. A doua ipoteză este cea în care terțul față de contractul dintre client și societatea comercială, respectiv influencerul, realizează dolul fără știința societății beneficiare sau fără să fi trebuit să o cunoască. În această situație, art. 1215 alin. (2) Cod Civil prevede că: "Independent de anularea contractului, autorul dolului răspunde pentru prejudiciile ce ar rezulta.". Astfel, nu s-ar putea cere anularea contractului în cea de-a doua ipoteză, însă autorul dolului, influencerul, va fi ținut în continuare să răspundă delictual pentru dolul comis.

3.1.2. Când brandul beneficiar, cocontractant al influencerului, nu oferă informații suficiente asupra produselor promovate influencerului și există un dol prin intermediul unui terț

Există situația în care brandul beneficiar, cocontractant al influencerului, nu oferă influencerului informații suficiente asupra produselor promovate. Astfel că se ajunge la ipoteza în care, fără voința influencerului, informațiile primite de către public sunt în mod intenționat alterate. Ne aflăm în prezența unui dol comis prin intermediul unui terț²⁶. În mod evident, condiția esențială ca partea cocontractantă să fi cunoscut existența erorii provocate este îndeplinită, brandul fiind chiar cel care oferă aceste informații influencerului, dar nu și autorul dolului care rămîne influencerul. Trebuie menționat că, având în vedere contractul încheiat între influencer și brand – antrepriza, influencerul nu acționează nici pe seama, nici în numele brandului, astfel că ne aflăm în ipoteza dolului comis de o persoană străină raportului brand – consumator.

O problemă ridicată de această situație este dată de cunoașterea de către terț (influencerul) a existenței dolului. Codul civil nu prevede vreo condiție în acest sens, iar în doctrină nu se abordează posibilitatea existenței unui dol atunci când terțul nu îl cunoștea. Or, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, corect ar fi să nu impunem o astfel de condiție pentru a reține dolul.

²⁶ Art. 1215 Cod Civil. Dolul comis de un terț.

„ (1) Partea care este victima dolului unui terț nu poate cere anularea decât dacă cealaltă parte a cunoscut sau, după caz, ar fi trebuit să cunoască dolul la încheierea contractului.

(2) Independent de anularea contractului, autorul dolului răspunde pentru prejudiciile ce ar rezulta.”

Cu toate că putem susține că norma din Codul Civil nu face referire și la poziționarea psihică pe care terțul ar trebui să o aibă, totuși nu putem să îl exonerăm complet de răspundere, mai ales că art. 1215 alin. (2) Cod Civil vorbește despre aceasta. Considerăm că răspunderea autorului dolului, influencerul, trebuie pusă în relație cu diligența pe care acesta ar trebui să o aibă față de produsele prezentate. În legătură cu diligența, Codul Civil menționează la art. 1480 faptul că „debitorul este ținut să își execute obligațiile cu diligența pe care un bun proprietar o depune în administrarea bunurilor sale”. Aplicând ipoteza la situația prezentată, influencerul ar trebui să execute obligația de a se informa cu privire la produsele promovate în aceeași măsură în care consumatorul o face la momentul achiziționării acestora. Or, după cum am văzut, o asemenea obligație este creionată de specificitatea raporturilor dintre profesioniști și neprofesioniști. Astfel că, atât timp cât influencerul s-a informat despre produsele promovate cu diligența pe care un consumator ar trebui să o aibă, de principiu, nu ar trebui să răspundă pentru acele informații înșelătoare transmise de brand.

De asemenea, trebuie să ținem seama că în activitatea de promovare a produselor realizată de influencer intervine și o doză semnificativă de subiectivism. Acesta prezintă produsele plecând de la informațiile oferite de brand, dar de multe ori, prezentarea produselor se îndepărtează de acestea și ia forma unei prezentări a experienței proprii a influencerului. Iar în această situație, întrucât ne îndepărtăm de informațiile înșelătoare oferite de brand, ne îndepărtăm și de un posibil dol prin fapta unui terț. Însă, nici influencerul nu ar putea fi autorul unui dol cauzat prin faptă proprie atât timp cât prezintă o experiență reală avută cu produsul, întrucât lipsesc manoperele dolosive. Acestea au ca premisă reaua credință, iar de vreme ce influencerului nu i se poate imputa nici lipsa de diligență, nici intenția de a induce în eroare, n-ar mai trebui reținut un dol.

În orice caz, atât timp cât brandul oferă informații înșelătoare, false, cu scopul de a induce în eroare consumatorii prin activitatea influencerului, se îndeplinesc condițiile unui dol, iar brandul ar trebui să fie ținut răspunzător pentru prejudiciile cauzate, mai ales că legislația europeană²⁷ protejează cetățenii împotriva unor astfel de acțiuni²⁸.

²⁷ Consumatorii europeni beneficiază de protecție împotriva a două categorii principale de practici comerciale neloiale prin Directiva 2005/29/CE:

1. practicile înșelătoare, care se manifestă prin acțiune directă (furnizarea de informații false) sau omisiune (nefurnizarea unor informații importante)
2. practicile agresive, al căror scop este să constrângă cumpărătorii

Anumite practici comerciale sunt interzise în toate circumstanțele.

²⁸ (1) Comercianților nu le este permis să promoveze produse/ servicii la un preț foarte mic dacă stocul disponibil este insuficient. Ei trebuie să le spună consumatorilor câte articole sunt disponibile și cât timp rămâne valabilă oferta. Exemplu de caz: o reclamă care ar anunța următoarea promoție specială: „Zburați la Viena cu numai 1 euro!”. După accesarea site-ului, biletele de avion la prețul de 1 euro nu mai sunt disponibile. Serviciul pentru clienți al companiei în cauză anunță că tariful redus s-a aplicat doar pentru câteva bilete. Compania ar trebui să își retragă reclama pentru a evita ca și alți consumatori să cadă în aceeași capcană. Măsuri reparatorii pentru consumatorii care se confruntă cu practici comerciale neloiale Pe lângă posibilitățile existente de a solicita măsuri reparatorii, normele UE privind protecția

3.1.3. Când ambii, atât brandul, cât și influencerul, se pun de comun acord să inducă publicul în eroare, adică viitorii clienți ai brandului

Aceasta este chiar ipoteza juridică descrisă de art. 1215 Cod Civil, un veritabil dol comis de un terț. În această situație răspunderea va fi a cocontractantului clientului, brandul beneficiar al promovării, caz în care se va putea cere atât anularea contractului, cât și daune-interese în temeiul art. 1257 Cod Civil care prevede că: „În caz de violență sau dol, cel al cărui consimțământ este viciat are dreptul de a pretinde, în afară de anulare, și daune-interese sau, dacă preferă menținerea contractului, de a solicita numai reducerea prestației sale cu valoarea daunelor-interese la care ar fi îndreptățit.”

3.2. Publicitatea înșelătoare și publicitatea comparativă

Publicitatea înșelătoare și publicitatea comparativă beneficiază de o reglementare expresă și detaliată, fiind reglementate de Legea nr. 158/2008 privind publicitatea înșelătoare și comparativă.

Această lege are rolul de a asigura protecția comercianților și consumatorilor împotriva publicității înșelătoare și a consecințelor defavorabile ale acesteia și de a stabili condițiile în care publicitatea comparativă este permisă. Dispozițiile acestei Legi se aplică conținutului materialelor publicitare și mesajelor publicitare, oricare ar fi mijlocul de comunicare ce face posibil transferul informației.

În sensul legii, publicitatea e definită drept orice formă de prezentare a unei activități comerciale, industriale, artisanale sau liberale, în scopul promovării vânzării de bunuri sau servicii, inclusiv de bunuri imobile și drepturi și obligații.

Referitor la publicitatea înșelătoare, condițiile pentru încadrarea în această categorie sunt: să inducă sau să fie aptă să inducă în eroare persoanele cărora i se adresează sau care iau contact cu aceasta, prin orice mod, inclusiv prin modul de prezentare; să poată afecta comportamentul economic al persoanelor interesate de produse sau să prejudicieze ori să fie aptă să prejudicieze un concurent, drept consecință a caracterului înșelător.

Se prevede în mod expres că publicitatea înșelătoare este interzisă, fiind stabilite și criteriile pe baza cărora se poate stabili caracterul înșelător al publicității. În acest sens trebuie luate în considerare în

consumatorilor le permit autorităților naționale să oprească și să prevină practicile comerciale neloiale, cum ar fi reclamele false, inexacte sau înșelătoare. Este responsabilitatea autorităților naționale din țara de origine să asigure accesul la aceste măsuri reparatorii, în special la despăgubiri pentru daunele create și, dacă este cazul, la reducerea prețurilor și la rezilierea contractului.

(2) Publicitatea subliminală este utilizarea mesajelor subliminale și inconștiente în spații publicitare al căror scop principal este de a crea stimuli și impacturi asupra publicului fără cunoștința lor directă.

Prin intermediul acestui tip de practici publicitare, publicul nu este conștient de faptul că informațiile despre un anumit bun sau serviciu îi sunt transferate prin intermediul mesajelor subliminale care acționează la nivelul subconștientului.

(3) Publicitatea înșelătoare și publicitatea comparativă beneficiază de o reglementare expresă și detaliată, fiind reglementate de Legea nr. 158/2008 privind publicitatea înșelătoare și comparativă.

special informațiile conținute de aceasta referitoare la următoarele: caracteristicile bunurilor sau serviciilor, prețul, natura, atribuțiile și drepturile comerciantului care își face publicitatea.

În ceea ce privește publicitatea comparativă, aceasta este definită drept publicitatea care identifică în mod explicit sau implicit un concurent sau bunuri / servicii oferite de acesta. Aceasta este considerată legală dacă îndeplinește următoarele condiții cumulative: nu este înșelătoare; compară bunuri care sunt destinate acelorași scopuri; compară în mod obiectiv, caracteristici esențiale, relevante, verificabile și reprezentative ale bunurilor (inclusiv preț); nu discreditează sau denigrează mărcile, denumirile, bunurile; nu profită în mod neloial de reputația unei mărci; nu creează confuzie între comercianți, între cel care își face publicitatea și un concurent sau între mărci, denumiri comerciale.

Pentru nerespectarea dispozițiilor referitoare la publicitatea înșelătoare și pentru asigurarea respectării dispozițiilor referitoare la publicitatea comparativă, comercianții și asociațiile sau organizațiile care au interes legitim pot sesiza Ministerul Finanțelor Publice sau, după caz, Consiliul Național al Audiovizualului. Pentru asigurarea respectării dispozițiilor referitoare la publicitatea comparativă și consumatorii pot face sesizări, acestea fiind îndreptate către Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor. Aceste sesizări pot fi îndreptate fie împotriva unuia sau mai multor comercianți din același sector economic, fie împotriva responsabilului de cod¹, dacă respectivul cod încurajează nerespectarea dispozițiilor legale.

De asemenea, Legea nr. 148/2000 prevede și alte situații, în afara publicității înșelătoare, când publicitatea este interzisă și anume atunci când: este subliminală; prejudiciază respectul pentru demnitatea umană și morala publică; include discriminări pe bază de rasă, sex, limbă, origine etc.; atentează la convingerile religioase sau politice etc. Publicitatea înșelătoare este interzisă pentru a proteja, pe de o parte, consumatorii de manipulare, și, pe de altă parte, concurenții de efectele nedorite asupra activităților economice. În schimb, publicitatea comparativă, aceasta este permisă doar dacă sunt respectate anumite condiții despre care am scris mai sus, prima condiție fiind aceea ca publicitatea comparativă să nu fie înșelătoare.

Și în cazul acestor tipuri de marketing există fenomenul de creare a unui nevoi induse, nereale, întrucât se inoculează ideea imaginii respectivului produs și se creează o influențare a consimțământului, mai ales în ceea ce privește raportul de alegere din el și cel al altei societăți comerciale de nișă.

3.3. Folosirea de sisteme de date biometrice (cazul Tik Tok)

„Direcționarea comportamentală” este o strategie de publicitate, pe internet, care oferă reclame digitale persoanelor pe baza comportamentului lor online (de exemplu căutare, cumpărături).

Această cercetare explorează modalitățile unice în care consumatorii răspund la anunțurile care utilizează acest tip de direcționare (comparativ cu anunțurile care folosesc forme mai tradiționale de direcționare), demonstrând că un anunț orientat comportamental poate acționa ca o etichetă socială chiar și atunci când nu conține etichetarea explicită.

Un bun exemplu care reflectă problema formării consimțământului în urma publicității țintă este situația platformei de socializare TikTok. TikTok și-a modificat politica de confidențialitate anul trecut pentru a permite colectarea de date biometrice, care pot include „amprente faciale și amprente vocale”, printre alteforme de identificatori biometrici. Practic, platforma colectează în timp real reacțiile persoanelor la conținutul oferit (incluzând și reclamele), pentru ca ulterior să furnizeze alt conținut pe baza preferințelor utilizatorului. Această abordare ridică două probleme interconectate: influențarea consimțământului în funcție de reclamele selectiv furnizate și caracterul discriminatoriu al repartizării acestora. Se poate observa că fiecare utilizator va avea un anumit tip de reclame prestabilite (de altfel și dinamice în funcție de modul în care în care utilizatorul răspunde la acestea), astfel că se nasc premisele unui anumit tip de comportament prestabilit. Întrebarea succesivă situației este se mai poate vorbi despre un consimțământ informat și nevicat în momentul în care sunt prezentate doar anumiți factori care contribuie la influențarea acestora? Efectul omisiunii acestor reclame poate fi văzut chiar ca un dol prin reticență. Trebuie să avem în vedere că însăși metoda utilizată de platforma de socializare ridică probleme de legalitate, după cum subliniază și Avizul CESE²⁹, modalitatea de reglementare propusă nefiind suficientă pentru protecția cetățenilor statelor membre față de potențialul real de încălcare a drepturilor și libertăților fundamentale.

Concluzii

În lumina celor prezentate în secțiunile anterioare, considerăm că am demonstrat faptul că voința juridică poate fi influențată în mod determinant de marketingul digital. După cum am evidențiat, consumatorul, când ia o decizie, o ia în funcție de anumiți factori, unul dintre aceștia fiind chiar activitatea de marketing digital. Neputând neglija rolul acestei activități și modul determinant în care contribuie în anumite situații la formarea voinței juridice, suntem de părere că o soluție oportună ar fi o atență reglementare a acesteia, pentru a pune la adăpost contractele încheiate între consumatori și comercianți de o posibilă nevalabilitate, acestea conducând, sperând noi, la o mai mare transparență în raporturile juridice analizate.

²⁹ CESE recomandă clarificarea interdicțiilor privind «tehnicile subliminale» și «exploatarea vulnerabilităților», astfel încât să reflecte interzicerea manipulărilor dăunătoare, recomandând totodată și adăugarea «prejudiciilor aduse drepturilor fundamentale, democrației și statului de drept», cu titlu de condiții pentru aceste interdicții” [pct. 1.5 din Aviz]

Bibliografie:**Resurse tipărite:**

1. Marian Nicolae, *Drept Civil. Teoria generală*, Vol I și Vol II, ed. Solomon, 2018
2. Richard H. Thaler, *Comportament inadecvat*, Editura Publica, 2015, pentru ediția în limba română
3. Răzvan Dincă, *Contracte Civile special în noul Cod Civil*, Editura Universul Juridic, București, 2013
4. Liviu Pop, Ionut-Florin Popa, Stelian Ioan Vidu, *Drept civil. Obligațiile*, Editura Universul Juridic

Resurse digitale:

1. *Tăcerea este de aur? Despre îndatorirea de informare ca premisă a dolului prin reticență* – Cristian Paziuc (<https://www.juridice.ro/654167/tacerea-este-de-aur-despre-indatorirea-de-informare-ca-premisa-a-dolului-prin-reticenta.html>)
2. *Cât de inteligent este Artificial Intelligence Act?* – Adrian Groza, Silvia Uscov (https://www.juridice.ro/812434/cat-de-inteligent-este-artificial-intelligence-act.html#_ftn8)
3. Marketing – elemente fundamentale, strategii și tactici (<http://antreprenoriati.upm.ro/assets/cursuri/4/MMP/liviu-ciucan-rusu/MgmMkP1.pdf>)
4. *The exploitation of vulnerability through personalised marketing communication: are consumers protected?* Joanna Strycharz, Amsterdam School of Communication Research, University of Amsterdam, Netherlands & Bram Duivenvoorde, Molengraaff Institute for Private Law, Utrecht University, Netherlands (<https://policyreview.info/articles/analysis/exploitation-vulnerability-through-personalised-marketing-communication-are>)
5. *The effect of influencer marketing on the buying behavior of young consumers* - Noémie Gelati, Jade Verplancke (<https://liu.diva-portal.org/smash/get/diva2:1668422/FULLTEXT01.pdf>)
6. *Marketing and the Vulnerable* - George G. Brenkert, Cambridge University Press (<https://www.cambridge.org/core/journals/business-ethics-quarterly/article/abs/marketing-and-the-vulnerable/4479CA04CB7406A07092342A12E88618>)
7. *Vulnerable consumers: marketing research needs to pay more attention to the brain health of consumers* - Andrija Javor, Monika Koller, Nick Lee & Hans Breiter (<https://link.springer.com/article/10.1007/s11002-022-09654-3>)
8. *Marketing and its impact on vulnerable consumer groups like children, adolescents* - Fezeena Khadir (<http://dspace.iimk.ac.in/xmlui/bitstream/handle/2259/633/433-441.pdf?sequence=1&isAllowed=y>)
9. *The impact of influencers on advertising and consumer protection in the Single Market* - the European Parliament - ([https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/703350/IPOL_STU\(2022\)703350_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/703350/IPOL_STU(2022)703350_EN.pdf))
10. *Regulating targeted and behavioural advertising in digital services* – the European Parliament ([https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694680/IPOL_STU\(2021\)694680_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694680/IPOL_STU(2021)694680_EN.pdf))

11. *The Pathologies of Digital Consent* - Neil Richards, Washington University & Woodrow Hartzog, Northeastern University
(https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6460&context=law_lawreview)

Secțiunea Drept Penal

Furtul săvârșit de către o persoană travestită – transsexuală

Theft by a transsexual travestite

Vol par un travesti transsexuel

Vlad BĂRBULESCU – anul III, grupa 302

coordonatori: prof. univ dr. Valerian CIOCLEI, drd. Valentina DINU

PREMIUL II

Rezumat: Prezenta lucrare își propune să atragă atenția asupra unor probleme care, mai mult ca sigur, vor apărea în practica judiciară penală românească. Acestea se referă la situația persoanelor transsexuale, în contextul agravării răspunderii persoanelor travestite care săvârșesc un furt. Scopul eseului este acela de a recomanda soluții practice, cu arătarea prealabilă a temeiurilor ce le susțin, din perspectiva principiilor și rațiunii dreptului penal, a jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului și a contextului social românesc actual.

Cuvinte cheie: furt, furt calificat, transsexual, travestit.

Abstract: Through this essay I want to draw attention to some issues that the Romanian criminal practice will certainly encounter. They refer to the situation of transsexuals and their stricter criminal responsibility in case of theft. The goal of this essay is to recommend practical solutions, preliminarily indicating the grounds on which they stand, based on the principles of criminal law, on the precedent of the European Court of Human Rights and on the Romanian present day social context.

Keywords: theft, aggravated theft, transsexual, travestite

Résumé: L'essai vise à traiter une problématique qui va apparaître, sans doute, dans la pratique judiciaire roumaine. On parle, donc, de la situation des personnes transsexuelles dans le contexte de l'aggravation de la responsabilité juridique des personnes travesties qui commettent l'infraction du vol. Le but de cette dissertation est de recommander des solutions pratiques à cette problématique dans une manière qui regarde les principes du droit pénal, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et le contexte social existant en Roumanie.

Mots-clés: vol, vols aggravés, transsexuels, travestis

1. Problematică

Este incriminat furtul săvârșit de către o persoană travestită, calificarea faptei fiind aceea de furt calificat, astfel cum rezultă din articolul (în continuare *art.*) 229 alineat (în continuare *alin.*) 1 litera (în continuare *lit.*) c), raportat la art. 228 din Codul penal.¹

Elementul circumstanțial agravant se poate realiza în trei modalități: prin mascare, deghizare sau travestire. În privința participației, circumstanța agravantă este una reală și se răsfrânge asupra participanților, în măsura în care au cunoscut-o.²

Va fi supusă analizei doar modalitatea travestirii. Considerăm că nu există discuții spinoase referitoare la ipoteza în care o persoană se travestește în scopul de a săvârși un furt. Situația este alta atunci când persoana care săvârșește un furt este întotdeauna travestită. Aceasta este premisa pe care se bazează precizările care urmează.

¹ Art. 229: (1) Furtul săvârșit în următoarele împrejurări: (...) c) de o persoană (...) travestită (este furt calificat n.n.); Art. 228: (1) Luarea unui bun mobil din posesia sau detenția altuia, fără consimțământul acestuia, în scopul de a și-l însuși pe nedrept, se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă. (2) Fapta constituie furt și dacă bunul aparține în întregime sau în parte făptuitorului, dar în momentul săvârșirii acel bun se găsea în posesia sau detenția legitimă a altei persoane. (3) Se consideră bunuri mobile și înscrisurile, energia electrică, precum și orice alt fel de energie care are valoare economică;

² I. Kuglay în G. Bodoroncea, V. Cioclei, I. Kuglay, L.V. Lefterache, T. Manea, I. Nedelcu, F.-M. Vasile, G. Zlati, *Codul penal. Comentariu pe articole*, Ed. 3, editura C.H. Beck, 2020, București, p. 823.

Atragem atenția asupra regimului sancționator incident în cazul furtului calificat. Spre deosebire de furtul *simplu*, în cazul căruia pedeapsa este închisoarea de la 6 luni la 3 ani sau amenda, în cazul furtului calificat, pedeapsa este închisoarea de la 1 la 5 ani, fără posibilitatea amenzii.

În continuare, lucrarea va analiza problematica din perspectiva relației travestit – transsexual. Bunăoară, după cum rezultă din cele ce urmează, cele două se întrepătrund.

Dreptul penal trebuie să se adapteze cu celeritate la schimbările care apar în societatea căreia i se adresează. Este bine cunoscut faptul că normele de drept penal reglementează relațiile sociale privind protecția valorilor sociale, însă acestea sunt într-o continuă dinamică în răsărit de mileniu III. Astfel, în chip firesc, apare posibilitatea ca anumite norme de drept penal să cadă în desuetudine prin aceea că rațiunea lor nu a avut în vedere existența anumitor moravuri socotite în prezent legitime, devenind, astfel, inconsecvente prin raportare la realitatea căreia acestea i se adresează. Întrebarea la care își propune să răspundă această lucrare este dacă articolul 229 alin. (1) lit. c) din Codul penal (care face ca furtul săvârșit de către o persoană travestită să fie calificat) nu se află cumva în această situație.

Astfel, analiza va debuta prin analiza contextului social și juridic relevant, după care se va trece la aspectele intrinseci ale art. 229 alin. (1) lit. c).

2. Necesitatea abordării subiectului

Considerăm că, pentru a stabili oportunitatea sau constituționalitatea unui text de lege, respectiv pentru a propune soluții jurisprudențiale privind aplicarea acestuia, este imperios să se stabilească în prealabil realitatea socială căreia textul i se adresează.

Așadar, propunem o analiză a evoluției opțiunilor pe care persoanele le au în legătură cu aspectul pe care îl semnifică și a considerentelor Curții Europene a Drepturilor Omului asupra drepturilor pe care le au persoanele ce manifestă opțiuni care, în trecut, erau văzute ca fiind nonconformiste (cel puțin).

2.1. Contextul social

În privința orientării sexuale, libertatea cvasitotală acordată tuturor persoanelor a deschis calea către apariția de opțiuni noi și, implicit, către explorarea acestora. Relevantă pentru această lucrare este una dintre aceste opțiuni, anume cea a transsexualismului. Transsexualismul este definit ca o

tulburare extremă a identității de gen, care se manifestă prin dorința de a opera o schimbare de sex.³

Există indicii că această afecțiune a început să se *răspândească* în rândul adolescenților din Statele Unite ale Americii. Astfel, conform statisticilor⁴, numărul adulților transsexuali a rămas stabil, la 1.3 milioane de persoane, adică 0.5% din populația Statelor Unite ale Americii. Pe de altă parte, în rândul adolescenților cu vârste cuprinse între 13 și 17 ani se numără 300.000 de persoane care se consideră transsexuale, ceea ce înseamnă 1.6% din persoanele din acest interval de vârstă.

Nici la nivelul Uniunii Europene, nici la nivel național nu există o statistică oficială⁵ care să releve procentul de persoane transsexuale din rândul populației. Cu toate acestea, există diverse studii⁶ realizate pe eșantioane alcătuite din persoane transsexuale, atât la nivel național, cât și la nivel european, care indică faptul că transsexualismul nu este o chestiune specifică unui popor sau unei societăți anume, ci este o tulburare aptă să apară în orice teritoriu, asupra oricărei persoane, indiferent de sex, etnie, situație bănească sau nivel de educație, dar ale cărei origini nu sunt cunoscute cu claritate.

Dat fiind faptul că libertatea persoanei în a își alege propria identitate sexuală există, aceasta va fi uzitată și explorată. În contextul în care generațiile tinere au acces la informație privind aceste chestiuni și gândirea de tip progresist pare să se înrădăcineze în conștiința acestora, suplinind conservatorismul tipic românesc, cred că putem, în mod rezonabil, să presupunem că numărul persoanelor transsexuale va crește. Este greu de spus în ce măsură, dar **este extrem de important pentru economia acestei lucrări să subliniem faptul că practica judiciară penală, cu siguranță, se va lovi mult mai frecvent de probleme în care sunt implicate persoane travestite.** În ipoteza în care o persoană transsexuală nu a operat încă sau nu dorește să opereze o schimbare medicală de sex, aceasta, în înțelesul legii române, este o persoană travestită dacă are înfățișarea sexului opus.

2.2. Context juridic - considerentele Curții Europene ale Drepturilor Omului

În cele ce urmează, vom sublinia o serie de precizări relevante făcute de Curtea Europeană a Drepturilor Omului (în continuare *Curtea*). Menționăm că acestea se referă la încălcări ale dreptului la o viață privată prin anumite reglementări de natură civilă din diverse state, însă raționamentele Curții ar trebui să se aplice, *a fortiori*, și încălcărilor ce derivă din reglementări penale.

³ <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/10340231/> (accesat la data de 14.02.2023);

⁴ <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/publications/trans-adults-united-states/> (accesat la data de 14.02.2023);

⁵ Cifrele neoficiale arată că în România, în anul 2020, persoanele transgender reprezentau 0.6% din populație. https://ro.wikipedia.org/wiki/Demografia_orient%C4%83rii_sexuale (accesat la data de 16.02.2023);

⁶ https://fra.europa.eu/sites/default/files/eu-lgbt-survey-results-at-a-glance_en.pdf;

https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-being-trans-eu-comparative-summary_ro.pdf;

<https://transinromania.ro/wp-content/uploads/Raport-trans-in-Romania.pdf> (accesate la data de 14.02.2023);

a) *Opinia actuală*

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a pronunțat numeroase decizii legate aplicabilitatea art. 8 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului⁷ (în continuare *Convenția*) în cazul persoanei transsexuale. Art. 8 reglementează dreptul fundamental la o viață privată. Constituția României reia și detaliază prevederile articolului mai sus menționat prin art. 26, cu denumirea marginală *Viața intimă, familială și privată*, art. 27, cu denumirea marginală *Inviolabilitatea domiciliului*, și art. 28, cu denumirea marginală *Secretul corespondenței*.

În analiza realizată de Curte, în numeroase rânduri, aceasta a statuat că art. 8 este pe deplin aplicabil persoanelor transsexuale. Edificatoare este o hotărâre în motivarea căreia Curtea a statuat cu subiect și predicat faptul că *în secolul XXI, dreptul persoanelor transsexuale la dezvoltare personală și securitate fizică și morală nu poate reprezenta o chestiune controversată care să necesite vreo curgere de timp pentru a fi asimilată de către societate*.⁸ Achiesarea Curții la această linie de gândire nu este întâmplătoare, având o serie de consecințe juridice. Așadar, *având în vedere că esența Convenției este respectul pentru demnitatea umană (...) art. 8 (din Convenție n.n.) consacră autonomia personală (...), și acordă protecție sferei intime a fiecărui individ, ceea ce include și dreptul de a stabili detaliile propriei identități*.⁹ Curtea a arătat și că nu este prima care face recunoașterea genului nu pe bază *sex atribuit la naștere*¹⁰, ci pe o multitudine de alți factori. Instanțele care au început această practică au fost cele australiene și neo-zeelandeze.¹¹

Pornind de la cele arătate în paragraful anterior, Curtea a dezvoltat o bogată jurisprudență în jurul dreptului fundamental la o viață privată. Astfel, s-a stabilit, cu valoarea de principiu, faptul că sintagma *viață privată* nu este susceptibilă de o definiție exhaustivă, însă este posibil ca aceasta să includă dreptul persoanei (în speța citată persoana fiind transsexuală) de a își stabili identitatea socială¹². Curtea a reținut faptul că *instanța civilă a lezat dreptul petentei de a se defini ca o persoană de sex feminin* (prin respingerea unei acțiuni împotriva asigurătorului medical prin care reclamanta a solicitat să îi fie rambursate jumătate din cheltuielile efectuate pentru tratamentele

⁷ Art. 8: 1. Orice persoană are dreptul la respectarea vieții sale private și de familie, a domiciliului său și a corespondenței sale. 2. Nu este admis amestecul unei autorități publice în exercitarea acestui drept decât în măsura în care acesta este prevăzut de lege și constituie, într-o societate democratică, o măsură necesară pentru securitatea națională, siguranța publică, bunăstarea economică a țării, apărarea ordinii și prevenirea faptelor penale, protecția sănătății, a moralei, a drepturilor și a libertăților altora.

⁸ Cauza Christine Goodwin c. Regatului Unit, nr. 28957/95 din 11/07/2002 (în continuare *Goodwin c. Regatului Unit*), pg. 90, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60596> (accesat la data de 14.02.2023).

⁹ Ibidem.

¹⁰ Idem, p. 86.

¹¹ Ibidem.

¹² Cauza Van Kuck c. Germaniei, nr. 35968/97 din 12/06/2003, pg. 69, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61142> (accesat la data de 14.02.2023).

hormonale pe care le-a efectuat), exercitarea acestui din urmă drept reprezentând o *formă esențială de autodeterminare*¹³, ceea ce a dus la încălcarea art. 8 din Convenție.

b) Evoluția opiniei Curții

Opinia Curții nu a fost întotdeauna aceasta. În anul 1986, Curtea a debutat în jurisprudența sa asupra relației dintre particularitățile situației persoanelor travestite și art. 8 din Convenție prin a statua că *dreptul la o viață privată poate implica o serie de obligații pozitive în sarcina statelor membre*¹⁴, având ca scop asigurarea respectării efective a acestui drept. Cu toate acestea, la acea vreme, Curtea a arătat că, *pentru a stabili dacă obligațiile pozitive ale statului există, trebuie avut în vedere echilibrul între interesul general al societății și interesul particular al titularului dreptului ce se pretinde a fi lezat*¹⁵, iar aprecierea privind acest raport este în sarcina statului. Astfel, Curtea a socotit că statul nu a încălcat dreptul la o viață privată al reclamantei prin refuzul de a îi modifica sexul în registrele de stare civilă. Soluția a fost păstrată și în anul 1990, când, din aceleași raționamente, Curtea a statuat că nu reprezintă o încălcarea a art. 8 din Convenție faptul că statul nu a recunoscut efectele căsătoriei încheiate între reclamantă, persoană transsexuală, și soțul său¹⁶. Totuși, în ambele cauze, Curtea a statuat că întotdeauna Convenția trebuie interpretată în lumina contextului social existent și că statele membre trebuie să aibă în vedere reglementarea adecvată a situației persoanelor transsexuale¹⁷.

Cu toate acestea, în anul 1992, Curtea a luat act pentru prima dată de progresul științific și social în această materie¹⁸, când a stabilit că refuzul statului de a rectifica actele de stare civilă, coroborat cu ansamblul situației de fapt, *nu este compatibil cu dreptul la viață privată al reclamantei*¹⁹. S-a stabilit astfel în sarcina statului pârât o obligație pozitivă al cărei creditor este o persoană transsexuală, în temeiul art. 8 din Convenție.

În anul 2002, Curtea a renunțat la poziția anterior exprimată, anume că statele membre ar fi suverane în a face aprecierea raportului dintre interesul public și interesul privat al persoanelor transsexuale în privința drepturilor lor de a fi într-un tot recunoscute în actele de stare civilă ca fiind de sexul opus celui ce le-a fost atribuit la naștere. În acest context, Curtea a statuat, cu valoare de

¹³ Idem, p. 73.

¹⁴ Cauza Rees c. Regatului Unit, nr. 9532/81 din 17/10/1986, (în continuare *Rees c. Regatului Unit*), p. 35. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57564> (accesat la data de 15.02.2023).

¹⁵ Idem, p. 37.

¹⁶ Cauza Cossey c. Regatului Unit nr. 10843/84 din 27/09/1990 (în continuare *Cossey c. Regatului Unit*), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57641> (accesat la data de 15.02.2023).

¹⁷ *Cossey c. Regatului Unit*, pg. 42; *Rees c. Regatului Unit*, p. 47.

¹⁸ Cauza B. c. Franței nr. 13343/87 din 25.03.1992, pg. 48, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57770> (accesat la data de 15.02.2023).

¹⁹ Idem, p. 63.

principiu, că statul are o obligație pozitivă de a asigura dreptul la viață privată al persoanelor transsexuale²⁰, dat fiind contextul în care se face interpretarea art. 8 din Convenție.

c) Ingerințe asupra dreptului a o viață privată

În jurisprudența Curții, fiind avute în vedere dispozițiile celui de-al doilea paragraf al art. 8, Curtea a statuat că ingerințele asupra dreptului la o viață privată sunt posibile²¹. Cu toate acestea, limitările nu pot fi făcute în mod arbitrar de către stat, nu în sensul în care statul nu este primul care face aprecierea asupra necesității restrângerii exercițiului dreptului, ci în sensul în care aprecierea necesității restrângerii făcută de către stat poate face obiectul judecății Curții²². Mai mult, ingerințele trebuie să se întemeieze pe o nevoie presantă a societății, nefiind suficient să fie utile, rezonabile sau dezirabile²³, iar această nevoie presantă trebuie să fie întotdeauna în acord cu valorile unei societăți democratice²⁴.

2.3. Concluzia capitolului

Toate cele de mai sus conduc la concluzia că valorile sociale în cazul particular al persoanelor transsexuale au fost într-o continuă dinamică, aceasta fiind reflectată în evoluția jurisprudențială a Curții. Se poate presupune, în mod rezonabil, că, în mod simetric, la fel cum Curtea nu s-a oprit din a se confrunta cu diverse probleme juridice privind recunoașterea diferenței obiective de situație a persoanelor transsexuale, nici instanțele naționale nu se vor opri din a se confrunta cu asemenea probleme. **Se poate spune că evoluția jurisprudenței Curții, prin simpla sa existență, și concluzia la care aceasta a ajuns vin în sprijinul afirmației de mai sus, în sensul că instanțele române vor avea de soluționat din ce în ce mai multe litigii în care vor trebui să țină cont de această situație obiectiv diferită²⁵.**

Date fiind toate cele de mai sus, analiza art. 229 alin. (1) lit. c) din Codul penal trebuie să aibă la bază o serie de coordonate, astfel încât să se stabilească în ce măsură textul de lege este în acord cu Constituția și cu jurisprudența instanței europene. Așadar, se impune a se stabili i) corecta interpretare a normei penale; ii) dacă norma astfel interpretată reprezintă o ingerință asupra dreptului la o viață privată; și iii) în măsura în care textul astfel interpretat reprezintă o ingerință asupra dreptului anterior menționat, dacă aceasta este justificată. În funcție de rezultatul acestei analize, vom propune soluții practice pe care credem că instanțele ar trebui să le adopte.

²⁰ Goodwin c. Regatului Unit, p. 93.

²¹ Cauza Dudgeon c. Regatului Unit nr. 7525/76 din 22.10.1981, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57473> (accesat la data de 15.02.2023).

²² Idem, p. 52.

²³ Idem, p. 51.

²⁴ Idem, p. 53.

²⁵ Supra, p. 2, p. 2.1.

3. Posibilele interpretări ale art. 229 alin. (1) lit. c) din Codul penal

Norma de drept penal supusă analizei se poate interpreta în două moduri: i) prin interpretare gramaticală, sau ii) prin interpretare istorică. Aceste două modalități de a interpreta norma duc la soluții diferite, care trebuie analizate i) sub aspectul rezultatului pe care interpretarea îl produce în contextul social actual²⁶ și ii) sub aspectul conformității cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului.

3.1. Ubi lex non distingue nec nos distinguere debemus

Raportat la modalitatea în care este redactat textul incriminator, se poate ridica problema dacă nu cumva legiuitorul nu a omis în mod intenționat din a distinge între categoriile de persoane travestite care săvârșesc un furt. Apreciem că se impun câteva precizări.

3.1.1 Considerații generale

Este de notorietate faptul că legea penală este de strictă interpretare. Această aserțiune tinde să ducă la concluzia că textul se aplică astfel cum este redactat, deci cu privire la orice furt săvârșit de către o persoană travestită.

Din perspectiva rezultatului pe care această interpretare l-ar avea asupra destinatarilor săi, este imperios a fi menționat faptul că, deși legea nu distinge, consecințele interpretării ar fi greu de justificat de vreoaică rațiune de politică penală. În doctrină s-a arătat în mod judicios faptul că textul incriminator ar putea căpăta o serie de valențe de neconstituționalitate dacă s-ar interpreta pe cale gramaticală, deoarece rezultatul acestei interpretări este acela că o persoană care se travestește întotdeauna nu ar putea să săvârșească un furt *simplu*²⁷. Suntem de acord cu optica autorului anterior citat. Credem că neconformitatea cu legea fundamentală ar deriva din coroborarea art. 16 și 26 din Constituție, deoarece, dacă s-ar aprecia că dacă legiuitorul nu a făcut distincție, nici noi nu ar trebui să facem, ar însemna să socotim că o persoană care se travestește în mod obișnuit are un drept la viață privată cu mai puține prerogative decât dreptul la viață privată aparținând celorlalte persoane, ceea ce este de natură a crea o categorie discriminată de persoane, lucru vădit incompatibil cu valorile unui stat democratic.

Mai mult decât atât, trebuie să facem analiza și din perspectiva jurisprudenței instanței europene. Dacă aceasta ar fi interpretarea corectă a normei, ar însemna că statul apreciază că o vădită

²⁶ În sensul în care norma se analizează după impactul pe care îl are asupra membrilor societății, iar nu în sens tehnic, adică după cum rezultatul interpretării normei este unul declarativ, restrictiv sau extensiv.

²⁷ A se vedea nota nr. 3 din M. Udrioiu, Sinteze de Drept penal. Partea specială, ediția 3, volumul I, ed. C.H. Beck, 2022, București, p. 445.

ingerință asupra dreptului la o viață privată ar fi strict necesară. Credem că nu se poate pune această problemă. O astfel de ingerință nu este nici măcar utilă, deoarece **persoanele care se travestesc în mod uzual nu devin mai greu de identificat prin aceea că la momentul săvârșirii faptei înfățișau caracteristicile sexului opus**, deci nu există un interes general care să justifice încălcarea interesului privat al titularului dreptului la o viață privată. Nu credem că există vreo altă rațiune care ar putea să justifice restrângerea exercițiului unui drept fundamental în cazul furtului săvârșit de către o persoană travestită, alta decât aceea că un făptuitor suficient de abil cât să își ascundă identitatea prin mascarea sexului său ar trebui să fie pedepsit mai grav. În cazul persoanelor transsexuale, această rațiune nu subzistă, deoarece, prin definiție, ele întruchipează, (cel puțin) până la operația de schimbare a sexului, trăsăturile sexului opus. În acest context, este lesne de înțeles că această interpretare nu este conformă cu jurisprudența Curții.

3.1.2. Falsa problemă a identității de rațiune între considerentele Înaltei Curți de Casație și Justiție și situația persoanelor care se travestesc în mod uzual

Înalta Curte de Casație și Justiție (în continuare *Înalta Curte*) s-a pronunțat în anul 2022, prin recurs în interesul legii (în continuare *R.I.L.*), dezlegând următoare problemă de drept: *în situația în care infracțiunea de furt este comisă de o persoană ce poartă o mască, într-un spațiu unde purtarea măștii este obligatorie, se reține varianta calificată a infracțiunii de furt prevăzute de dispozițiile art. 228 alin. (1) - art. 229 alin. (1) lit. c) din Codul penal (furt calificat săvârșit de către o persoană mascată n.n.)?* Răspunsul Înaltei Curți a fost afirmativ²⁸.

În acest context se poate pune întrebarea dacă nu cumva există identitate de rațiune în aplicarea legii penale între ipoteza în care o persoană mascată săvârșește un furt în condițiile în care există obligația legală de a purta mască și ipoteza în care o persoană travestită, dar care se travestește întotdeauna, săvârșește un furt. Dacă răspunsul ar fi afirmativ, ar rezulta că trebuie reținut furt calificat în ambele cazuri. Apreciem că răspunsul este, însă, negativ. În argumentarea soluției date prin R.I.L., a fost invocată drept argument interpretarea literală a textului de lege²⁹. În doctrină s-a mai argumentat și faptul că făptuitorul este la fel de periculos, indiferent dacă a decis în mod premeditat să se mascheze, deghizeze sau să se travestească sau dacă era mascat, deghizat sau travestit în mod accidental, fără a avea scopul de a săvârși o infracțiune³⁰. Aceste raționamente sunt

²⁸ R.I.L. 4/2022 – Înalta Curte, completul pentru dezlegarea unor chestiuni în materie penală, publicat în M. Of. nr. 35/05.04.2022, <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocumentAfis/253654> (accesat la data de 16.02.2023).

²⁹ Idem (opinia domnului prof. dr. Valerian Ciocle, în susținută de instanța supremă).

³⁰ G. C. Ioan, *Furtul săvârșit de o persoană mascată, deghizată sau travestită, în contextul obligației de purtare a măștii în spații închise*, <https://www.penalmente.eu/2020/06/22/furt-calificat-masca/> (accesat la data de 16.02.2023). Autorul face comparație între sistemul Codului penal românesc, care nu face nicio distincție (între făptuitorul care și-a premeditat deghizarea, mascarea sau travestirea și cel care nu a făcut acest lucru) și trebuie interpretat ca atare și sistemul Codului Penal Californian, în cazul căruia se reține o agravantă generală în cazul persoanei care poartă o mască, păr facial artificial sau orice altă deghizare (completă sau parțială) **cu unul dintre următoarele scopuri**: (i) sustragerea de

valabile în cazul celui ce săvârșește un furt purtând o mască de protecție, deoarece în acest caz făptuitorul creează organelor judiciare dificultăți în a îl identifica în aceeași măsură ca și o persoană care și-a premeditat mascarea, deghizarea sau travestirea. S-a mai spus, de asemenea, și că făptuitorul ar putea chiar să se folosească de obligația legală de purtare a măștii în speranța că nu s-ar reține furt calificat, ci furt simplu³¹.

În cazul persoanei transsexuale (care nu a operat încă o schimbare de sex), care în mod obișnuit adoptă un aspect specific sexului opus, nu se mai poate susține nici faptul că a îngreunat sarcina organelor judiciare, deoarece aspectul său rămâne neschimbat de la momentul săvârșirii faptei și până la momentul în care ar putea deveni suspect, astfel încât acesta ar putea fi la fel de ușor identificat de către martori precum autorul unui furt simplu. Pe cale de consecință, rațiunile nu pot fi identice, iar analogia nu este posibilă.

3.2. Interpretarea istorică

Interpretarea istorică presupune studierea condițiilor de ordin politic, economic, social și juridic în care a fost adoptată legea, pentru a afla înțelesul normei³². Relevante sunt, cu precădere, aspectele sociale. Astfel, apreciem că este nevoie să fie avut în vedere faptul că de la momentul adoptării Codului penal și până în prezent, societatea a fost într-o constantă dinamică în legătură cu integrarea persoanelor transsexuale în societate. Considerăm că se poate presupune, în mod rezonabil, că legiuitorul nu a avut în vedere situația persoanelor care se travestesc în mod obișnuit cu ocazia redactării art. 229 alin. (1) lit. c), în contextul în care, la acel moment, nu existau nici măcar cifre neoficiale care să oglindească existența sau măsura existenței persoanelor transsexuale în România. Credem că soluția propusă este întărită și de un argument de tip *reductio ad absurdum*, deoarece, cum am arătat anterior, o interpretare contrară ar conduce la ideea că o întreagă categorie de oameni ar putea săvârși doar furturi calificate³³.

3.2.1. Conformitatea cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului

Având în vedere consacrarea de către Curte a dreptului persoanelor transsexuale la o viață privată, trebuie remarcat că această a doua interpretare este singura în acord cu jurisprudența instanței europene. Art. 229 alin. (1) lit. c) nu apare astfel ca o ingerință în viața privată a persoanelor transsexuale, dar nici nu dezechilibrează balanța dintre interesul privat al titularului dreptului la o

la descoperirea, recunoașterea sau identificarea sa în timpul săvârșirii unei fapte în public; (ii) ascunderea sau evadarea, atunci când este arestată sau condamnată pentru o infracțiune.

³¹ Idem.

³² C. Mitrache, C. Mitrache, *Drept penal român. Partea generală*, ediția III, ed. Universul Juridic, 2019, București, p. 76.

³³ Supra, nr. 3.1.1.

viață privată și interesul general al societății, din considerentele arătate anterior, anume că nu se poate vorbi despre o mai dificilă identificare a făptuitorului în situația în care acesta este travestit.

4. Soluții

Astfel cum am arătat anterior, practica judiciară penală urmează să se lovească tot mai des de litigii care implică persoane travestite. Din acest motiv, apreciem că se impune o serie de recomandări.

Înainte de toate, trebuie identificat domeniul de aplicare al elementului agravant. În doctrină s-au propus mai multe definiții pentru noțiunea de *persoană travestită*. Pe de-o parte, s-a arătat că persoana este travestită atunci când înfățișarea sa semnifică caracteristicile sexului opus³⁴. O definiție mai completă explică faptul că travestirea presupune prezentarea unei persoane sub o identitate sexuală diferită de cea reală, aceasta putând să se realizeze prin folosirea de îmbrăcăminte de sex opus, modificări ale aspectului, eventual ale glasului etc.³⁵

În acest context, trebuie menționat că persoanele transsexuale pot și trebuie să fie recunoscute ca aparținând sexului opus față de cel biologic, *fără a fi condiționate de o operație de schimbare de sex*, conform jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului, care a statuat în mod expres acest lucru³⁶. Curtea face vorbire în acest caz despre schimbarea sexului unei persoane în registrele de stare civilă. **Rezultă că există posibilitatea ca o persoană care, din punct de vedere biologic, și-a păstrat toate trăsăturile specifice sexului atribuit la naștere, să figureze în registrele de stare civilă ca aparținând celuilalt sex, ca urmare a modificării acestora.** În această situație ar părea că indiferent cărui gen este specific aspectul adoptat de făptuitor la momentul săvârșirii faptei, acesta ar avea potențialul să îl facă mai greu de identificat. În această ipoteză, apreciem că **instanța ar trebui să rețină furt calificat doar atunci când făptuitorul și-a creat un aspect specific sexului opus față de cel din registrele de stare civilă și prin aceasta a fost îngreunată identificarea făptuitorului.** Această concluzie se desprinde din faptul că, prin ipoteză, a existat o manifestare de voință din partea făptuitorului, în sensul schimbării mențiunilor din registrele de stare civilă, anterior săvârșirii faptei, prin care și-a creat o identitate socială bazată pe un anume sex, pe care și-a însușit-o inclusiv în momentul săvârșirii infracțiunii. Înăsprirea regimului sancționator ar putea avea semnificația unei ingerințe asupra exercitării dreptului la o viață privată, ingerință ce n-ar fi justificată de o nevoie socială presantă și nici nu ar servi la prevenirea faptelor penale, deoarece fapta este oricum

³⁴ S. Bogdan, *Drept penal. Partea Specială*, ed. Universul Juridic, 2009, București, p. 236.

³⁵ V. Cioclei, *Drept penal. Partea specială I*, ediția 7, ed. C.H. Beck, 2022, București, p. 272.

³⁶ Cauza A.P., Garçon și Nicot c. Franței, rezumat realizat de Curtea Supremă de Justiție a Republicii Moldova, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-173609> (accesat la data de 16.02.2023).

incriminată ca furt simplu, pe de-o parte. Pe de altă parte, există și posibilitatea reținerii furtului calificat, în ipoteza în care făptuitorul își *trădează* identitatea socială pe care el însuși a construit-o.

Pentru a exemplifica, vom folosi următoarea situație premisă: un bărbat (din punct de vedere biologic) care și-a păstrat toate caracteristicile specifice genului său – în acest exemplu presupunem că are calviție – și nu a operat o schimbare de sex, în registrele publice figurând ca femeie, săvârșește o infracțiune de furt care nu îndeplinește nicio (altă) condiție pentru a fi încadrat drept furt calificat. Dacă acest făptuitor ar folosi haine specifice genului feminin (de exemplu, dacă ar purta o rochie), nu s-ar putea reține furt calificat în sarcina sa, ci doar un furt simplu. În schimb, dacă același făptuitor ar folosi haine pe care le folosesc de obicei și persoane de sex opus (de exemplu, blugi bărbătești și cămașă), situația trebuie nuanțată. Pe de-o parte, dacă acesta, în mod uzual, folosește haine specifice sexului feminin, dar fără niciun alt artificiu estetic, cel mai probabil furtul ar trebui în continuare considerat ca fiind simplu, deoarece, în principiu, nu i-a fost îngreunată identificarea prin simplul fapt al folosirii altor articole vestimentare decât cele folosite de obicei. Cu alte cuvinte, bunăoară, un astfel de făptuitor poate fi identificat la fel de ușor indiferent de hainele pe care le-ar folosi. Pe de altă parte, dacă acesta folosește în mod uzual haine specifice sexului feminin, dar acestea sunt însoțite de diverse artificii estetice (de exemplu, făptuitorul, având calviție, în general folosește o perucă și machiaje care să-i estompeze trăsăturile masculine), iar la momentul săvârșirii faptei folosește haine specifice sexului opus, renunțând totodată la artificiile estetice uzuale, fapta ar trebui încadrată ca furt calificat.

Situația este alta atunci când făptuitorul care a depus o cerere de rectificare a actelor de stare civilă, dar care nu a fost soluționată, este judecat pentru o infracțiune de furt. Considerăm că în această ipoteză **simpliciter existența a unei cereri de rectificare a actelor de stare civilă în sensul modificării mențiunilor privind sexul persoanei nu demonstrează o identitate socială sau alta**. În această situație, apreciem că instanța ar trebui să supună unui examen mai riguros existența sau inexistența elementului agravant. Astfel, pe de-o parte, este posibil ca, pentru a nu fi supus regimului juridic al furtului calificat, făptuitorul care s-a travestit în scopul săvârșirii infracțiunii sau care era travestit în mod accidental la momentul săvârșirii faptei să introducă o cerere de schimbare a sexului în actele de stare civilă, astfel încât să i se rețină un furt simplu, ceea ce ar fi inadmisibil. Acest fapt este relevant deoarece Curtea Constituțională a statuat, în motivarea unei decizii de respingere a unei excepții de neconstituționalitate privind art. 44 lit. i) din Legea nr. 119/1996 cu privire la actele de stare civilă și ale art. 4 alin. (2) lit. I) din Ordonanța Guvernului nr. 41/2003 privind dobândirea și schimbarea pe cale administrativă a numelor persoanelor fizice, faptul că ***schimbarea sexului constituie o opțiune a persoanei în cauză, cu efecte însă asupra statutului său social care ține de***

*ordinea publică*³⁷. Practic, Curtea Constituțională a arătat că schimbarea sexului unei persoane se face în procedură contencioasă, însă, astfel cum rezultă implicit din formularea folosită de instanța de contencios constituțional, instanța civilă nu verifică motivele care stau la baza cererii de schimbare a sexului, acestea fiind stabilite în mod suveran de către petent. Pe cale de consecință, **în ipoteza existenței unui litigiu penal, instanța penală trebuie să verifice dacă există motive licite la baza cererii de schimbare a sexului sau dacă aceasta este făcută doar în scopul de a eluda art. 229 alin. (1) lit. c), coroborând cererea introdusă la instanța civilă cu orice mijloc de probă relevant.**

Există și alte posibile situații premisă. Astfel, este posibil ca făptuitorul să fi operat o schimbare de sex, însă în registrele de stare civilă să figureze în continuare ca fiind de genul atribuit la naștere.³⁸ Considerăm că în ipoteza în care făptuitorul și-a schimbat sexul, însă, în actele de stare civilă, acesta figurează ca fiind de sex opus celui rezultat în urma operației, instanța ar trebui să țină cont, atunci când stabilește existența sau inexistența elementului agravant, de conformitatea aspectului făptuitorului cu sexul rezultat în urma operației, iar nu cu cel menționat în actele de stare civilă. De exemplu, dacă făptuitorul s-a născut, din punct de vedere biologic, bărbat, însă acesta a recurs la procedee medicale pentru schimbarea sexului care s-au finalizat prin faptul că acesta a dobândit majoritatea particularităților estetice ale persoanelor de sex feminin, și săvârșește o infracțiune de furt pentru care este judecat anterior introducerii cererii de chemare în judecată a consiliului local pentru rectificarea actelor de stare civilă, **instanța ar trebui să rețină furt calificat doar dacă făptuitorul și-a creat un aspect specific sexului opus față de cel rezultat în urma operației, dacă prin aceasta a fost îngreunată identificarea făptuitorului.** Soluția este doar aparent contradictorie cu prima recomandare. În realitate, cele două au la bază identitate de rațiune. În primul caz, manifestarea de voință a făptuitorului s-a concretizat prin modificarea actelor de stare civilă, iar în acest caz printr-o operație de schimbare de sex, însă ambele produc efectul juridic al modificării conținutului dreptului la o viață privată, care trebuie respectat în fizionomia pe care făptuitorul a creat-o anterior săvârșirii faptei.

În sfârșit, apreciem că în cazul în care furtul este săvârșit de către o persoană travestită care nici nu a operat o schimbare de sex și nici nu a introdus o cerere de schimbare a sexului, **aceasta ar trebui să aibă dreptul să dovedească identitatea socială pe care și-a creat-o prin orice mijloc de probă.**

³⁷ Decizia Curții Constituționale nr. 530/13.05.2008, publicată în M. Of. nr. 526/11.07.2008, <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/95525> (accesat la data de 17.02.2023).

³⁸ Această situație este plauzibilă deoarece, în România, procedura de schimbare a mențiunilor din actele de stare civilă se face într-un cadru contencios, în primă instanță la judecătoria, unde persoana ce dorește schimbarea sexului cheamă în judecată consiliul local în a cărui grijă se află actele de stare civilă ce se doresc a fi modificate. A se vedea, de exemplu, <https://sintact.ro/#/jurisprudence/529002585/1/sentinta-civila-nr-8111-2011-din-12-mai-2011-judecatoria-cluj-napoca-stare-civila-minori-si-familie?cm=SREST> și <https://sintact.ro/#/jurisprudence/524317539/1/sentinta-nr-8242-2013-din-16-mai-2013-judecatoria-brasov-nulitate-anulare-act-minori-si-familie?cm=SREST> (publicate pe www.rolli.ro, accesate la data de 17.02.2023). Rezultă că reclamantul într-o astfel de acțiune, dacă a operat o schimbare de sex anterior introducerii cererii sale și a săvârșit în acest interval de timp o infracțiune de furt, riscă să-i fie agravată răspunderea prin potențiala încadrare a faptei ca furt calificat.

Motivul pentru care facem această aserțiune este acela că dreptul la o viață privată nu este condiționat de nicio formalitate sub aspectul conținutului său, însă, în această situație, nici nu există vreun element care să instituie prezumția unui anume conținut al acestui drept (cum sunt în cazurile expuse anterior operația de schimbare a sexului sau hotărârea judecătorească de modificare a actelor de stare civilă).

Concluzii

În încheiere, socotim că trebuie, din nou, să atragem atenția asupra faptului că instanțele penale vor începe să facă aplicarea acestui articol mult mai des, într-un viitor relativ apropiat, iar necesitatea clarificării lui este evidentă.

O simplă poziție adoptată în jurisprudență credem că nu este suficientă pentru a evita orice problemă în legătură cu art. 229 alin. (1) lit. c). Pe de-o parte, rămâne loc de discuții privind previzibilitatea textului de lege astfel cum am arătat că ar trebui interpretat. Apreciem totuși că inclusiv o persoană fără pregătire juridică ar presupune că legea nu ar trebui interpretată în sensul în care persoanele care se travestesc în viața lor de zi cu zi ar putea săvârși numai furturi calificate. Pe de altă parte, textul, astfel cum este formulat, oricum ar fi interpretat, lasă neacoperită ipoteza în care o persoană care se travestește în viața sa de zi cu zi, dar care nici nu a introdus o cerere de schimbare a sexului și nici nu a operat o schimbare de sex, își creează, în mod convingător, un aspect specific sexului de care aparține în mod biologic spre a săvârși o infracțiune de furt. Fapta ar trebui să fie reținută ca furt calificat, deoarece un astfel de făptuitor este la fel de periculos precum orice făptuitor care se travestește pentru a săvârși o infracțiune de furt. În opinia noastră, textul de lege, în formularea sa actuală, nu permite încadrarea unei asemenea fapte ca fiind un furt calificat, deoarece în acest caz făptuitorul este travestit doar în raport cu imaginea pe care și-a creat-o în societate, dar se înfățișează în conformitate cu realitatea biologică și cu realitatea formală, constatată prin actele de stare civilă. Practic, dacă instanțele ar reține furt calificat în această ipoteză, s-ar ajunge la o imixtiune a autorității statului în viața privată a persoanei, imixtiune neprevăzută de lege, dat fiind că persoana travestită nu este definită de Codul penal, iar înțelesul obișnuit³⁹ al termenului nu permite o asemenea interpretare.

Având în vedere toate precizările de mai sus, opinăm că se impune, pentru i) sporirea previzibilității legii; ii) asigurarea respectării dreptului la o viață privată; iii) asigurarea egalității cetățenilor în fața legii, modificarea codului penal, prin adăugarea unui art. 229¹, cu următorul conținut: *prin*

³⁹ Dicționarul Explicativ al Limbii Române definește termenul *travestit* ca fiind 1. *deghizat*, sau 2. *homosexual care se îmbracă, se machiază ca o femeie sau care prezintă caractere feminine evidente, în special în urma unui tratament hormonal*.

sintagma persoană travestită se înțelege o persoană care, la momentul săvârșirii faptei, are un aspect specific sexului opus celui pe care îl înfățișează în mod obișnuit. Această soluție ar consacra un criteriu al aparenței în societate, util în a identifica situațiile în care elementul agravant este incident, și ar include în legalitate reținerea furtului calificat pentru persoanele care în mod obișnuit se travestesc, dar care nu au operat o schimbare de sex și nu au cerut modificarea actelor de stare civilă.

Bibliografie:

Resurse tipărite

1. Georgina Bodoroncea, Valerian Cioclei, Irina Kuglay, Lavinia Valeria Lefterache, Teodor Manea, Iuliana Nedelcu, Francesca-Maria Vasile, George Zlati, Codul penal. Comentariu pe articole. Ed. 3, editura C.H. Beck, 2020, București;
2. Constantin Mitrache, Cristian Mitrache, Drept penal român. Partea generală, ediția III, ed. Universul Juridic, 2019, București;
3. Sergiu Bogdan, Drept penal. Partea Specială, ed. Universul Juridic, 2009, București;
4. Mihail Udrioiu, Sinteze de Drept penal. Partea specială, ediția 3, volumul I, ed. C.H. Beck, 2022, București;
5. Valerian Cioclei, Drept penal. Partea specială I, ediția 7, ed. C.H. Beck, 2022, București.

Resurse digitale

1. National Library of Medicine (<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/10340231/> accesat la data de 14.02.2023);
2. University of California, Los Angeles (<https://williamsinstitute.law.ucla.edu/publications/trans-adults-united-states/> accesat la data de 14.02.2023);
3. Wikipedia (https://ro.wikipedia.org/wiki/Demografia_orient%C4%83rii_sexuale accesat la data de 16.02.2023);
4. European Union Agency for Fundamental Rights (https://fra.europa.eu/sites/default/files/eu-lgbt-survey-results-at-a-glance_en.pdf accesat la data de 14.02.2023);
5. European Union Agency for Fundamental Rights (https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-being-trans-eu-comparative-summary_ro.pdf accesat la data de 14.02.2023);
6. Asociația Accept (<https://transinromania.ro/wp-content/uploads/Raport-trans-in-Romania.pdf> accesat la data de 14.02.2023);

7. Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza Christine Goodwin c. Regatului Unit, nr. 28957/95 din 11/07/2002 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60596> accesat la data de 14.02.2023);
8. Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza Van Kuck c. Germaniei, nr. 35968/97 din 12/06/2003 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61142> accesat la data de 14.02.2023);
9. Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza Rees c. Regatului Unit, nr. 9532/81 din 17/10/1986 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57564> accesat la data de 15.02.2023);
10. Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza Cossey c. Regatului Unit nr. 10843/84 din 27/09/1990 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57641> accesat la data de 15.02.2023);
11. Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza B. c. Franței nr. 13343/87 din 25.03.1992 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57770> accesat la data de 15.02.2023);
12. Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza Dudgeon c. Regatului Unit nr. 7525/76 din 22.10.1981 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57473> accesat la data de 15.02.2023);
13. Înalta Curte de Casație și Justiție, completul pentru dezlegarea unor chestiuni în materie penală, Recurs în interesul legii nr. 4/2022, publicat în Monitorul Oficial nr. 335/2022 (<https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocumentAfis/253654> accesat la data de 16.02.2023);
14. G.C. Ioan, Furtul săvârșit de o persoană mascată, deghizată sau travestită, în contextul obligației de purtare a măștii în spații închise (<https://www.penalmente.eu/2020/06/22/furt-calificat-masca/> accesat la data de 16.02.2023);
15. Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza A.P., Garcon și Nicot c. Franței, rezumat realizat de Curtea Supremă de Justiție a Republicii Moldova (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-173609> accesat la data de 16.02.2023);
16. Curtea Constituțională, Decizia nr. 530/2008, publicată în Monitorul Oficial nr. 526/2008 (<https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/95525> accesat la data de 17.02.2023);
17. Judecătoria Cluj-Napoca, Sentința civilă nr. 811/2011 (<https://sintact.ro/#/jurisprudence/529002585/1/sentinta-civila-nr-8111-2011-din-12-mai-2011-judecatoria-cluj-napoca-stare-civila-minori-si-familie?cm=SREST> accesat la data de 17.02.2023);
18. Judecătoria Brașov, Sentința civilă nr. 8242/2013 (<https://sintact.ro/#/jurisprudence/524317539/1/sentinta-nr-8242-2013-din-16-mai-2013-judecatoria-brasov-nulitate-anulare-act-minori-si-familie?cm=SREST> accesat la data de 17.02.2023).

Accesul ilegal la un sistem informatic: delimitarea infracțiunii în cadrul unor ipoteze particulare privind instrumentele de plată electronice

Illegal access to a computer system: delimitation of the crime in the context of particular hypotheses concerning electronic payment instruments

Accès illégal à un système informatique: délimitation de l'infraction dans le cadre d'hypothèses particulières concernant les instruments de paiement électronique

Diana ALBU – anul III, grupa 303

Antonio SANDA - anul III, grupa 312

coordonatori: conf. dr. Andra-Roxana TRANDAFIR, drd. Florin-Cosmin BOBEI

Rezumat: Prin prezenta lucrare ne-am propus să analizăm ipoteze din practică ale infracțiunii de acces ilegal la un sistem informatic în care sunt implicate instrumente de plată electronice. Raportându-ne la elementele constitutive ale infracțiunii, am analizat atât situații din practică în care acestea sunt întrunite și putem vorbi de o infracțiune de acces ilegal la un sistem informatic veritabilă, cât și situații care pot ridica probleme în practică în ceea ce privește încadrarea juridică. În cazul acestora din urmă, ne-am raportat la elementele constitutive ce lipsesc, la părerile din doctrină și jurisprudență și la argumentele suplimentare cu care am putut veni în completare.

Cuvinte-cheie: acces ilegal, sistem informatic, instrumente de plată electronice, elemente constitutive, încadrare juridică

Abstract: In this paper we set out to analyse the hypotheses of the crime of illegal access to a computer system involving electronic payment instruments. In relation to the constitutive elements of the crime, we have analysed both situations in practice in which they are met and we can speak of a genuine crime of illegal access to a computer system, and situations that may raise problems in practice in terms of legal framing. In the case of the latter, we have referred to the missing constitutive elements, to the opinions in doctrine and case law and to the additional arguments with which we have been able to supplement them.

Keywords: illegal access, computer system, electronic payment instruments, constituent elements, legal qualification

Résumé: Dans le présent document, nous nous sommes attachés à analyser les hypothèses de l'infraction d'accès illégal à un système informatique impliquant des instruments de paiement électronique. En ce qui concerne les éléments constitutifs de l'infraction, nous avons analysé aussi bien les situations pratiques où ceux-ci sont réunis et où l'on peut parler d'un véritable infraction d'accès illégal à un système informatique, que les situations qui peuvent poser des problèmes pratiques en termes de cadre juridique. Dans le cas de ces dernières, nous nous sommes référés aux éléments constitutifs manquants, aux avis de la doctrine et de la jurisprudence et aux arguments supplémentaires avec lesquels nous avons pu les compléter.

Mots-clé : accès illégal, système informatique, instruments de paiement électronique, éléments constitutifs, encadrement juridique

1. Introducere

Infracțiunea de acces ilegal la un sistem informatic este incriminată în articolul 360, Capitolul VI - *Infracțiuni contra siguranței și integrității sistemelor și datelor informatice* din Titlul VII în Partea Specială a Codului penal. Textul de lege prevede elementele constitutive ce trebuie îndeplinite pentru a putea considera că ne aflăm în prezența acestei infracțiuni și pentru a putea delimita conținutul acesteia de cel al altor infracțiuni ce pot părea similare.

Prin noțiunea de *acces*, legiuitorul a avut în vedere o conduită comisivă, ce se poate realiza numai printr-o acțiune, întrucât nu a menționat și ipoteza menținerii accesului¹. Nu avem în textele de lege o definiție a *accesului*, care să se preteze pe interpretarea art. 360 C. pen., ce ar putea aduce eventuale clarificări privind modalitatea în care se poate realiza acesta sau limitele sale, însă doctrina și jurisprudența au stabilit în ce măsură se poate vorbi de un acces propriu-zis. Astfel, *accesul* va reprezenta o interacțiune la nivel logic cu un sistem informatic, ce va permite făptuitorului să beneficieze de resursele și funcțiile sistemului, însă în doctrină au fost susținute și păreri privind o interpretare mai extinsă². Totodată, noțiunea de *acces* acoperă și ipoteza unui acces la distanță, în care, făptuitorul, prin operarea propriilor echipamente periferice, găsește și utilizează o cale externă de intrare într-un sistem informatic³.

O cerință esențială a elementului material este ca acest acces să se realizeze *fără drept*, adică în absența unei autorizări a titularului sistemului informatic, care va reprezenta în acest caz subiectul pasiv al infracțiunii. Această autorizare are valoarea unui consimțământ, ce trebuie să fie explicit pentru ca prezența sa să facă imposibilă reținerea infracțiunii⁴.

Sistemul informatic este definit în art. 181 alin. (1) C. pen. ca fiind *orice dispozitiv sau ansamblu de dispozitive interconectate sau aflate în relație funcțională, dintre care unul sau mai multe asigură prelucrarea automată a datelor, cu ajutorul unui program informatic*. Art. 360 C. pen. nu incriminează și ipoteza accesului la un mijloc de stocare a datelor, distincție importantă de realizat, întrucât, spre deosebire de sistemele informatice, nu are și aptitudinea de prelucrare a datelor.

În sfera instrumentelor de plată electronice, sistemele informatice relevante din perspectiva reținerii acestei infracțiuni sunt bancomatele, terminalele POS și serverele bancare. Astfel, ca urmare, în aceste ipoteze, accesul ilegal la un sistem informatic se va reține deseori în concurs cu infracțiunea privind efectuarea de operațiuni financiare în mod fraudulos (art. 250 C. pen.)⁵, soluție pronunțată prin Decizia în interesul legii nr. 15/2013 a ICCJ, ale cărei argumente vor fi detaliate în cele ce urmează.

În conținutul acestei lucrări, vom prezenta ipoteze din practică în care s-a ridicat problema reținerii infracțiunii de acces ilegal la un sistem informatic privind instrumente de plată electronice, printr-o analiză comparativă a părerilor susținute în doctrină și jurisprudență.

¹ Constantin Duvac, *Revista Română de Dreptul Proprietății Intelectuale. Accesul ilegal la un sistem informatic în reglementarea noului cod penal*, nr. 1/2012, p. 94.

² George Zlati, în *Codul penal. Comentariu pe articole art. 1-446*, Ediția 3, Editura C.H. Beck, 2020, București, p. 1672-1673.

³ Maxim Dobrinioiu, *Infracțiuni în domeniul informatic*, Editura C.H. Beck, 2006, București, p. 149.

⁴ George Zlati, *Codul penal. Comentariu pe articole art. 1-446*, loc. cit., p. 1677-1678.

⁵ Decizia ICCJ referitoare la recursul în interesul legii nr. 15/2013, disponibilă la

<https://sintact.ro/#/act/16937220/1/decizia-15-2013-a-referitoare-la-recursul-in-interesul-legii-formulat-de-catre-procurorul-general...?keyword=Decizia%20ICCJ%20referitoare%20la%20recursul%20C3%AEn%20interesul%20legii%20nr.%2015~2F2013&cm=SFIRST>, accesată la data de 23.02.2022.

2. Ipoteze în care a putut fi reținut accesul ilegal la un sistem informatic

2.1. Accesarea unui cont bancar online

Această ipoteză are în vedere preponderent accesarea contului bancar al unei persoane, în lipsa unei autorizări a acesteia, prin folosirea de servere bancare, precum cele de Internet Banking, Mobile Banking sau Home Banking, ori prin sistemul informatic al băncii. În acest caz, atât în doctrină, cât și în jurisprudență s-au statuat păreri unanime, conform cărora această faptă întrunește condițiile de tipicitate ale infracțiunii de acces ilegal la un sistem informatic.

În lucrarea *Tratat de criminalitate informatică*, s-a susținut această încadrare juridică a faptei de acces la un cont bancar online din perspectiva controlului pe care făptuitorul îl dobândește asupra sistemului informatic. Prin acest acces, făptuitorul poate efectua diverse operațiuni informatice cu privire la contul accesat, cum ar fi modificarea parolei sau a PIN-ului, limitarea accesului la cont, înlesnirea accesului ulterior, verificarea soldului contului sau poate realiza operațiuni financiare în mod fraudulos⁶. În ipoteza în care se va realiza accesul la contul bancar în mod repetat, se va putea reține infracțiunea în formă continuată.

În jurisprudență, instanțele au susținut aceeași interpretare a art. 360 C. pen. în raport cu accesul la un cont bancar. Astfel, Tribunalul Iași a stabilit prin Sentința nr. 863/2020 că fapta inculpatului care „s-a logat la contul de PayPal (...), iar ulterior, prin utilizarea datelor de identificare care au permis folosirea cardului emis de UniCredit Bank (număr card, cod CVV, data expirării) aparținând persoanei vătămate (...) a accesat fără drept sistemul informatic al băncii și a efectuat fără consimțământul persoanei vătămate o plată (...) întrunesc elementele constitutive ale infracțiunilor de acces ilegal la un sistem informatic”⁷.

Este important de menționat totodată că, în vederea stabilirii legii aplicabile, în jurisprudență s-a realizat delimitarea unei variante speciale a infracțiunii de acces ilegal la un sistem informatic prevăzută de Codul penal, incriminată în cadrul Legii nr. 297/2004 privind piața de capital, ce a fost însă ulterior abrogată de Legea nr. 24/2017 privind emitenții de instrumente financiare și operațiuni de piață. În acest sens, Curtea de Apel București a stabilit în Decizia nr. 1561/2016 că „infracțiunea prevăzută de art. 279 alin. 2 (din februarie 2014 devenit 279 alin. 1 lit. c) din Legea nr. 297/2004 privind piața de capital reprezintă incriminarea din legea specială, care are prioritate față de reglementarea generală, reprezentată de art. 360 alin. 1, 2, 3 C. pen. (...), neputându-se reține în concurs ideal două infracțiuni care, practic, reprezintă incriminarea faptei de accesare în mod nelegal a unui sistem informatic, întrucât accesarea cu intenție de către persoane neautorizate a sistemelor electronice de tranzacționare reprezintă în mod evident, o variantă a

⁶ George Zlati, *Tratat de criminalitate informatică - Vol. I*, Ediția 1, Editura Solomon, 2020, pp. 196-197.

⁷ Sentința nr. 863/2020 din 13-nov-2020, Tribunalul Iași, Secția penală, disponibilă la <https://sintact.ro/#/jurisprudence/534861219/1/sentinta-nr-863-2020-din-13-nov-2020-tribunalul-iasi-accesul-ilegal-la-un-sistem-informatic-art...?keyword=Sentin%C8%9Ba%20nr.%20863~2F2020%20din%2013-nov-2020,%20Tribunalul%20Ia%C8%99i,%20Sec%C8%9Bia%20penal%C4%83&cm=SFIRST>, accesată la data de 23.02.2022.

accesului ilegal la un sistem informatic, sistemele electronice de tranzacționare fiind sisteme informatice.”⁸

Cele două infracțiuni aveau elementul material identic, ceea ce le diferenția fiind specificitatea sistemul informatic asupra căruia se acționa și limitele de pedeapsă prevăzute, cele ale infracțiunii din legea specială fiind mai mari decât cele ale accesului ilegal la un sistem informatic în varianta tip și identice cu cele ale variantei agravate din alin. (2), în cazul faptei săvârșite în scopul obținerii de date informatice. Odată cu abrogarea incriminării variantei speciale, soluția judecătorului rămâne aplicarea legii generale, adică încadrarea faptei drept infracțiunea prevăzută de art. 360 C. pen.. Considerăm că această modificare legislativă nu este de natură a genera impedimente în activitatea instanțelor, întrucât sistemele de tranzacționare protejate sunt incluse în sfera sistemelor informatice. În ceea ce privește limitele de pedeapsă, posibilitatea de raportare în cadrul individualizării pedepsei la variantele agravate ale infracțiunii de la art. 360 C. pen., calificate de scopul urmărit sau de mijloacele folosite vor restabili un echilibru între sancțiunea aplicată și gradul de pericolozitate a infracțiunii⁹.

De asemenea, atât în doctrină, cât și în jurisprudență, s-a confirmat încadrarea de acces ilegal la un sistem informatic și în cazul accesării unui cont bancar de către un funcționar al băncii sau de către unul din soți.

2.1.1. Accesarea unui cont bancar de către un funcționar al băncii

Situații în care funcționari ai unei bănci au accesat sistemele informatice ale băncii, respectiv conturile bancare ale clienților, în vederea realizării unor operațiuni financiare în mod fraudulos, cum ar fi transferul sau retragerea unor sume de bani în scop personal, au fost calificate de asemenea drept acces ilegal la un sistem informatic. Aceste operațiuni particulare pot fi realizate fie în lipsa unei autorizări a accesului la sistemul informatic al băncii, fie în ipoteza existenței unei autorizări implicate de atribuțiile specifice funcției, însă ale cărei limite au fost depășite.

În ceea ce ce privește cea dintâi situație, în care ne aflăm în prezența unui acces neautorizat, nu au fost întâmpinate dificultăți în reținerea art. 360 C. pen. Spre exemplu, Curtea de Apel Oradea a stabilit prin Decizia nr. 100/2017 că *„faptele inculpatei (...) care (...) prin utilizarea parolelor de acces ale altor funcționari bancari (...), a accesat fără drept sistemul informatic al unității bancare, (...), întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de acces ilegal la un sistem informatic cu*

⁸ Decizia nr. 1561/2016 din 20-oct-2016, Curtea de Apel București, Secția a II-a penală, disponibilă la <https://sintact.ro/#/jurisprudence/527010746/1/decizie-nr-1561-2016-din-20-oct-2016-curtea-de-apel-bucuresti-accesul-ilegal-la-un-sistem...?keyword=Decizia%20nr.%201561~2F2016%20din%2020-oct-2016,%20Curtea%20de%20Apel%20Bucure%C8%99ti,%20Sec%C8%9Bia%20a%20II-a%20penal%C4%83&cm=SFIRST>, accesată la data de 23.02.2022.

⁹ *Ibidem*.

*privire la care accesul este restricționat sau interzis pentru anumite categorii de utilizatori - prevăzută de art. 360 alin. 1 și 3 Cod penal*¹⁰.

În doctrină, au fost ridicate însă probleme cu privire la reținerea infracțiunii dacă ne aflăm în ipoteza depășirii limitelor unei autorizări. În acest sens, au fost susținute diverse opinii, respectiv dacă accețiunea sintagmei *fără drept* din textul de lege incriminează și un acces realizat cu depășirea limitelor unei autorizări, unele dintre acestea făcând trimitere la definiția acestei noțiuni regăsită în art. 35 alin. (2) din Legea nr. 161/2003, lege specială, care menționează, pe lângă absența unei autorizări, și depășirea limitelor acesteia¹¹. Au fost susținute atât opinii conform cărora această reglementare nu poate opera în aplicarea normei de incriminare de la art. 360, putând fi cel mult un reper teoretic¹², cât și opinii contrare, care, având în vedere că articolul nu a fost abrogat, confirmă că acesta continuă să producă efecte și să contribuie la conturarea laturii obiective a infracțiunii de la art. 360 C. pen.¹³

În tratatul de criminalitate informatică, a susținut o intenție a Legiuitorului European de a opta pentru o interpretare restrictivă, prin a incrimina doar accesul realizat în absența unei autorizări în normele transpuse ulterior în legislația română, iar, în ceea ce privește textul art. 360, accesul ilegal la un sistem informatic a fost incriminat drept infracțiune cu conținut unic, nu alternativ¹⁴.

De asemenea, în doctrină cu privire la reținerea accesului ilegal la un sistem informatic în situația interogării unei baze de date prin depășirea limitelor autorizării, s-a analizat incidența articolului 360 C. pen. în ipoteza în care un funcționar care a primit autorizarea formală de a utiliza o bază de date ca mijloc de muncă, se prevalează de drepturile de acces pe care le are în virtutea utilizării și realizează operațiuni în interes personal. În acest caz, în esența argumentării expusă în acest articol, autorul puncta că ceea ce se pune în pericol sunt datele informatice regăsite în sistemul informatic și asupra cărora acționează, nu sistemul informatic propriu-zis, protejat de norma de incriminare din art. 360 C. pen. Astfel, operațiunea efectivă de accesare este una permisă, autorizată, iar modul în care se utilizează ulterior aceste date prezintă aspecte de ilegalitate, însă

¹⁰ Decizia nr. 100/2017 din 21-feb-2017, Curtea de Apel Oradea, Secția penală și pentru cauze cu minori, disponibilă la adresa <https://sintact.ro/#/jurisprudence/527001489/1/decizie-nr-100-2017-din-21-feb-2017-curtea-de-apel-oradea-accesul-ilegal-la-un-sistem-informatic...?keyword=Decizia%20nr.%20100~2F2017%20Curtea%20de%20Apel%20Oradea&cm=SREST>, accesată la data de 23.02.2022.

¹¹ Gheorghe-Iulian Ioniță, *Revista Română de drept penal al afacerilor. Aspecte privind infracțiunea de acces ilegal la un sistem informatic*, 2020, p. 83.

¹² Radu Alexandru Nestor, *Incrimnarea accesului ilegal la un sistem informatic sau riscul de a transforma un mijloc esențial de obținere a informației în mod de încălcare a legii penale*, disponibil la <https://www.juridice.ro/753151/incrimnarea-accesului-ilegal-la-un-sistem-informatic-sau-riscul-de-a-transforma-un-mijloc-esențial-de-obținere-a-informației-in-mod-de-încălcare-a-legii-penale.html>, accesat la data de 27.02.2023.

¹³ Maxim Dobrinou, *Revista Penalmente Relevant nr. 1/2021. Considerații tehnice și juridice privind reținerea infracțiunii de acces ilegal la un sistem informatic în situația interogării unei baze de date prin depășirea limitelor autorizării*, disponibil la <https://www.revista.penalmente.ro/wp-content/uploads/2021/10/2.pdf>, accesat la data de 27.02.2023.

¹⁴ George Zlati, *Tratat de criminalitate informatică*, cit. anterior, 2020, pp. 188-190.

acesta nu poate fi considerat a fi un element de tipicitate a infracțiunii de acces ilegal la un sistem informatic¹⁵.

În ceea ce ne privește, având în vedere aceste considerații, tindem să fim de părere că, în această ipoteză, ar fi excesiv a se considera orice depășire a limitelor autorizării drept acces ilegal, însă, totodată, aceasta nu poate fi exclusă total din modalitățile posibile de realizare a accesului la un sistem informatic. Este necesar ca în acest caz să fie analizate și corelate informațiile cu privire la sistemul informatic la care s-a realizat accesul, felul în care s-a efectuat acesta și întinderea autorizației existente.

Astfel, considerăm că, în cazul unui acces autorizat în care doar operațiunile efectuate asupra datelor accesate poartă asupra lor un element ilicit, nepermis, nu vor fi întrunite elementele constitutive ale infracțiunii de acces ilegal, ci ale altor infracțiuni ce protejează datele din sistemele respective. De exemplu, o situație ipotetică în acest sens ar fi cazul funcționarului unei bănci care, având în virtutea funcției autorizarea de a accesa întregul sistem informatic al băncii pentru a efectua operațiunile necesare exercitării atribuțiilor funcției, realizează un transfer de sume de bani din conturile unor clienți în contul său personal.

Însă, în ipoteza unui acces permis la o parte a sistemului informatic în care, adoptând o conduită comisivă, făptuitorul a accesat o altă parte a sistemului asupra căruia nu avea permisiunea, considerăm că va putea fi reținut art. 360 C. pen., întrucât vom avea un acces neautorizat în parte. Spre exemplificarea acestei ipoteze, s-a reținut situația de fapt cuprinsă în decizia Curții de Apel Oradea prezentate în cadrul acestui punct, în care „Inculpata, având acces la unele baze de date ale unității bancare în calitate sa de responsabil al agenției, a identificat clienții cu resurse financiare și, profitând de încrederea acordată de colegii subalterni, a accesat fără autorizare sistemele informatice al unității bancare, a accesat diverse servicii în numele clienților și a efectuat operațiuni neautorizate în numele acestora”, faptă ce a fost încadrată drept acces ilegal la un sistem informatic, după cum reiese din paragraful citat anterior¹⁶.

Totodată, în această ipoteză, considerăm important de precizat că în doctrină se realizează o distincție între accesul prin depășirea limitelor autorizării și menținerea accesului după retragerea sau expirarea autorizării. În cel din urmă caz, ne vom afla în prezența unei conduite omisive, în care făptuitorul, după ce a pierdut accesul deținut anterior cu privire la sistemul informatic, rămâne în pasivitate, conduită care nu a fost sancționată de legiuitor. Dacă în cazul depășirii limitei autorizării poate fi discutabilă reținerea accesului la un sistem informatic, din prisma

¹⁵ Maxim Dobrinou, *Revista Penalmente Relevant nr. 1/2021. Considerații tehnice și juridice privind reținerea infracțiunii de acces ilegal la un sistem informatic în situația interogării unei baze de date prin depășirea limitelor autorizării*, disponibil la <https://www.revista.penalmente.ro/wp-content/uploads/2021/10/2.pdf>, accesat la data de 27.02.2023.

¹⁶ Decizia nr. 100/2017 din 21-feb-2017, Curtea de Apel Oradea, Secția penală și pentru cauze cu minori, disponibilă la adresa <https://sintact.ro/#/jurisprudence/527001489/1/decizie-nr-100-2017-din-21-feb-2017-curtea-de-apel-oradea-accesul-ilegal-la-un-sistem-informatic...?keyword=Decizia%20nr.%20100~2F2017%20Curtea%20de%20Apel%20Oradea&cm=SREST>, accesată la data de 23.02.2022.

existenței unei conduite comise, intenționate, în ceea ce privește menținerea accesului, considerăm că reținerea infracțiunii ar trebui exclusă *de plano*¹⁷.

2.1.2. Accesarea fără drept a contului bancar de către unul din soți

În doctrină și în jurisprudență s-a confirmat de asemenea că, atât în cazul relațiilor dintre soți, cât și a celor dintre concubini, raporturile dintre soți și dispozițiile civile cu privire la bunurile comune în devălmășie nu pot echivala cu o autorizare asupra folosirii contului bancar al unuia dintre soți¹⁸. Raportându-ne la aplicarea normelor civile cu privire la regimul comunității legale, contul bancar, respectiv banii din acesta, nu intră în categoria bunurilor comune obținute în timpul căsătoriei, prevăzută de art. 339 C. civ., ci sunt bunuri proprii, conform art. 340 lit. b) sau c) C. civ.: bunuri de uz personal, respectiv bunuri destinate exercitării profesiei, după caz.

În acest sens, Curtea de Apel Iași, prin Decizia nr. 564/2017 în care a încadrat fapta de acces a contului de Internet Banking al unuia dintre soți de către celălalt drept infracțiunea prevăzută de art. 360 C. pen., a stabilit următoarele: „*Cât timp dispozițiile legale privind căsătoria nu conferă soțului drept de acces la conturile celuilalt soț, ci dimpotrivă, mențin independența acestuia în administrarea lor, inculpatul trebuia să aibă permisiunea persoanei vătămate pentru acces, indiferent că avea cunoștință de parolele de sistem sau nu. Contrar susținerilor inculpatului apelant, reține instanța de apel că nici contului bancar nu i se aplică regimul comunității de bunuri și prezumția de acces la cont. Potrivit art. 317 – 318 C.civ. (...) Prin urmare, inculpatul nu avea un drept de acces recunoscut legal la contul bancar pentru care titular era persoana vătămată, ci trebuia să solicite acesteia informații, în caz contrar doar o instanță de judecată putându-i încuviința accesul la asemenea informații*”¹⁹.

2.2. Accesarea unui bancomat prin intermediul unui instrument de plată electronică

2.2.1. Folosirea la bancomat, pentru retrageri de numerar sau orice alte operațiuni financiare, a cardului autentic, fără acordul titularului său

Cu privire la accesarea unui bancomat prin intermediul unui instrument de plată electronic (prin noțiunea de *instrument de plată electronic* se înțelege cardul emis de o instituție de credit), fără acordul titularului său, lucrurile sunt destul de clare, iar părerile formulate în doctrină și de către instanțele de judecată au fost în acord în această privință.

Așadar, s-a argumentat în doctrină că această acțiune intră în sfera infracțiunii de acces ilegal la un sistem informatic (art. 360 C. pen.), deoarece se poate observa că această conduită a făptuitorului presupune accesarea unui sistem informatic, adică a bancomatului, asupra căruia, după accesarea

¹⁷ George Zlati, *Tratat de criminalitate informatică*, cit. anterior, 2020, pp. 192-193.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 220-221.

¹⁹ Decizia nr. 564/2017 din 29-iun-2017, Curtea de Apel Iași, Secția penală și pentru cauze cu minori, disponibilă la <https://sintact.ro/#/jurisprudence/530476856/1/decizie-nr-564-2017-din-29-iun-2017-curtea-de-apel-iasi-accesul-ilegal-la-un-sistem-informatic...?keyword=Decizia%20nr.%20564~2F2017%20din%2029-iun-2017,%20Curtea%20de%20Apel%20Ia%C8%99i&cm=SFIRST>, accesată la data de 24.02.2022.

sa, făptuitorul are un control deplin, putând efectua operațiuni precum verificarea soldului, schimbarea codului PIN, retragerea de numerar etc.²⁰

Accesul ilegal la un sistem informatic a făcut și obiectul unui recurs în interesul legii, în cadrul căruia, prin Decizia nr. 15/2013 a ICCJ, instanța a statuat că „folosirea cardului autentic, fără acordul titularului său, la ATM reprezintă acces fără drept la un sistem informatic, în scopul obținerii de date informatice, prin încălcarea măsurilor de securitate, faptă incriminată de art. 42 alin. (1), (2) și (3) din Legea nr. 161/2003 (actualul art. 360 C. pen.). Bancomatul face parte din sistemul informatic bancar, datele transmise și receptate fiind protejate prin măsuri de securitate încorporate în sistemul de citire a cardurilor și în codul PIN.” Tot în cuprinsul acestei decizii, a fost reiterată și definiția accesului ilegal ca fiind „o interacțiune logică (deci nu orice fel de interacțiune) ce se manifestă prin aceea că agentul poate beneficia de resursele ori/și funcțiile sistemului informatic”, definiție importantă de avut în vedere în stabilirea momentului consumării infracțiunii sau a încadrării drept acces ilegal a unor ipoteze ce vor fi analizate în cadrul punctelor următoare²¹.

Pe baza acestui argument, avem în vedere Decizia nr. 677/2021 a Curții de Apel Brașov, care, în situația unor încercări eșuate ale inculpatului de a accesa la un bancomat cardurile bancare ale altei persoane, a stabilit că „în ceea ce privește accesul ilegal la un sistem informatic, elementul material al laturii obiective constă, în principiu, în acea operațiune prin care se realizează o interacțiune funcțională cu sistemul informatic. Potrivit deciziei ICCJ de recurs în interesul legii nr. 15/2013, care își păstrează valabilitatea, realizează tipicitatea incriminării «numai acțiunea care permite făptuitorului să beneficieze de resursele ori/și funcțiile sistemului informatic» (...) Or, în cazul de față, infracțiunea de acces ilegal nu s-a consumat, făptuitorul nefiind în măsură să beneficieze de resursele ori/și funcțiile sistemului informatic, actele materiale îndeplinite până la acel moment fiind pedepsibile în condițiile art. 366 Cod penal, sub forma tentativei doar la infracțiunea de acces ilegal la un sistem informatic.”²².

Astfel, putem afirma că ne vom afla în prezența unui acces ilegal la un sistem informatic în formă consumată în ipoteza în care acțiunea permite subiectului activ al infracțiunii să beneficieze de resursele și/sau funcțiile sistemului informatic, ce se realizează în situația expusă prin simpla pătrundere în contul bancar al subiectului pasiv, nefiind nevoie să se efectueze operațiuni financiare ca infracțiunea să fie considerată săvârșită (în acest sens, avem punctul de vedere al Catedrei de Drept Penal din cadrul Facultății de Drept și Științe Administrative a Universității din

²⁰ George Zlati, *Tratat de criminalitate informatică*, cit. anterior, p. 198.

²¹ Decizia ICCJ referitoare la recursul în interesul legii nr. 15/2013, disponibilă la <https://sintact.ro/#/act/16937220/1/decizia-15-2013-a-referitoare-la-recursul-in-interesul-legii-formulat-de-catre-procurorul-general...?keyword=Decizia%20ICCJ%20referitoare%20la%20recursul%20C3%AE%20interesul%20legii%20nr.%2015~2F2013&cm=SFIRST>, accesată la data de 23.02.2023.

²² Decizia nr. 677/2021 din 06-dec-2021, Curtea de Apel Brașov, Secția penală, disponibilă la <https://sintact.ro/#/jurisprudence/535821540/1/decizie-nr-677-2021-din-06-dec-2021-curtea-de-apel-brasov-accesul-ilegal-la-un-sistem-informatic...?keyword=Decizia%20nr.%20677~2F2021%20din%2006-dec-2021,%20Curtea%20de%20Apel%20Bra%C8%99ov&cm=SFIRST>, accesată la data de 25.02.2023.

Craiova²³ care a argumentat în cadrul recursului în interesul legii nr. 25/2013 că „Într-o astfel de situație, există un schimb de informații între cel care utilizează cardul și datele din sistemul informatic, bancar în acest caz, ceea ce înseamnă că în momentul tastării codului PIN se poate vorbi de acces, ca element material al infracțiunii prevăzute și sancționate de art. 42 alin. (1) din Legea nr. 161/2003. Infracțiunea există și s-a consumat din acest moment, indiferent dacă s-a solicitat sau nu vreo operațiune financiară.”).

2.2.2. Folosirea la bancomat, pentru retrageri de numerar sau orice alte operațiuni financiare, a cardului falsificat

În legătură cu ipoteza folosirii bancomatului pentru retrageri de numerar sau orice alte operațiuni financiare prin intermediul unui card falsificat, nu există diferențe semnificative față de cea în care se folosește un card autentic fără acordul titularului. Prin urmare, rămân valabile observațiile menționate în cadrul punctului anterior cu privire la realizarea elementului material al laturii obiective, tentativă și momentul consumării.

În sprijinul acestui argument, Decizia ICCJ nr. 15/2013 prevede că „În cazul folosirii la ATM atât a cardului falsificat, cât și a celui real, fără consimțământul titularului său, se realizează un acces fără drept la sistemul informatic”²⁴. Este de menționat faptul că în cazul în care cardul este falsificat se va reține în concurs și infracțiunea de falsificarea de titluri de credit sau instrumente de plată (art. 311 C. pen.).

3. Ipoteze ale accesului ilegal la un sistem informatic care au ridicat probleme în practică

3.1. Interacțiunea fizică cu un bancomat

Prin „interacțiunea fizică cu un bancomat”, vom avea în vedere anumite fapte materiale realizate asupra bancomatului, cum ar fi punerea unei tije în fantă în vederea blocării unor sume de bani sau implantarea unor dispozitive de tip skimmer cu rolul de a citi și copia datele cardurilor bancare introduse. Doctrina și jurisprudența nu au prezentat însă întotdeauna o părere unanimă în ce privește încadrarea juridică a unei astfel de conduite.

În doctrină, s-a susținut că acest tip de interacțiune cu un bancomat nu intră sub incidența articolului 360 C. pen., întrucât nu are loc o operațiune la nivel logic, ci se efectuează doar acte materiale asupra bancomatului, care nu sunt de natură să faciliteze o manipulare a contului bancar aferent cardului introdus în bancomat ulterior de către un terț - de exemplu, nu se vor

²³ Decizia ICCJ referitoare la recursul în interesul legii nr. 15/2013, disponibilă la <https://sintact.ro/#/act/16937220/1/decizia-15-2013-a-referitoare-la-recursul-in-interesul-legii-formulat-de-catre-procurorul-general...?keyword=Decizia%20ICCJ%20referitoare%20la%20recursul%20C3%AEEn%20interesul%20legii%20nr.%2015~2F2013&cm=SFIRST>, accesată la data de 23.02.2023.

²⁴ *Ibidem*.

putea realiza interogări de sold, schimbări de parolă sau cod PIN ori restricționări de acces²⁵. Ce se va putea reține ar fi mai degrabă, în cazul fixării unei tije în scopul blocării banilor, o infracțiune de furt a banilor blocați în fantă, al cărei subiect pasiv va fi de această dată banca, iar nu titularul contului (banii nu vor fi scăzuți din contul bancar, ci blocați în bancomat, iar operațiunea de retragere va fi declarată ca fiind nereușită) sau chiar o infracțiune de distrugere, în situația aducerii în stare de neîntrebuințare a bancomatului²⁶.

În ceea ce privește montarea unui skimmer, după cum a statuat și ICCJ în Decizia nr. 15/2013, se va reține art. 365 C. pen. Totuși, în doctrină s-a argumentat problema reținerii *de plano* a acestei infracțiuni, ce ar trebui soluționată în funcție de scopul pentru care au fost obținute datele și cum vor fi acestea utilizate. Astfel, după conținutul textului de lege, în ipoteza în care dispozitivele menționate în cuprinsul art. 365 C. pen. vor fi utilizate în vederea săvârșirii infracțiunilor incriminate de art. 360-364 C. pen., se va putea reține aplicarea art. 365. O astfel de situație ar fi reprezentată de montarea unui skimmer ce a citit datele unui card în vederea falsificării acestuia pentru a retrage ulterior o sumă de bani de la un bancomat - în acest caz ipotetic, vom avea un concurs de infracțiuni între art. 365 (prin deținerea skimmerului), art. 311 (falsificarea cardului bancar), art. 360 (accesul ilegal la un sistem informatic prin folosirea cardului falsificat - ipoteză particulară analizată anterior în cadrul punctului 2.2.2.) și art. 250 C. pen. (retragerea numerarului de la bancomat). Însă, în ipoteza în care prin utilizarea skimmer-ului strict în vederea obținerii de date pentru, de exemplu, efectuarea de plăți online (ipoteză particulară ce va fi analizată în cadrul punctului 3.2.1.) sau falsificării acestuia în scop de comercializare pe piața neagră, nu vom putea reține art. 365 C. pen., întrucât acesta nu face trimitere la art. 250, respectiv 311 C. pen. și nu incriminează folosirea unor astfel de dispozitive în scopul realizării acestor infracțiuni²⁷.

Printr-o argumentare contrară, Curtea de Apel Bacău a reținut în cuprinsul Deciziei nr. 413/2016 că „faptele inculpaților de a retrage sume de bani de la ATM-urile aparținând părților civile folosind carduri autentice cu sau fără acordul titularilor acestora, iar prin maniera de operare (introducerea în fanta de eliberare a numerarului a dispozitivului metalic cu două gheare, care avea drept scop păstrarea sumei de bani în interiorul ATM-ului) au accesat sistemul informatic al băncilor (care au înregistrat suma respectivă ca returnată în ATM, banii nefiind scăzuți din contul de card al titularului, operațiunea fiind înregistrată ca «operațiune nereușită») întrunește elementele constitutive ale infracțiunilor de accesare ilegală a unor sisteme informatice, prev. de art. 42 alin. 1 din Legea 161/2003 cu aplic. art. 41 alin. 2 C. pen. , urmarea imediată a acțiunilor infracționale constând în trecerea într-o stare de nesiguranță a unui sistem informatic și a resurselor sale, prin afectarea softului ATM-ului”²⁸.

²⁵ George Zlati, *Jurnalul Baroului Cluj nr. 1/2021. Criminalitatea informatică în România*, disponibil la <https://www.baroul-cluj.ro/wp-content/uploads/2021/07/zlati.pdf>, accesat la 27.02.2022.

²⁶ George Zlati, *Tratat de criminalitate informatică*, cit. anterior, p. 207.

²⁷ George Zlati, *Jurnalul Baroului Cluj nr. 1/2021. Criminalitatea informatică în România*, disponibil la <https://www.baroul-cluj.ro/wp-content/uploads/2021/07/zlati.pdf>, accesat la 27.02.2023.

²⁸ Decizia nr. 413/2016 din 05-apr-2016, Curtea de Apel Bacău, Secția penală și pentru cauze cu minori și de familie, disponibilă la <https://sintact.ro/#/jurisprudence/525515420/1/decizie-nr-413-2016-din-05-apr-2016-curtea-de-apel->

Totuși, Decizia nr. 15/2013 a ICCJ a statuat că prin „*montarea la bancomat a dispozitivelor de citire a benzii magnetice a cardului autentic și a codului PIN aferent acestuia (mini-videocamere sau dispozitive tip tastatură) (...) sunt întrunite elementele constitutive ale infracțiunii prevăzute de art. 46 alin. (2) din Legea nr. 161/2003 (actualul art. 365 C. pen.)*”, având în vedere, prin raportare la definiția accesului ilegal, că „*o interacțiune logică poate avea la bază și o interacțiune fizică, dar o interacțiune fizică nu implică în mod necesar și o interacțiune logică*”. Prin aceste fapte materiale, ICCJ a argumentat că nu se realizează accesul fără drept la un sistem informatic, întrucât „*obținerea datelor de pe banda magnetică a cadrului autentic se realizează în exteriorul bancomatului și fără ca dispozitivele menționate să intre în vreun fel de conexiune cu sistemul informatic al băncii. (...) operațiunea de citire a datelor de pe banda magnetică a cardului, prin atașarea skimmerului la bancomat, nu interacționează în niciun fel cu softul bancomatului, nu se realizează nicio solicitare către unitatea centrală de prelucrare a sistemului, care să proceseze date ori să ruleze programe de aplicații în beneficiul făptuitorului, astfel că infracțiunea de acces fără drept la sistemul informatic este lipsită de însuși elementul său material*”²⁹.

Considerăm că aceste observații în materie doctrinară și jurisprudențială reprezintă argumente solide cu privire la imposibilitatea de a încadra o interacțiune fizică cu un bancomat drept acces ilegal la un sistem informatic, opinie la care achiesăm și noi, cu rezervele susținute și de doctrină în ceea ce privește reținerea în schimb a art. 365 C. pen., care ar trebui apreciată în funcție de scopul făptuitorului și de operațiunile ulterioare efectuate de acesta.

3.2. Efectuarea de plăți - online și la un terminal POS

O problemă frecvent ridicată a fost dacă în cazul plăților efectuate online și a plăților efectuate la un POS sunt întrunite elementele constitutive ale infracțiunii de acces ilegal la un sistem informatic. În cele ce urmează, vom analiza separat dacă art. 360 C. pen. este incident în situațiile sus-menționate.

3.2.1. Efectuarea de plăți la un terminal POS

Cu privire la situația în care este implicat un POS (*Point of Sale*) lucrurile sunt destul de delicate, deoarece părerile sunt împărțite, atât în doctrină, cât și în practica instanțelor, motiv pentru care această situație a făcut obiectul unui recurs în interesul legii, prin Decizia nr. 53/2022 a ICCJ.

Întâi, pentru a înțelege mai bine problema, vom începe cu definirea noțiunii de POS. Terminalul POS (*Transfer at Point of Sale*) reprezintă un „dispozitiv ce permite, prin mijloace electronice, preluarea, prelucrarea, stocarea și transmiterea de informații privind plata cu card și/sau cu un

[bacau-furtul-calificat-art-229-ncp-penal?keyword=Decizia%20nr.%20413~2F2016%20din%2005-apr-2016,%20Curtea%20de%20Apel%20Bac%C4%83u&cm=SFIRST](https://www.ccr.ro/decizii/decizia-15-2013-a-referitoare-la-recursul-in-interesul-legii-formulat-de-catre-procurorul-general...?keyword=Decizia%20ICJ%20referitoare%20la%20recursul%20C3%AEEn%20interesul%20legii%20nr.%2015~2F2016%20din%2005-apr-2016,%20Curtea%20de%20Apel%20Bac%C4%83u&cm=SFIRST), accesată la data de 24.02.2023.

²⁹ Decizia ICCJ referitoare la recursul în interesul legii nr. 15/2013, disponibilă la <https://sintact.ro/#/act/16937220/1/decizia-15-2013-a-referitoare-la-recursul-in-interesul-legii-formulat-de-catre-procurorul-general...?keyword=Decizia%20ICJ%20referitoare%20la%20recursul%20C3%AEEn%20interesul%20legii%20nr.%2015~2F2013&cm=SFIRST>, accesată la data de 23.02.2023.

instrument de plată de tip monedă electronică, efectuată la punctele de vânzare, de obicei cu amănuntul, ale comerciantului acceptant. Din punctul de vedere al accesului la datele administrate de o unitate centrală, prin utilizarea combinată a tehnicilor de transmisie și prelucrare a datelor, un terminal poate opera în timp real (online) sau cu decalaj în timp (offline)”³⁰. Prin urmare, putem afirma că terminalul POS reprezintă un veritabil sistem informatic.

Problema care se pune este în ce măsură se poate vorbi în cazul acesta de un acces ilegal la un sistem informatic. În doctrină, unii autori au respins legătura efectuării de plăți la un POS cu infracțiunea prevăzută de art. 360 C.pen., în favoarea acestui raționament fiind reținute două argumente principale. Întâi, s-a considerat că accesul este autorizat de către persoana fizică care operează POS-ul, mai precis comerciantul, astfel că agentul care folosește cardul unui terț are un acces autorizat, autorizarea accesului producând efecte chiar dacă aceasta a fost obținută prin inducerea în eroare a funcționarului POS-ului.³¹ Celălalt argument susținut în acest sens a fost că nu se poate vorbi de un acces la un sistem informatic pentru că făptuitorul nu se află într-o poziție de control deplin asupra aceluși sistem informatic (nu va avea și posibilitatea de a schimba codul PIN, de a interoga soldul, de a avea posibilitatea de retragere numerar etc., precum întâlnim în ipoteza accesării unui bancomat cu un card bancar)³². Astfel, potrivit acestei argumentări, plata cu cardul ar intra doar sub incidența infracțiunii de efectuare de operațiuni financiare în mod fraudulos, prevăzută de art. 250 C. pen.³³

În sens contrar, Facultatea de Drept din cadrul Universității Titu Maiorescu afirmă (opinie citată în Decizia ICCJ nr. 53/2022) că „Din analiza elementului material al infracțiunii prevăzute de art. 360 alin. (1) din Codul penal rezultă că pentru reținerea acestei infracțiuni este necesar să fie accesat un sistem informatic, fără drept, fără a fi impuse anumite cerințe specifice de securitate, cum ar fi introducerea unui cod PIN. Plata prin intermediul unui terminal POS presupune o serie de operațiuni informatice care implică mai multe sisteme informatice prin intermediul cărora sunt prelucrate, preluate, stocate și transmise informații privind valabilitatea unui card bancar și acceptarea unei plăți. Prin urmare, se poate reține cu certitudine că efectuarea unei plăți contactless presupune accesul la un sistem informatic, indiferent dacă se solicită sau nu introducerea unui cod PIN, singura persoană autorizată să aibă acces la respectivul sistem informatic fiind deținătorul cardului bancar.”³⁴

³⁰ Decizia ICCJ referitoare la recursul în interesul legii nr. 53/2022, disponibilă la <https://sintact.ro/#/act/17013374/1/decizia-53-2022-r-privind-pronuntarea-unei-hotarari-prealabile-pentru-dezlegarea-unei-chestiuni...?keyword=Decizia%20ICCJ%20referitoare%20la%20recursul%20C3%AEEn%20interesul%20legii%20nr.%2053~2F2022&cm=SFIRST>, accesată la data de 26.02.2023.

³¹ George Zlati, *Tratat de criminalitate informatică*, cit. anterior, 2020, p. 208.

³² George Zlati, *Tratat de criminalitate informatică*, cit. anterior, 2020, p. 208.

³³ *Ibidem*, pp. 208-209.

³⁴ Decizia ICCJ referitoare la recursul în interesul legii nr. 53/2022, disponibilă la <https://sintact.ro/#/act/17013374/1/decizia-53-2022-r-privind-pronuntarea-unei-hotarari-prealabile-pentru-dezlegarea-unei-chestiuni...?keyword=Decizia%20ICCJ%20referitoare%20la%20recursul%20C3%AEEn%20interesul%20legii%20nr.%2053~2F2022&cm=SFIRST>, accesată la data de 26.02.2023.

De asemenea, Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest Timișoara afirmă, la rândul ei, (opinie citată în Decizia ICCJ nr. 53/2022) faptul că „În același timp, infracțiunea prevăzută de art. 360 din Codul penal are ca obiect juridic relațiile sociale referitoare la sistemele informatice și utilizarea acestora, relațiile sociale prin care se creează un cadru sigur și inviolabil al spațiului informatic, precum și relațiile sociale privitoare la siguranța datelor informatice. Interesul juridic protejat este acela al proprietarului, deținătorului sau utilizatorului de drept (legal) al sistemului informatic, dar și al proprietarului, deținătorului ori utilizatorului de drept al datelor informatice, stocate sau vehiculate în respectivul sistem informatic.”³⁵

Nu în ultimul rând, Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat în recursul în interesul legii menționat anterior că „tehnologia contactless asigură aceeași funcție a cardului bancar, acesta putând fi folosit la un terminal POS sau ATM, prin simpla apropiere a cardului de acestea fiind accesate aceleași sisteme informatice.”³⁶

În ceea ce ne privește, suntem de acord cu ipoteza reținerii infracțiunii de acces ilegal la un sistem informatic în ipoteza efectuării unei plăți la un terminal POS, deoarece trebuie înțeleasă rațiunea infracțiunii, sancționarea acestei fapte având unul dintre scopuri protejarea datelor informatice ale persoanei fizice stocate de aceste sisteme informatice. Considerăm că simplul acord al operatorului POS-ului nu este suficient pentru a fi catalogat ca un acces autorizat, fiindcă această autorizare ar fi necesară și din partea proprietarului instrumentului de plată, chiar în mod principal am putea spune, având în vedere că datele sale sunt periclitare prin această acțiune, iar deținătorul datelor informatice este singurul îndreptățit să aibă acces la datele respective.

Un argument suplimentar ar fi analiza, prin analogie, a ipotezei unui imobil deținut în coproprietate, prin raportare la infracțiunea de violare de domiciliu (art. 224 C. pen.). De exemplu, A și B au în coproprietate un imobil, A având în folosința sa unică o cameră de la parter, B o cameră de la etaj, iar restul spațiului va intra în folosința comună. Dacă B își invită un prieten X în imobil (invitație echivalentă unui consimțământ ce, prin analogie, va reprezenta autorizarea operatorului POS), consimțământul lui B nu va da dreptul lui X să pătrundă în camera lui A (spațiul asupra căruia A are un drept unic de folosință, comparat prin analogie cu sistemul informatic care conține datele subiectului pasiv persoană fizică), fără acordul acestuia. Ignorarea autorizării din partea deținătorului datelor informatice reprezintă o greșală, deoarece, precum în cazul ATM-ului, autorizarea din partea proprietarului cardului înlătură caracterul penal al faptei și, prin urmare, atenția ar trebui concentrată pe acest acord, fiind, în opinia noastră, o condiție complementară a accesului autorizat.

3.2.2. Efectuarea de plăți online

Situația efectuării de plăți online este similară celei în care se efectuează plăți prin intermediul POS-ului, prin prisma controlului limitat pe care făptuitorul îl are asupra sistemului informatic bancar, limitat doar la resursele acestuia, ci nu la funcțiile efective, fapt care a generat păreri

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem.

contradictorii cu privire la reținerea infracțiunii de acces ilegal la un sistem informatic și în această ipoteză.

Considerăm, ca reper, că similitudinea dintre accesul unui sistem informatic prin intermediul unui bancomat, respectiv al unui POS, evidențiată în Decizia nr. 53/2022 a ICCJ³⁷, poate fi regăsită și între accesarea unui cont bancar online și efectuarea unor plăți online. Diferența dintre cele două ipoteze ale ambelor paralele constă în controlul făptuitorului asupra sistemului informatic accesat, mai restrâns în cazul POS-ului și al plăților online, însă și în aceste cazuri se va putea dispune de resursele contului accesat. Totuși, întrucât această afirmație reprezintă doar o analogie pornind de la un recurs în interesul legii pe o situație specifică, vom evita a ne susține opinia strict pe baza acestui argument, urmând a ne expune considerațiile pe baza observațiilor doctrinare și jurisprudențiale.

Astfel, în doctrină s-a argumentat că nu ne aflăm sub incidența art. 360 C.pen., ci că: *„accesul neautorizat nu se consumă însă la momentul retragerii de numerar, ci la momentul autentificării în cadrul sistemului informatic (al bancomatului), deoarece acest lucru îi conferă agentului posibilitatea de a exercita un control – limitat la un set de instrucțiuni – asupra funcțiilor ori/și resurselor bancomatului. În schimb, în cazul unor plăți online, nu discutăm despre un astfel de control, existând doar o solicitare de efectuare a unui transfer de fonduri care este transmisă, primită și prelucrată de către un sistem informatic. Același lucru se întâmplă însă și cu transmiterea unui e-mail nesolicitat și, cu toate acestea, nu discutăm despre un acces la un sistem informatic, fiind chiar un exemplu-școală ce nu se află sub incidența acestui text de incriminare”*³⁸.

În sens contrar, Curtea de Apel Bacău în Decizia nr. 353/2016 a statuat că *„instanța nu a primit apărarea inculpatului precum că nu a accesat ilegal sistemul informatic al persoanelor vătămate, ci doar a efectuat comenzi și chiar cumpărături online cu datele cardurilor acestor persoane, întrucât, pentru obținerea datelor cardurilor cu care a făcut apoi comenzi online, a accesat tocmai sistemul informatic al fiecărei persoane vătămate (...) Așa cum a reținut și instanța de fond, inculpatul, la momentul efectuării plăților a realizat un acces la sistemele informatice ale unităților bancare (cele 4 bănci), constând în transmiterea de solicitări către unitățile centrale de prelucrare ale sistemelor bancare, care au procesat date și au rulat aplicații în beneficiul inculpatului (verificarea soldurilor conturilor de card în vederea autorizării plăților, blocarea sumelor aferente tranzacțiilor și, după aprobarea tranzacțiilor de către procesatorii de plăți, debitarea conturilor prin efectuarea plăților către comercianți”*³⁹.

³⁷ Decizia ICCJ referitoare la recursul în interesul legii nr. 53/2022, disponibilă la <https://sintact.ro/#/act/17013374/1/decizia-53-2022-r-privind-pronuntarea-unei-hotarari-prealabile-pentru-dezlegarea-unei-chestiuni...?keyword=Decizia%20ICCJ%20referitoare%20la%20recursul%20C3%AEn%20interesul%20legii%20nr.%2053~2F2022&cm=SFIRST>, accesată la data de 26.02.2023.

³⁸ George Zlati, *Tratat de criminalitate informatică*, cit. anterior, p. 210.

³⁹ Decizia nr. 353/2016 din 18-mar-2016, Curtea de Apel Bacău, Secția penală și pentru cauze cu minori și de familie, disponibilă la <https://sintact.ro/#/jurisprudence/525515109/1/decizie-nr-353-2016-din-18-mar-2016-curtea-de-apel->

Opinăm că în această situație, reținerea și a infracțiunii de acces ilegal la un sistem informatic reprezintă soluția corectă, având în vedere, pe lângă similitudinea cu ipoteza efectuării unei plăți la POS și a argumentării instanței citată mai sus și considerațiile din Decizia nr. 15/2013 a ICCJ și a Deciziei nr. 677/2021 a Curții de Apel Brașov, expuse anterior în cadrul punctului 2.2.1. al lucrării.

Prin urmare, reiterând concluziile acestora, considerăm că în ipoteza efectuării unei plăți online se folosesc resursele sistemului informatic, în concret, suma de bani care a fost plătită online, astfel încât accesul ilegal va fi incident și în cazul în care sunt periclitate resursele, fără a fi exercitate alte funcții asupra sistemului informatic. Stabilirea tipicității incriminării infracțiunii de acces ilegal la un sistem informatic va depinde de posibilitatea făptuitorului, ca urmare a conduitei sale, să beneficieze de resursele sau/și de funcțiile sistemului informatic⁴⁰. Observăm astfel că situația în care făptuitorul beneficiază de resursele sistemului informatic este una alternativă, și nu complementară controlului asupra funcțiilor sistemului informatic.

Prin urmare, simpla folosire a resurselor sistemului informatic bancar va fi suficientă pentru a se reține un acces ilegal la un sistem informatic. Considerăm că acest raționament poate combate contra-argumentul din doctrină cu privire la inexistența unui acces la un sistem informatic motivată de lipsa controlului pe care făptuitorul îl poate exercita asupra sistemului informatic al contului bancar în cauză. Totodată, apreciem că această observație poate fi aplicată și în cazul în care se realizează plăți la un POS și susține cu atât mai mult încadrarea de acces ilegal la un sistem informatic și a acestei ipoteze.

Concluzii

Instituția infracțiunii de acces ilegal la un sistem informatic din Codul penal român a generat o serie de interpretări contradictorii atât în doctrină, cât și în practica judiciară, fapt cauzat de disproporția vădită dintre complexitatea operațiunilor din sfera informatică și reglementarea legislativă lacunară. Astfel, prin lipsa unor prevederi exprese cu privire la elementele constitutive ale infracțiunii, textul de lege a lăsat locul unor interpretări contrare în practică, susținute cu argumente pertinente de instanțele de judecată sau de doctrină. În ceea ce ne privește, considerăm, în final, că recursurile în interesul legii au facilitat identificarea unor încadrări juridice corecte, însă în fiecare situație rămâne imperios de realizat o analiză factuală complexă în scopul stabilirii normelor de drept și interpretărilor aplicabile.

[bacau-falsul-informatic-art-325-ncp-penal?keyword=Decizia%20nr.%20353~2F2016%20din%2018-mar-2016,%20Curtea%20de%20Apel%20Bac%C4%83u&cm=SFIRST](https://sintact.ro/#/jurisprudence/535821540/1/decizie-nr-677-2021-din-06-dec-2021-curtea-de-apel-brasov-accesul-ilegal-la-un-sistem-informatic...?keyword=Decizia%20nr.%20353~2F2016%20din%2018-mar-2016,%20Curtea%20de%20Apel%20Bac%C4%83u&cm=SFIRST), accesată la data de 25.02.2023.

⁴⁰ Decizia nr. 677/2021 din 06-dec-2021, Curtea de Apel Brașov, disponibilă la <https://sintact.ro/#/jurisprudence/535821540/1/decizie-nr-677-2021-din-06-dec-2021-curtea-de-apel-brasov-accesul-ilegal-la-un-sistem-informatic...?keyword=Decizia%20nr.%20677~2F2021%20din%2006-dec-2021,%20Curtea%20de%20Apel%20Bra%C8%99ov,&cm=SFIRST>, accesată la data de 25.02.2023.

Bibliografie:**Resurse tipărite:**

1. George Zlati, *Tratat de criminalitate informatică - Vol. I*, Ediția 1, Editura Solomon, 2020
2. Georgina Bodoroncea, Valerian Cioclei, Irina Kuglay, Lavinia Valeria Lefterache, Teodor Manea, Iuliana Nedelcu, Francisca-Maria Vasile, George Zlati, *Codul penal. Comentariu pe articole art. 1-446*, Ediția 3, Editura C.H. Beck, 2020, București
3. Gheorghe-Iulian Ioniță, *Revista Română de drept penal al afacerilor. Aspecte privind infracțiunea de acces ilegal la un sistem informatic*, 2020
4. Maxim Dobrinou, *Infrațiuni în domeniul informatic*, Editura C.H. Beck, 2006, București
5. Constantin Duvac, *Revista Română de Dreptul Proprietății Intelectuale. Accesul ilegal la un sistem informatic în reglementarea noului cod penal*, nr. 1/2012

Resurse digitale:

1. Radu Alexandru Nestor, *Incriminarea accesului ilegal la un sistem informatic sau riscul de a transforma un mijloc esențial de obținere a informației în mod de încălcare a legii penale*
<https://www.juridice.ro/753151/incriminarea-accesului-ilegal-la-un-sistem-informatic-sau-riscul-de-a-transforma-un-mijloc-esential-de-obtinere-a-informatiei-in-mod-de-incalcare-a-legii-penale.html>, accesat la data de 27.02.2023
2. Maxim Dobrinou, *Revista Penalmente Relevant nr. 1/2021. Considerații tehnice și juridice privind reținerea infracțiunii de acces ilegal la un sistem informatic în situația interogării unei baze de date prin depășirea limitelor autorizării* <https://www.revista.penalmente.ro/wp-content/uploads/2021/10/2.pdf>, accesat la data de 27.02.2023
3. George Zlati, *Jurnalul Baroului Cluj nr. 1/2021. Criminalitatea informatică în România* <https://www.baroul-cluj.ro/wp-content/uploads/2021/07/zlati.pdf> accesat la data de 27.02.2023

Criterii de diferențiere a formelor și modalităților de vinovăție în cazul decesului victimei în urma încălcării regulilor de siguranță a circulației pe drumurile publice de către conducătorul unui autovehicul

Criteria for differentiating the forms and methods of guilt in the case of the death of the victim following the violation of traffic safety rules on public roads by the driver of a motor vehicle

Critères de différenciation des formes de culpabilité et des modalités en cas de décès de la victime en raison de la violation de la sécurité de la circulation sur les routes publiques par le conducteur d'un véhicule à moteur

George-Eduard CĂLIN – anul II, grupa 214

Coordonatori: prof. dr. Lavinia Valeria LEFTERACHE, asist. drd. George-Cristian IOAN

Rezumat: Accidentele rutiere reprezintă evenimente nedorite survenite cu ocazia desfășurării circulației rutiere, care a devenit o componentă indispensabilă a societății de astăzi, și care, în mod regretabil, reprezintă o sursă perpetuă de pericol și periclitare a valorilor sociale ocrotite. Astfel, în situațiile care au ca urmare lezarea dreptului la viață, ca valoare supremă a lumii moderne, se impune necesitatea delimitării corecte a vinovăției celui care, prin acțiunea sa, a provocat decesul unei alte persoane, și, în consecință, sancționarea sa în mod corespunzător. În lucrarea de față urmează să analizez formele și modalitățile vinovăției, împreună cu specificul accidentelor de circulație, iar, prin raportarea la jurisprudența din materie, să stabilesc care sunt criteriile care se impun în pronunțarea asupra vinovăției în cazul accidentelor de circulație care au provocat decesul victimei.

Cuvinte-cheie: vinovăție, accident de circulație, deces, infracțiune, omor, ucidere din culpă.

Abstract: Road accidents are undesirable events occurring during the course of road traffic, which has become an indispensable component of today's society, and which regrettably represent a perpetual source of danger and jeopardy of protected social values. Thus, in situations that result in the violation of the right to life, as the supreme value of the modern world, it is necessary to correctly delimit the guilt of the one who, by his action, caused the death of another person, and, consequently, to punish him accordingly. In this paper I am going to analyze the forms and modalities of guilt, together with the specifics of traffic accidents, and, by reference to the jurisprudence in the field, to establish what are the criteria that are required in the decision on guilt in the case of traffic accidents that caused the death of the victim.

Keywords: guilt, traffic accident, death, crime, murder, manslaughter.

Résumé: Les accidents de la route sont des événements indésirables survenus lors de la circulation routière, qui est devenue une composante indispensable de la société d'aujourd'hui et qui, malheureusement, représente une source perpétuelle de danger et de mise en péril des valeurs sociales protégées. Ainsi, dans des situations aboutissant à la violation du droit à la vie, en tant que valeur suprême du monde moderne, la nécessité de définir correctement la culpabilité de celui qui, par son action, a causé la mort d'une autre personne, et, par conséquent, le sanctionner de la manière appropriée. Dans le présent article, j'analyserai les formes et les modalités de la culpabilité, ainsi que les spécificités des accidents de la circulation, et, en me référant à la jurisprudence en la matière, établir quels sont les critères requis pour se prononcer sur la culpabilité dans le cas d'accidents de la circulation ayant causé la mort de la victime.

Mots-clé: culpabilité, accident de la circulation, mort, crime, meurtre, homicide involontaire.

1. Introducere

Spațiul rutier a devenit un instrument indispensabil civilizației moderne. Datorită importanței și necesității, dar și a prezenței perpetue și în continuă dezvoltare a domeniului circulației rutiere, este de datoria statului să intervină și să reglementeze, prin reguli de conduită de o importanță necontestată, eficiența și în condiții de maximă siguranță desfășurarea a circulației rutiere.

Desigur, ca în orice alt aspect reglementat de către stat, încălcarea normelor instituite atrage incidența anumitor sancțiuni menite a combate comportamentul deviant. Printre sancțiunile amintite anterior vom întâlni, firește, și materializarea acestora sub forma intervenției dreptului penal dacă urmarea imediată a faptei săvârșite conduce în mod imediat sau chiar mediat la lezarea acelor valori esențiale ale societății dorite a fi respectate, apărute și prezervate.

Privind în ansamblu putem observa că finalitatea normelor care reglementează siguranța circulației pe drumurile publice este evitarea producerii unor consecințe ireversibile. În lucrarea de față mă voi referi cu precădere la situațiile care au condus la moartea victimei.

Problema care se ridică în cazul decesului victimei în urma încălcării regulilor de siguranță a circulației pe drumurile publice de către conducătorul unui autovehicul este încadrarea juridică a faptei săvârșite pentru a se putea aplica pedeapsa într-un mod cât mai just. Astfel, când vorbim despre încadrarea juridică, instanțele se confruntă cu delimitarea dintre intenție și culpă în ceea ce privește decesul victimei. Distincția prezintă o puternică relevanță pornind din planul material al gravității pedepsei până în planul conceptual al necesității pedepsirii acelor manifestări psihoafective îndreptate în mod voit asupra valorilor sociale protejate.

Astfel, din analiza pe care o voi prezenta în continuare asupra formelor de vinovăție, urmează să stabilim care dintre acestea este într-adevăr adevărata formă a vinovăției cu care se realizează aceste fapte sau, din contră, dacă este necesar să ne raportăm în mod echitabil la toate particularitățile fiecărui caz în parte și în funcție de acestea să stabilim vinovăția făptuitorului, iar pentru cea de-a doua ipoteză să stabilim care sunt criteriile ce ar trebui avute în vedere pentru a ne pronunța asupra unei forme a vinovăției.

2. Scurte considerații despre formele și modalitățile de vinovăție

Pentru a putea fi sancționată o faptă și tras la răspundere făptuitorul, este necesară îndeplinirea anumitor condiții, precum existența unei identități de trăsături obiective între ceea ce prevede legea și actul de conduită (tipicitate), ori între atitudinea subiectului activ și forma de vinovăție prevăzută

la nivel normativ (latura subiectivă), iar în cazul de față ne vom concentra în mod deosebit pe latura subiectivă deoarece aceasta reflectă, pe lângă mobilul și scopul infracțiunii, forma de vinovăție cu care a acționat făptuitorul și la care ne vom raporta pentru a realiza o corespunzătoare încadrare juridică a faptei.

Vinovăția, așa cum este prevăzută și în articolul 16 al codului penal, îmbracă trei forme- intenția, culpa și praeterintenția. Acestea se diversifică în funcție de anumiți factori complecși ce rezultă dintr-o convergență a atitudinii psiho-afectivă a inculpatului cu totalitatea factorilor din mediul extern în cadrul cărora a avut loc desfășurarea faptei incriminate și în urma a căror stabilire și apreciere putem determina forma de vinovăție cu care a fost săvârșită fapta.

În cadrul lucrării ne vom concentra asupra intenției indirecte și a culpei cu prevedere în cazul încadrării juridice a faptei de a provoca decesul victimei în urma încălcării regulilor de siguranță a circulației pe drumurile publice de către conducătorul unui autovehicul.

Modul de apreciere a diferențelor dintre formele și modalitățile de vinovăție se deduce din elementul obiectiv (*dolus ex re*), prezumându-se că agentul a acționat în lumea materială în conformitate cu propriul element subiectiv¹.

În cazul intenției directe, atunci când subiectul are reprezentarea acțiunii sau inacțiunii sale, modul de împlinire, rezultatul socialmente periculos la care conduce fapta și urmărește și dorește producerea rezultatului, nu prezintă importanță dacă producerea rezultatului este probabilă sau certă, ci numai urmărirea acestuia de către făptuitor.

Privite în paralel, faptele săvârșite cu intenție indirectă sau eventuală sunt acelea în a căror realizare subiectul prevede rezultatul socialmente periculos și, deși nu urmărește producerea acestuia, săvârșește totuși fapta, acceptând eventualitatea producerii lui.

Pentru a înțelege mai bine diferența dintre cele două modalități ale intenției voi expune ceea ce s-a afirmat a fi structura intenției. Intenția, ca formă a vinovăției, este constituită din două elemente, factorul intelectual (făptuitorul prevede elementele ce țin de tipicitatea obiectivă a faptei sale la momentul comiterii acesteia) și factorul volitiv (făptuitorul urmărește producerea rezultatului prin comiterea faptei sale sau nu îl urmărește, dar acceptă posibilitatea de a-l obține) care în funcție de prezența și intensitatea acestora se pot contura modalitățile vinovăției, respectiv delimita intenția directă de intenția indirectă. Cât privește elementul intelectual acesta este prezent la ambele modalități ale intenției, cu aceeași intensitate, în timp ce elementul volitiv este cel prin a cărui

¹ Sergiu Bogdan, Doris Alina Șerban, *Drept penal. Partea specială*, Ediția a II-a, editura Universul Juridic, 2020, București, p. 34.

analizare putem ajunge la diferențierea dintre intenția directă și indirectă. Ceea ce caracterizează intenția indirectă sunt atitudinea indiferentă a subiectului față de rezultatul socialmente periculos, posibil, dar neurmărit al faptei sale și acceptarea eventualității producerii acestuia, subiectul poate fi descris a fi într-o stare latentă, de pasivitate față de eventualitatea materializării rezultatului în timp ce în cazul intenției directe subiectul are o atitudine proactivă, el își dorește și acționează pentru îndeplinirea rezultatului.

Culpa există atunci când subiectul prevede urmarea periculoasă a faptei sale, însă nu și-o dorește și acționează cu credința că aceasta nu se va materializa (culpa cu prevedere) sau când, raportat la acțiunile sale și la condițiile în care a acționat, și în pofida experienței și a instruirii sale, nu prevede urmarea periculoasă (culpa fără prevedere). În doctrină² s-a afirmat că esența culpei constă în nerespectarea unor norme statornicite prin uz sau stabilite în mod explicit de către autorități în scopul prevenirii unor urmări dăunătoare.

Diferența dintre cele două modalități este lipsa elementului intelectual în cazul culpei fără prevedere, în sensul prezenței capacităților intelective normale ale subiectului, dar raportat la situația concretă, acesta nu a putut să prevadă urmarea nedorită a faptelor sale. Mai trebuie menționat faptul că dacă niciun alt subiect pus în poziția făptuitorului nu putea în mod obiectiv să prevadă urmarea periculoasă atunci se va înlătura vinovăția subiectului.

Adevărata problemă apare în practică în acele situații care, prin particularitățile lor, creează serioase probleme în stabilirea proceselor psihice care s-au manifestat în forul interior al subiectului în momentul comiterii faptei sau anterior acesteia. După cum putem vedea, atât la intenție cât și la culpa cu prevedere subiectul acționează în deplină cunoștință, el își înțelege acțiunile, dorințele și implicațiile pe care acestea le au în lumea exterioară, deci consecințele pozitive ori negative, înțelegând modul în care îi este permis să acționeze pentru a favoriza în continuare desfășurarea normală a vieții sociale atât pentru el cât și pentru ceilalți. Putem spune cu referință la intenția directă că lucrurile sunt mai clare, făptuitorul prevede urmarea interzisă, socialmente periculoasă și căile de acțiune pentru realizarea acesteia acționând în conformitate cu dorințele sale declanșând în concomitent un conflict cu societatea și având gradul cel mai deplin de dispreț față de valorile sociale. În cazul intenției indirecte și a culpei cu prevedere acțiunile subiectului, energiile pe care acesta le exteriorizează sunt concentrate pe manifestarea unui anumit scop față de care, în mod conștient și previzibil, se naște eventualitatea materializării a unui alt rezultat, alternativ ori adiacent, al cărui caracter prohibit și periculos îi este cunoscut.

² Florin Streteanu, *Tratat de drept penal. Partea generală*, Vol. 1, editura C.H.Beck, 2008, București, p. 446.

3. Delimitarea formelor și modalităților de vinovăție

3.1. Teorii

Pentru a putea fi acoperite lipsurile relevate de practică a interpretării atitudinii psiho-afective și a analizării diverselor împrejurări ale săvârșirii faptei, cât și a caracterului suficient al acestora, au fost formulate mai multe teorii³ cu privire la ce ar putea de fapt să însemne distincția dintre intenția indirectă și culpa cu prevedere.

- a. teoria probabilității pune accentul pe elementul intelectual și susține că atunci când făptuitorul a prevăzut o posibilitate foarte ridicată de producere a urmării și totuși a acționat ne vom găsi în ipoteza intenției indirecte, iar prevederea unui grad scăzut de probabilitate ne plasează pe terenul culpei cu prevedere. Consider că teoria este aplicabilă, dar nu în sensul exacerbarii intenției eventuale asupra activităților de risc, ci prin sporirea exigențelor asupra analizei atitudinii subiectului, cât și asupra verosimilității caracterului suficient al împrejurărilor care au întemeiat convingerea sa.
- b. teoria pozitivă a consimțământului sau teoria acceptării riscului presupune evaluarea modului în care făptuitorul a acționat în concret, astfel, dacă acesta a decis să acționeze având o atitudine indiferentă față de posibilitatea producerii rezultatului ilicit se va aprecia ca formă de vinovăție intenția indirectă.
- c. teoria nematerializării voinței de evitare pune accentul pe măsurile luate în considerare de autor, pe obiectivarea și materializarea temeiului care a fundamentat credința acestuia că rezultatul nu se va produce.
- d. În fine, o teorie propune delimitarea celor două forme de vinovăție prin raportarea la atitudinea pe care subiectul o are față de valoarea socială ocrotită de norma penală.

3.2. Criterii practice pentru delimitarea formelor și modalităților de vinovăție

Criteriul de delimitare care este prevăzut și la nivel normativ este dat de elementul volitiv. Astfel, diferența o face atitudinea pe care făptuitorul o resimte față de posibilitatea concretizării rezultatului neurmărit de acesta, periculos și interzis - subiectul ori este indiferent, nu îi pasă, și în mod conștient acceptă riscul de a obține urmarea periculoasă care, odată materializată, lezează o anumită valoare socială ocrotită de lege (intenția indirectă), ori, fiind conștient de posibilitatea lezării unei valori ocrotite, nu o acceptă, având o reală convingere că aceasta nu se va întâmpla sau că va reuși să o evite, convingere care se dovedește a fi greșit apreciată (culpa cu prevedere).

³ Florin Streteanu, *op. cit.*, p. 450.

Când vine vorba de aplicarea sa în concret, acest criteriu își dovedește limitele, formularea folosită în Codul Penal în privința culpei cu prevedere (prevede rezultatul, nu-l acceptă, socotind fără temeii că nu se va produce) este susceptibilă de clarificări⁴, culpa cu prevedere identificându-se în realitate prin raportarea la ce a însemnat de fapt convingerea făptuitorului, care au fost acele caracteristici, aspecte ale realității, care, în mod just, au fost considerate de el ca fiind apte de a se impune și a opri manifestarea evenimentului nedorit de acesta. Doar atunci când se vor identifica în concret acele caracteristici, fenomene, aptitudini care au întemeiat în mod credibil convingerea subiectului că umarea nedorită va fi evitată va putea exista o justă apreciere a formei vinovăției de culpă cu prevedere.

În consecință, pentru a evita evaluarea eronată a formei de vinovăție printr-o raportare izolată la criteriul normativ care, în mod inevitabil, lasă aprecierea formei de vinovăție la dispoziția acuzatului (acesta va avea avantajul de a-și face situația mai favorabilă prin declarațiile sale care, de regulă, vor tinde spre a susține neacceptarea producerii urmării imediate) este necesară o analiză restrictivă a acelor acțiuni exteriorizate sau a acelor trăsături existente considerate în mod legitim de subiect la momentul săvârșirii faptei capabile să constituie o cauză eficientă de nematerializare a urmării nedorite. Organele judiciare au sarcina ca pe baza acestor coordonate obiective exteriorizate și a aptitudinilor apreciate în mod subiectiv, dar real, să determine ce procese au avut loc, de fapt, în forul interior al acuzatului și dacă în realitate se poate afirma că acesta nu a acceptat posibilitatea realizării faptei ilicite.

Un set de criterii exterioare⁵ ce pot fi luate în considerare atunci când este evaluată atitudinea făptuitorului sunt nivelul riscului asumat, măsurile de precauție luate, nivelul de previzibilitate a urmărilor faptei comise, gradul de probabilitate de a se produce urmările faptei comise, pregătirea și educația acuzatului, experiența sa de viață sunt variabile care trebuie să existe la momentul săvârșirii faptei și care trebuie analizate în aprecierea atitudinii subiectului fiind aspectele ce pot duce la o cât mai justă delimitare a formei de vinovăție și o corectă încadrare juridică pentru eficienta apărare și preservare a valorilor sociale încălcate.

În ipoteza diferențierii intenției indirecte de culpa cu prevedere se impune diferențierea între situațiile în care convingerea subiectului s-a bazat pe anume criterii exteriorare, care la o analiză obiectivă pot fi în mod rezonabil apreciate ca fiind eficiente și apte să împiedice producerea urmării nedorite, și situațiile în care chiar temeiul convingerii a reprezentat o incertitudine. În atare situații subiectul acționează în lipsa unui temei real pentru convingerea sa, el acționează în baza hazardului, a speranței că umarea nedorită nu se va materializa și în realitate acceptă riscul ca aceasta să se

⁴ Florin Stretanu, *op. cit.*, p. 453.

⁵ Mihail Udroi, *Sinteze de Drept penal. Partea generală*. Ediția 2. Volumul I, editura C.H.Beck, 2021, București, p. 172.

producă. În cazul anterior enunțat se va considera că subiectul acționează cu forma de vinovăție a intenției indirecte.

Diferența dintre cele două forme de vinovăție este dată, deci, de atitudinea psiho-afectivă a subiectului față de urmarea nedorită, susținută de o serie de elemente reale (în sensul concretizării acestora și nefiind dependente doar de simpla dorință- speranța- sau de caracterul eventual al unui alt element).

Pornind de la distincția de mai sus, se pune întrebarea dacă aspectele luate în considerare de subiect, aptitudinile sale, anumite caracteristici, ar trebui să fie considerate în mod obiectiv, ori cel puțin majoritar, dacă nu unanim, capabile de a constitui un impediment în materializarea urmării nedorite sau caracterul suficient al împrejurărilor pe care s-a bazat convingerea este dat de poziția subiectivă a subiectului care la momentul săvârșirii le-a perceput astfel. Ca regulă generală, consider că ar fi nevoie de un anumit grad de generalitate în aprecierea suficienței împrejurărilor luate în considerare pentru a evita riscul înlăturării caracterului just al acestora.

Nu pot fi ignorate acele activități care prin particularitățile lor intrinseci prezintă în mod incontestabil un grad ridicat de risc. În atare situații se afirmă impunerea regulii de înlăturare ab initio a caracterului suficient al oricăror împrejurări ce ar fi putut fi privite în mod subiectiv ca apte să împiedice producerea urmării nedorite, impunându-se astfel o măsură suplimentară de precauție pentru apărarea valorilor sociale dată fiind necesitatea socială a prestării acestor activități periculoase. În orice caz, și în aceste situații se impune analiza restrictivă pentru fiecare caz în parte.

4. Studiu de caz. Decesul victimei în urma încălcării regulilor de siguranță a circulației pe drumurile publice de către conducătorul unui autovehicul

În această materie există tendința de a caracteriza încălcarea normelor de conduită, stabilite pentru asigurarea circulației sigure și protejarea participanților, prin săvârșirea acestor fapte cu forma de vinovăție a culpei cu prevedere. Unul din argumentele care fundamentează clasificarea vinovăției în culpă cu prevedere poate fi apreciat prin raportarea la nivelul structural al acestei forme de vinovăție cât și al fenomenului constituit de infracționalitatea din domeniul rutier. Astfel, în doctrină⁶ a fost exprimat un model al formei de vinovăție al culpei, o structură care să poată caracteriza ambele modalități ale acesteia, evidențiind elementele comune și facilitând înțelegerea acesteia dintr-o perspectivă ce înfățișează însăși esența culpei. Se constată săvârșirea faptei din culpă în acele situații în care subiectul se află pe poziția de a fi încălcat o anume obligație de diligență

⁶ Florin Streteanu, *op. cit.*, p. 448.

impusă, la nivel normativ sau chiar prin reguli nescrise, menită a preveni producerea unor urmări vătămăoase pentru valorile sociale ocrotite și a stabili un echilibru între caracterul necesar al unei activități generatoare de risc pentru aceste valori și interesul protejării lor⁷.

Din acest punct de vedere, aplicarea culpei în domeniul infracțiunilor rutiere poate fi caracterizată ca de necontestat datorită rațiunii de identitate a obligațiilor de diligență și a normelor care instituie reguli pentru protejarea siguranței în trafic.

În plus, tot despre structura culpei, s-a afirmat că, indiferent de configurația sa, fapta săvârșită cu această formă de vinovăție trebuie să aibă ceea ce se numește previzibilitate și evitabilitate subiectivă a urmării, în lipsa acestora înlăturându-se culpa. Modul în care se apreciază aceste aspecte este prin raportarea la un model fictiv denumit etalonul agentului-model care diferă de la un domeniu la altul și diversificându-se chiar în cadrul aceluiași domeniu, în funcție de elementele obiective, condițiile în care a acționat subiectul, experiența sa. Ca exemplu s-a formulat etalonul chirurgului, diferit de etalonul chirurgului specializat, care, în continuare, diferă de etalonul chirurgului specializat, expert în implementarea unei tehnici particulare⁸. În cazul unui accident rutier etalonul, deci previzibilitatea și evitabilitatea, vor fi apreciate diferit pentru un șofer amator față de un șofer de curse, chiar dacă incidentul a fost plasat în contextul unei simple plimbări cu mașina.

Totodată, accidentul rutier poate fi caracterizat drept acel eveniment nedorit, față de care se poate aprecia că au fost depuse diligențe menite a preveni producerea acestuia, dar care, în concret, au dovedit o apreciere eronată a caracterului suficient. De reținut este și faptul că participanții în trafic-posesorii unui permis de conducere- beneficiază de instrucție încă de dinainte de momentul dobândirii acestuia, aceștia sunt persoane care au împlinit vârsta de 18 ani, având o prezumție a deplinei capacități intelectuale și față de care societatea impune obligația de asumarea a responsabilității în exercitarea dreptului de a conduce. Astfel, având în vedere considerentele expuse anterior- existența instrucției și a capacităților depline de conștiință, alături de obligația de responsabilitate, care conferă o crescută previzibilitate a urmărilor ce pot surveni în urma încălcării regulilor de circulație, dar și a voinței de evitare a materializării unui accident, bazate pe diverse capacități ori cunoștințe- se poate afirma ca regulă generală interpretarea formei de vinovăție a culpei cu prevedere.

Însă, la fel ca până acum, lucrurile nu rămân la fel de clare, mai ales cu ocazia evenimentelor care, datorită gravității ce caracterizează încălcarea, ori chiar periclitarea anumitor valori sociale, impun o diferențiere în tratarea acestora și astfel ridică serioase întrebări legate de modalitatea de apărare și

⁷ Florin Streteanu, *op. cit.*, p. 448.

⁸ Florin Streteanu, *op. cit.*, p. 448.

prezervare a valorilor afectate și, desigur, a sancționării făptuitorului. Vorbim despre acele evenimente- accidente rutiere- care, în urma unei succesiuni nefericite și a unui cumul de factori, au dus la materializarea lor, soldată cu pierderea vieții celor implicați. Este cunoscut că toate valorile societății contemporane sunt ocrotite, însă ele nu beneficiază de același grad de protecție, lucru surprins și în Codul Penal prin prevederea unei ierarhii a valorilor sociale, dar și în restul legislației prin mecanismul sancționării cu caracter de excepție a încălcării fără intenție, ci din culpă, a anumitor valori. Aceste aspecte implică în mod just o diferențiere de tratament în sancționarea faptelor care aduc atingere dreptului fundamental la viață, deci o modalitate mai exigentă, poate, atunci când se ivește aprecierea vinovăției asupra faptelor care au avut ca efect lezarea acestuia.

Având în vedere aspectele prezentate anterior, consider că în cazul decesului victimei în urma încălcării regulilor de siguranță a circulației pe drumurile publice de către conducătorul unui autovehicul în aprecierea caracterului previzibil și probabil al manifestării unei urmări nedorite în urma încălcării regulilor impuse pentru menținerea siguranței în trafic și ocrotirea diverselor valori a căror periclitare ar putea decurge, dar și în analiza făcută de organele judiciare, în cercetarea acestora, asupra împrejurărilor concomitente și a caracteristicilor ce au fundamentat convingerea și neacceptarea făptuitorului, este necesar impunerea unui standard de exigență, cu precădere asupra faptelor ce au rezultat în suprimarea vieții unei persoane.

Astfel, ar trebui precizate mai multe aspecte. În primul rând, decesul victimei în urma încălcării regulilor de siguranță a circulației pe drumurile publice de către conducătorul unui autovehicul este provocat prin încălcarea acelor norme impuse întocmai în scopul prevenirii acestuia, iar gradul de pericolozitate al unui eveniment care a condus la lezarea dreptului la viață poate fi apreciat ca vădit superior față de pericolozitatea unui accident soldat cu pagube materiale, astfel că provocarea unei situații de un asemenea risc poate fi pusă pe seama unei ignoranțe accentuate față de prudența la care este obligat făptuitorul prin reguli instituite în considerarea iminenței unui atare pericol grav, conștientizat de acesta, însă asumat, atitudine care se traduce în acceptarea riscului manifestării. În considerarea încălcării celor mai importante reguli de circulație precum viteza excesivă, cu mult peste limita permisă în localitate, depășirea liniei continue, deplasarea pe distanțe semnificative pe contrasens, pătrunderea în intersecție pe culoarea roșie a semaforului și în lipsa vizibilității, s-a stabilit că făptuitorul a avut o stare de indiferență față de posibilitatea uciderii ori/și a vătămării unor persoane, apreciindu-se astfel forma de vinovăție a intenției indirecte (C.A. Iași, secția penală, decizia nr. 178 din 14 martie 2018, nepublicată)⁹.

În al doilea rând, pentru diferențierea culpei cu prevedere de intenția indirectă, se apreciază că pentru accidentele de circulație pot fi luate în considerare, ca împrejurări apte să fundamenteze

⁹ Mihail Udrioiu, *op. cit.*, p. 175.

convingerea și neacceptarea faptuitorului, performanțele mașinii, experiența și abilitatea în conducere a șoferului, ora târzie și lipsa traficului și a pietonilor. În situațiile de pericolozitate crescută este necesară o analiză atentă a acelor convingeri care nu se bazează pe aspecte palpabile, ci presupun doar atitudinea de neacceptare, de respingere, și mențin subiectul într-o poziție de pasivitate, de așteptare, incompatibilă cu gradul de risc pe care îl prezintă eventualitatea producerii accidentului. Astfel, atunci când convingerea se bazează doar pe elemente subiective precum experiența de șofat, simpla cunoaștere a unei porțiuni de drum, consider că ne aflăm într-o situație asemănătoare aceleia în care subiectul lasă posibilitate producerii rezultatului periculos în seama providenței, a hazardului, singurul său temei fiind speranța că va reuși să evite accidentul, certitudinea eficienței capacităților sale fiind raportate la un moment ulterior. De asemenea, consider că este impropriu ca temeiul convingerii eficienței capacităților să provină din reușita evitării unor situații „similare” în trecut, credibilitatea în acest caz fiind îndoielnică datorită lipsei de identitate a oricăror evenimente de risc, indiferent dacă acestea prezintă o oarecare asemănare, ea fiind doar o chestiune de aparență. În acest sens, inculpatul, conducând mașina acestuia în localitate, a atins viteza de 89,21 km/h, în condiții nefavorabile- carosabil umed, trafic intens- urmând ca ulterior să îi apară în cale doi pietoni care traversau regulamentar. În urma impactului a fost considerat că șoferul a săvârșit infracțiunea de omor și tentativă la omor, ulterior, încadrarea juridică fiind schimbată în ucidere din culpă și vătămare corporală din culpă. În ciuda condițiilor nefaste în care a acționat făptuitorul, nu s-a putut reține față de acesta existența intenției indirecte, fiind luat în considerare un cumul de factori subiectivi (chiar dacă șoferul putea fi considerat începător din cauza perioadei scurte de timp în care a deținut permis de conducere, acesta avea convingerea existenței unor abilități suficiente, datorate experienței sale concrete de șofat) și, mai ales, obiectivi (mașina acuzatului, Audi A8, fiind considerată de calitate, fără defecte cunoscute, la care s-a adăugat faptul că inculpatul a exteriorizat dorința de a evita accidentul prin bruscare automobilului pe banda din dreapta). Astfel, având exteriorizarea neacceptării, a dorinței de evitare, instanța a considerat că este suficient pentru achimbarea încadrării juridice (Sentința nr. 69/2020 din 06-mar-2020, Tribunalul Suceava, omorul (art.188 NCP) (Penal), accesibilă pe sintact¹⁰).

În plus, este lesne de înțeles de ce este necesară reglementarea circulației rutiere, aceasta fiind o componentă vitală a desfășurării normale a vieții cotidiene, însă reprezintă și unul dintre cei mai mari factori de risc care, în ciuda amplei și strictei reglementări, favorizează probabilitatea, dacă nu chiar producerea unora dintre cele mai multe evenimente nedorite-accidentele- care aduc atingere valorilor sociale. Trebuie avut în vedere potențialul creat chiar prin aspecte precum corpul masiv al unui automobil, ori viteza mare de deplasare a acestuia (nu neapărat peste o anumită limită legală), potențial care este augmentat prin nerespectarea normelor din materie. În considerarea acestor

¹⁰<https://sintact.ro/#/jurisprudence/534120321/1/sentința-nr-69-2020-din-06-mar-2020-tribunalul-suceava-omorul-art-188-ncp-penal?keyword=Sentința%20nr.%2069~2F2020%20din%2006-mar-2020,%20Tribunalul%20Suceava&cm=SFIRST>, accesat la data de 2.03.2023.

aspecte, amintesc de teoria probabilității, care susținea că intensitatea probabilității producerii unui rezultat nedorit atrage caracterizarea vinovăției ca intenție indirectă. S-a susținut că teoria aduce limitări asupra culpei cu prevedere prin trecerea tuturor activităților care, în mod inevitabil, presupun un grad de risc accentuat sub incidența intenției indirecte. Păstrând rezervele formulate anterior, țin să fac o completare legată de aplicarea acestei teorii, astfel, consider că trebuie realizată o diferențiere între acele activități de risc care servesc la îndeplinirea unui interes comun, just, și activități care cel mult pot satisface un interes particular, însă acesta nereprezentând o necesitate organică, iar procesul realizării sale implică în mod nejustificat posibilitatea obținerii unui rezultat care lezează o anumită valoare socială. În concluzie, există două tipuri de activități de risc, pe de-o parte sunt cele care prezintă o incontestabilă necesitate (activitățile industriale, procedeele experimentale, intervențiile medicale riscante), iar apoi sunt activități prin care se urmărește un interes izolat, lipsit de relevanță pentru societate în ansamblu și a căror modalitate de realizare prezintă un caracter nejustificat de pericol. Încălcarea regulilor de circulație este realizată în vederea unui interes particular, din care societatea nu are de obținut nimic benefic și astfel, chiar în detrimentul neacceptării, se poate susține că în mod voit a fost amplificată o situație de pericol, iar când aceasta produce decesul, neacceptarea, cu tot ce presupune ea, își pierde din credibilitate, riscul augmentat fiind de natură să treacă previzibilitatea pe terenul reprezentării.

Chiar dacă lezarea unei anumite valori nu s-a materializat, nu va putea fi ignorat caracterul periculos al conduitei subiectului, care amplifică în mod nejustificat potențialul de pericol al circulației rutiere, trebuind analizat dacă într-adevăr subiectul nu a acceptat rezultatul și a acționat într-un anumit mod care s-a dovedit eficient sau nematerializarea rezultatului periculos a fost o simplă întâmplare. În acest sens, a existat o situație care din punct de vedere obiectiv se prezenta sub forma unei șicanări în trafic, însă, ținând cont de împrejurările desfășurării evenimentelor, a caracterului accentuat de risc datorat circulației intense, a diferenței de tonaj a celor două automobile care favoriza șicanatorul și accentua riscul căruia a fost supus cel șicanat, instanța a decis că făptuitorul a săvârșit infracțiunea de tentativă de omor calificat cu forma de vinovăție a intenției indirecte, prin raportare la gradul excesiv de pericol creat de șicanator. Faptul că victima nu a sesizat riscul la care a fost supusă nu a avut niciun rol în caracterizarea atitudinii și a vinovăției făptuitorului, pericolul creat de acesta și posibilitatea de degenerare neputând fi contestate (C.A. București, secția a II-a penală, decizia nr. 1604 din 28 noiembrie 2019¹¹).

O altă decizie relevantă care, deși nu este definitivă, merită menționată datorită considerentelor care au dus la caracterizarea ca omor săvârșit cu intenție indirectă. Astfel, s-a reținut faptul că acuzatul, aflat la volan sub influența alcoolului și a substanțelor stupefiante, a condus mașina sa cu o viteză de aproape 3 ori mai mare decât cea permisă de lege, a trecut pe culoarea roșie a semaforului

¹¹ Mihail Udroui, *op. cit.*, pp. 175-176.

cu viteza de 145 km/h într-o intersecție, a pătruns pe contrasens, unde, s-a izbit frontal cu o viteză de 143 km/h de mașina condusă de victima care a decedat pe loc, iar expertiza tehnică arată că atât în momentul pătrunderii în intersecție, cât și în momentul impactului, făptuitorul nu a acționat deloc pedala de frână, apăsând accelerația la maxim (100%) cu 5 secunde înainte de impact, dar și în momentul acestuia. Totodată se poate afirma că acuzatul, conștient de starea în care se afla, a decis să urce la volanul mașinii, cu scopul rezolvării unor probleme din viața privată, adoptând astfel o atitudine de dispreț față de valorile ocrotite, iar modul în care a ales să manevreze mașina denotă ignoranță și nepăsare. Instanța a considerat că acuzatul a manifestat indiferență față de urmările acțiunilor sale pe care le-a prevăzut și acceptat, lăsând producerea sau evitarea unei coliziuni pe seama hazardului, astfel ucigând victima. Totodată, a fost amintită și jurisprudența recentă a curților de apel care, în situații asemănătoare, s-a considerat că din modul concret în care au acționat autorii nu poate fi dedus niciun temei obiectiv care ar fi putut fundamenta convingerea acestora că o coliziune rutieră cu posibile consecințe letale nu se va produce.

Alt caz relevant, dar asupra căruia, de asemenea, nu există încă o decizie definitivă pronunțată, îl reprezintă fapta unui șofer de tir pe autostradă, care a avut ca urmare imediată decesul a două persoane. Astfel, inculpatul, șofer de tir cu o vastă experiență, observând în direcția sa de deplasare un echipaj al ISCTR și având cunoștința faptului că a manipulat aparatul tahograf încorporat în ansamblul rutier, a dorit să evite controlul acestora, care în mod inevitabil ar fi atras o sancțiune contravențională, executând următoarele manevre: a pătruns pe contrasens și s-a deplasat astfel pe o distanță de 700 de metri având vizibilitate redusă; după ce a pătruns din nou pe autostrada A1 nu a virat dreapta pentru a se deplasa pe sensul corect, ci a virat stânga deplasându-se în continuare pe contrasens; din declarațiile martorilor a reieșit că acuzatul s-a oprit la un moment dat pe banda de urgență, cu luminile oprite, pe timp de noapte, având intenția de a nu fi observat. Toate acestea au culminat cu efectuarea unei manevre de întoarcere pe autostradă, care, în mod inevitabil, au dus la impactul cu un automobil ce se deplasa regulamentar, provocând decesul a doi dintre pasagerii aflați la bord. Din modul în care a acționat inculpatul, din declarațiile martorilor- aceștia susținând că au evitat impactul în ultimul moment-, dar și din declarația făptuitorului-a dorit să evite controlul celor de la ISCTR - la care se adaugă advertisementele și chiar amenințările de apelare la autorități primite prin stație de la ceilalți participanți la trafic, care l-au perceput pe șofer ca pe un pericol de necontestat, s-a constatat că atitudinea sa față de situația creată în plină cunoștință de cauză, cu voință neconstrânsă, a fost una de nepăsare, neputându-se vorbi de ignoranța specifică accidentelor rutiere, fapta fiind calificată ca omor calificat, comis cu intenție indirectă.

5. Concluzie

Având în vedere aspectele expuse anterior, consider că principala formă de vinovăție care ar trebui aplicată în cazul decesului victimei în urma încălcării regulilor de siguranță a circulației pe drumurile publice de către conducătorul unui autovehicul este culpa cu prevedere. Cu toate că subiectul activ trebuie privit având în vedere etalonul omului responsabil și prudent, iar încălcarea regulilor de circulație conduce la agravarea pericolului și a posibilității producerii acestuia, nu va putea fi ignorată atitudinea sa de neacceptare, de respingere, atitudine care poate fi dedusă din anumite variabile care în mod just au fost considerate apte să se impună față de eventualitatea urmării nedorite. Cred că este acceptabilă caracterizarea vinovăției ca intenție indirectă atunci când, față de împrejurările concrete, este vădită reprezentarea iminenței rezultatului și amenințarea vieții altor persoane, iar pentru situațiile asupra cărora persistă anumite dubii fiind incident principiul in dubio pro reo.

Bibliografie:

1. Florin Stretanu, *Tratat de drept penal. Partea generală* Vol. 1, editura C.H.Beck, 2008, București.
2. Mihail Udriou, *Sinteze de Drept penal. Partea generală* Ediția 2. Volumul I, editura C.H.Beck, 2021, București.
3. Lavinia Valeria Lefterache, *Drept penal. Partea generală* Curs pentru studenții anului II. Ediția a 3-a, editura Hamangiu, 2021, București.
4. Florin Stretanu, Daniel Nițu, *Drept penal. Partea generală* Curs Universitar. Vol. 1, editura Universul Juridic, 2014, București.
5. Sergiu Bogdan, Doris Alina Șerban, *Drept penal. Partea specială* Ediția a 2-a, editura Universul Juridic, 2020, București.
6. Constantin Mitache, Cristian Mitache, *Drept penal român. Partea generală* Ediția a 9-a, editura Universul Juridic, 2012, București.

Dreptul la viață *antepartum*, între incriminare și pedepsire pe cale jurisprudențială. O perspectivă comparativă

The right to *antepartum* life, between criminalisation and punishment by jurisprudence. A comparative perspective

Le droit à la vie *antepartum*, entre incrimination et sanction par la jurisprudence. Une perspective comparative

Bianca-Elena BĂNĂȚEANU – anul III, grupa 304

Anda-Andreea ZAMFIR – anul III, grupa 306

coordonator: lector dr. Raluca-Ioana MOCANU

PREMIUL III

PREMIUL BEST VISUAL

PREMIUL BEST IDEA

Rezumat: Dreptul la viață este un drept fundamental, ce cunoaște o reglementare bogată atât în plan intern, național, în legislația statelor, cât și în plan internațional și la nivel european, prin instrumente de protecție fundamentale recunoscute ca etaloane ale respectării acestui drept fundamental. Cu toate acestea, se pune în discuție caracterul relativ al acestui drept, prin prisma subiectelor care beneficiază de acesta, respectiv în cazul fătului, al copilului în devenire. Astfel, se pune problema identificării unui standard optim de protecție a vieții fătului, în lipsa unui consens cu privire la recunoașterea sau nerecunoașterea statutului său juridic de ființă umană, ținându-se cont

atât de perspectiva juridică, filosofică, religioasă, cât și de specificul național al fiecărui stat, concretizată prin acordarea legitimă a unei anumite marje de apreciere în soluționarea acestor probleme.

Cuvinte-cheie: embrion, fetus, drept penal, dreptul la viață, protecție juridică, jurisprudență națională și internațională

Abstract: The right to life is a fundamental right, which is well regulated both at national level, in national legislation, and at international and European level, through fundamental protection instruments recognised as the standard of respect for this fundamental right. However, the relative nature of this right is called into question in terms of the subjects who benefit from it, namely the foetus and the unborn child. This raise the problem of identifying an optimum standard of protection for the life of the foetus, in the absence of a consensus regarding its legal status as a human being, taking into account both the legal, philosophical and religious perspective and the national specificity of each state, as reflected in the legitimate granting of a certain margin of discretion in solving these issues.

Keywords: embryo, foetus, criminal law, right to life, legal protection, national and international jurisprudence

Résumé: Le droit à la vie est un droit fondamental, bien réglementé tant au niveau national, dans les législations nationales, qu'au niveau international et européen, à travers les instruments de protection fondamentale reconnus en tant qu'étalon de respect de ce droit fondamental. Toutefois, le caractère relatif de ce droit est remis en question en fonction des sujets qui en bénéficient, à savoir le fœtus ou l'enfant à naître. Cela pose le problème de l'identification d'un standard optimal de protection de la vie du fœtus, en l'absence d'un consensus sur la reconnaissance ou non de son statut juridique d'être humain, en tenant compte tant de la perspective juridique, philosophique et religieuse que de la spécificité nationale de chaque État, qui se traduit par l'octroi légitime d'une certaine marge d'appréciation dans la résolution de ces questions.

Mots-clé : embryon, fœtus, droit pénal, droit à la vie, protection juridique, jurisprudence nationale et internationale

1. Introducere

« On protège ce qu'on aime et on aime ce qu'on connait. » (Protejăm ceea ce iubim și iubim ceea ce cunoaștem.)

Acest citat al ofițerului francez Jacques Cousteau, reflectă realitatea constantă a societății, caracterizându-se prin aceea că relațiile afective se dezvoltă în jurul unor elemente ce pot fi percepute în realitatea înconjurătoare, aceste sentimente de afecțiune fiind, de fapt, cele care, adeseori, conduc la crearea unor mecanisme de protecție a valorilor esențiale în cadrul cărora fiecare persoană își definește interesele, obiectivele, visurile. Plecând de la această abordare filosofică a ideii de protecție ce se naște ca urmare a existenței unor sentimente și interese de ordin afectiv, moral sau chiar patrimonial, se remarcă ideea centrală a problematicii protecției juridice ce este sau ar trebui acordată copilului conceput și aflat în curs de devenire.

Dreptul la viață este inerent ființei umane, astfel că principala problemă care trebuie clarificată este momentul de la care ființa umană ia naștere din punct de vedere juridic, precum și social, medical, moral. Dreptul la viață este în prezent protejat de toate instrumentele juridice internaționale, precum și de legislațiile naționale, cu puține excepții, bine delimitate. Cu toate acestea, de-a lungul timpului, existența unei asemenea protecții nu a fost mereu la fel de puternică, fiind influențată în mod decisiv de preceptele morale, religioase care dominau societatea, evoluția protecției dreptului la viață fiind determinată, în special, de progresele științei și de apariția unor noi ramuri de cercetare, cum ar fi bioetica.

Dacă, în ceea ce privește o persoană născută, în viață, nu există niciun dubiu cu privire la aplicarea protecției juridice, problemele apar atunci când viitoarea persoană, deși concepută din punct de vedere biologic, nu a fost încă născută. Cu alte cuvinte, se pune întrebarea care este nivelul protecției juridice de care se bucură embrionul și fetusul uman. Pentru a răspunde la această întrebare este necesar, în primul rând, să definim noțiunile de *embryon* și *fetus*. Prin *embryon* se înțelege un produs al concepției umane, aflat într-un stadiu de dezvoltare celulară în primele 14 săptămâni de la data fecundării ovulului, iar *embryonul* devine *fetus* după depășirea momentului anterior menționat, respectiv după cea de-a treia lună de sarcină. Potrivit dicționarului explicativ al limbii române, noțiunea de viață reprezintă “sinteză a proceselor biologice, fizice, chimice, mecanice care caracterizează organismele; faptul de a fi viu; stare a ceea ce este viu”, această noțiune fiind definită, în mod similar, și în doctrina franceză¹.

Se poate observa că, deși copilul conceput, ce urmează a se naște, nu are o existență perceptibilă din punct de obiectiv în realitatea înconjurătoare, viața sa intrauterină strâns legată de corpul mamei îi

¹ *L'embryon*, Fiche d'orientation, Dalloz Étudiants, 2023.

conferă acestui o poziție definită în cadrul viitoarei familii chiar înainte ca procesul nașterii să aibă loc, mama fiind cea care, în principal, dezvoltă o serie de sentimente în legătură cu viitorul copil.

2. O abordare filosofică și religioasă a noțiunii de viață

2.1. Concepții filosofice asupra vieții

Spinoza, în lucrarea *“Ethica Geometrico Demonstrata”*, scrisă între anii 1661 și 1665, afirmă că universul se identifică puterii divine, substanța neavând o existență materială, ci una metafizică, fiecare obiect sau idee aflându-se într-o relație de dependență prin raportare la alte obiecte sau idei. Ca urmare a acestei idei esențiale a lucrării lui Spinoza, nu se poate ajunge la concluzia că însuși copilul conceput, a cărui dezvoltare și viitoare existență este atât de strâns legată de corpul mamei, poate fi considerat ca făcând parte din acest univers caracterizat de existența metafizică, astfel încât poate fi privit ca o entitate de sine stătătoare, susceptibilă de a-i fi acordată o protecție juridică bine definită în cadrul societății?

În lucrarea *“Gânduri către sine însuși”*, Marcus Aurelius² afirma următoarele „Chiar dacă ți-ar fi dat să trăiești trei mii de ani, și tot atâția ani de mii de ori, amintește-ți totuși că nimeni nu pierde o altă viață decât cea pe care o trăiește și nici nu trăiește altă viață decât cea pe care o pierde. Așadar, viața cea mai lungă și viața cea mai scurtă înseamnă același lucru; căci prezentul este egal pentru toți și timpul care se pierde este, așadar, egal, iar cel care se duce pare astfel foarte scurt. De fapt, nimeni nu ar putea să piardă nici trecutul, nici viitorul; cum ar fi posibil să i se ia ceva ce nu are?”

În contextul acestor gânduri ale lui Marcus Aurelius, s-ar putea susține de către adepții tezei conform căreia, copilul nenăscut, neavând încă o viață extrauterină de sine stătătoare, nefiind perceptibil în realitatea obiectivă, nu poate beneficia nici de o protecție juridică asemănătoare copilului născut, având în vedere că acesta nu poate pierde viața de care încă nu s-a bucurat. Pe de altă parte, susținătorii tezei conform căreia copilul nenăscut este o ființă umană în curs de devenire și care își dezvoltă o viață proprie, strâns legată de corpul mamei, în mediul intrauterin, ar putea susține, pe baza cugetărilor lui Marcus Aurelius, că, în ciuda faptului că un copil nenăscut nu are încă o viață de sine stătătoare, viața în mediul uterin nu este lipsită de semnificație chiar în sensul de substanță metafizică, precum afirma Spinoza, ținând cont, în special, și de relațiile de afecțiune dezvoltate de mamă care percepe existența viitorului copil. Din acest punct de vedere, nu s-ar putea susține că, prin imposibilitatea de a dezvolta o viață extrauterină proprie, ca urmare a unor acțiuni vătămătoare, copilul aflat în curs de devenire a pierdut ceva ce nu avea, pentru că existența propriu-zisă nu se limitează doar la ceea ce este perceptibil din punct de vedere fizic, material, obiectiv.

² Marcus Aurelius, *Gânduri către sine însuși*, Ed. Humanitas, p. 31, paragraf 14.

2.2. Percepția religioasă a noțiunii de viață

Revenind la concepția de viață și la momentul de la care aceasta a fost recunoscută, trebuie observat că, din perspectiva creștină, revelația biblică susține că omul este autentic încă din momentul concepției, organismul care se dezvoltă este un om. Dovada acestei afirmații se regăsește în Canoanele bisericești, mai exact în cel de-al doilea canon al său, Sfântul Vasile cel Mare scria: „Femeia care în mod voit își distruge copilul nenăscut se face vinovată de omor. La noi nici nu se pune problema dacă este format sau neformat”³.

Textul iudaic pune accentul pe vătămarea mamei: „De se vor bate doi oameni și vor lovi o femeie însărcinată și aceasta va lepăda copilul său fără altă vătămare, să se supună cel vinovat la despăgubirea ce o va cere bărbatul acelei femei și el va trebui să plătească potrivit cu hotărârea judecătorilor. Iar de va fi și altă vătămare, atunci să plătească suflet pentru suflet, ochi pentru ochi, dinte pentru dinte, mână pentru mână, picior pentru picior”⁴.

Deși s-a încercat a se defini noțiunea de viață, cel puțin din punct de vedere medical și moral, se constată totuși că, din punct de vedere juridic, nu există o definiție a noțiunii de *viață*, fapt ce generează interpretări și incertitudini nedorite asupra protecției acestui drept primar. Frontierele dreptului la viață nu au fost stabilite cu precizie, în ceea ce privește limita inferioară a acestui drept, fiind neclar încă dacă trebuie să ne raportăm la momentul concepției sau la momentul nașterii.

3. Protecția dreptului la viața antepartum la nivel european și internațional

3.1. Debutul protecției vieții la nivel internațional

Dreptul la viață este consacrat în toate documentele internaționale, chiar dacă acestea nu cuprind și o definiție a noțiunii de viață. Declarația Universală a Drepturilor Omului, adoptată la 10 decembrie 1948 de către Adunarea Generală a ONU, precizează la articolul 3 că „orice ființă are dreptul la viață, la libertate și la securitatea persoanei sale”. Dreptul la viață este consacrat și în Pactul Internațional privind drepturile civile și politice, adoptat la 12 decembrie 1966, în care, la articolul 6, se prevede că „dreptul la viață este inerent persoanei umane. Acest drept trebuie să fie protejat de lege. Nimeni nu poate fi privat în mod arbitrar de viața sa”.

³ Sf. Vasile cel Mare, Epistola 118 către Amfilohie, în *Scrieri*. Partea a treia. Despre Sfântul Duh. Corespondența, PSB 12, EIBMBOR, București, 1988.

⁴ Textul Septuagintei este cel care se referă la prunc: „Dacă doi bărbați se încaieră și lovesc o femeie însărcinată, iar aceasta va pierde pruncul încă nealctuit, să plătească atât cât cere bărbatul femeii, prin hotărâre judecătorească. Dacă însă pruncul este alctuit, să se dea suflet pentru suflet, ochi pentru ochi, mână pentru mână, picior pentru picior” (Ieșire 21, 22-24) – (<http://www.bibliaortodoxa.ro/carte.php?id=32&cap=21>)

În mod similar, Convenția Europeană a Drepturilor Omului consacră dreptul la viață la articolul 2, în care se prevede că „Dreptul la viață al oricărei persoane este protejat prin lege. Moartea nu poate fi cauzată cuiva în mod intenționat, decât în executarea unei sentințe capitale pronunțată de un tribunal în cazul în care infracțiunea este sancționată cu această pedeapsă prin lege”. Niciunul dintre documentele de mai sus nu stabilește însă, momentul de la care se consideră că putem vorbi de viață, întrucât nu există o definiție expresă a acestei noțiuni.

Singurul document care recunoaște o protecție a vieții din momentul concepției este Convenția Americană a Drepturilor Omului, adoptată la 22 noiembrie 1969 la San José (Costa Rica), care afirmă la articolul 4 că „orice persoană are dreptul la respectarea vieții sale. Acest drept trebuie să fie protejat de lege, în general din momentul concepției”.

Deși problema începutului vieții a fost legată în principal de existența dreptului la avort al femeii, pe baza căreia au fost dezvoltate două concepții juridice, concepția „*pro-life*”, potrivit căreia viața începe din momentul concepției, și concepția „*pro-choice*”, în conformitate cu care viața începe în momentul nașterii, jurisprudența CEDO a mers dincolo de acest aspect, analizând dreptul la o protecție efectivă de care s-ar putea bucura copilul nenăscut. La momentul adoptării Convenției Europene a Drepturilor Omului, avortul era incriminat de statele europene, fiind considerat o violare directă a dreptului la viață al copilului nenăscut⁵. Se poate spune că la acel moment fătul beneficia de protecția dreptului său la viață. Ulterior, dreptul la viață al fătului a fost pus în balanță cu dreptul femeii de a dispune de propriul corp, jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului evidențiind o poziție mai degrabă de abținere cu privire la tranșarea problemei protecției juridice a fătului.

3.2. Primele decizii adoptate la nivel european, o reflexie a incongruențelor existente la nivel legislativ

În cauza X împotriva Marii Britanii⁶ s-a arătat că noțiunea autonomă de *oricare persoană* din cuprinsul articolului 2 al Convenției se putea aplica doar după momentul nașterii. Comisia s-a poziționat în totalitate împotriva ideii de a se recunoaște fătului un drept absolut la viață, fără a se opune însă posibilității ca, la un moment dat, în lumina unor evoluții sociale în statele contractante, fie să nu recunoască deloc protecția fătului potrivit articolului 2 din Convenție, fie să îi recunoască acestuia drepturi limitate. Recunoașterea unui drept absolut la viață al fătului ar impune statelor semnatare a Convenției interzicerea în mod absolut a avortului, chiar și cel terapeutic, ceea ce ar fi contrar ideii că niciodată nu se va putea considera o viață mai importantă decât o altă viață. Pe de

⁵ Gregor Puppnick, *Abortion and the European Convention of Human Rights*, Irish Journal of Legal Studies, vol. 3(2), 2013, p. 142.

⁶ Hotărârea Comisiei Europene a Drepturilor Omului din data de 13 mai 1980 în Cauza X împotriva Marii Britanii no. 8416/79, DR 19, p. 244.

altă parte, în situația în care fătului nu i s-ar recunoaște protecția conferită de articolul 2 din Convenție sau i s-ar recunoaște o protecție limitată, statele semnatare ar beneficia în continuare de o marjă de apreciere în virtutea căreia vor putea reglementa prin legi proprii incriminarea sau neincriminarea avortului, precum și a atingerilor aduse vieții sau integrității corporale ale fătului, în funcție de particularitățile culturale specifice fiecărui stat în parte.

O altă hotărâre în care Comisia Europeană a precizat că nu trebuie să se decidă dacă fătul poate beneficia de o anumită protecție asigurată de articolul 2 din Convenție, nefiind însă exclus ca, în anumite circumstanțe specifice, acest aspect să se schimbe, a fost hotărârea pronunțată în cauza H împotriva Norvegiei⁷. În timp ce Curtea Supremă din Norvegia și-a exprimat opinia în sensul că nu este de competența instanțelor de judecată să stabilească un echilibru între interesele mamei și interesele fătului, considerând că această sarcină îi revine puterii legislative, Comisia Europeană a constatat necesitatea unui echilibru just între interesele legitime ale fătului și ale societății, pe de o parte, și interesele mamei, pe de altă parte. S-a concluzionat că nu ar trebui ca fătul să fie exclus, în anumite circumstanțe, de la protecția oferită de articolul 2 din Convenție, păstrând însă marja de apreciere de care ar trebui să beneficieze statele membre într-un domeniu atât de sensibil precum cel din speța analizată. Cu această hotărâre se observă posibilitatea pe care Curtea a păstrat-o de a și reconsidera poziția anterioară printr-un eventual revirement jurisprudențial și să stabilească, la un anumit moment, că fătul beneficiază totuși de protecția articolului 2 privind dreptul la viață.

Probabil că una dintre cele mai importante cauze în care s-a pus problema dacă fătul beneficiază de protecția articolului 2 din Convenție, a fost cauza Vo contra Franței⁸. Totodată, cauza a pus problema și a existenței unui remediu penal, respectiv a existenței unei incriminări în situația de întrerupere a cursului sarcinii din culpă.

În speță, în urma unei confuzii legată de coincidența de nume, creată într-o clinică, reclamantei i s-a efectuat o procedură medicală greșită care a condus la pierderea sarcinii sale. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a ezitat și de această dată, precizând că nu este necesar să se decidă dacă un copil nenăscut poate fi considerat *în viață*, în sensul articolului 2 din Convenție sau dacă ar trebui considerat ca o *entitate* asupra căreia, în lumina articolului 8 paragraful al 2-lea din Convenție, s-ar justifica o intervenție pentru protecția altuia. Potrivit concluziei intermediare de la paragraful 80, copilul nenăscut nu este privit ca fiind o *persoană* direct protejată de articolul 2 și, chiar dacă la un moment dat s-ar recunoaște fătului un *drept la viață*, atunci acesta ar fi în mod implicit limitat de drepturile și interesele mamei. Curtea a afirmat totuși că prevederile Convenției nu exclud posibilitatea ca, în anumite circumstanțe, dreptul la viață ce i se asigură unei persoane născute să fie

⁷ Hotărârea Comisiei Europene a Drepturilor Omului din data de 19 mai 1992 în cauza H împotriva Norvegiei no. 17004/90, Decizia Comisiei din 19 mai 1992, DR 73, p. 155.

⁸ Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului din data de 8 iulie 2004 în cauza Vo împotriva Franței.

asigurat și unei persoane nenăscute. Curtea a conchis că nu este nici de dorit și nici măcar posibil să se răspundă în abstract la întrebarea dacă un copil nenăscut este o persoană în sensul articolului 2 din Convenție, putându-se eventual accepta că embrionul sau fetusul face parte din rasa umană⁹.

Cu toate acestea, nimic nu împiedică statele să asigure un standard mai înalt de protecție al feteșilor, în limita marjei de apreciere de care acestea beneficiază. Aceasta idee a fost reiterată în cauza Sayan c. Turcia din 2016¹⁰, unde s-a considerat ca nu este necesară analiza încălcării dreptului la viață al feteșului, separat de cea a mamei, acestea două fiind indisolubil legate. Astfel, nu se poate pronunța expres asupra încălcării dreptului la viață al persoanei în devenire, ce oferă un anumit standard de protecție al vieții acestuia, prin raportare la protecția acordată vieții mamei.

3.3. Evoluția jurisprudenței Curții în materia protecției feteșului

Jurisprudența Curții Europene a avut un debut timid, instanța stabilind că noțiunea de *orice persoană* prevăzută de articolul 2 din Convenție, prin care este protejat dreptul la viață, se putea aplica doar după momentul nașterii, deci, numai persoanelor care au fost născute. Această interpretare a fost influențată în mare măsură de discuțiile care existau la nivelul statelor europene privind liberalizarea avortului. Ulterior, odată cu evoluția societății europene, Curtea a apreciat că, deși nu se poate susține că fetusul este o persoană în sensul articolului 2 din Convenție, totuși, în anumite circumstanțe, a admis că exista posibilitatea ca acest aspect să se schimbe datorită faptului că statele contractante aveau o divergență mare de opinii în această privință. Cu toate acestea, dreptul la viață al feteșului trebuie să respecte principiul proporționalității astfel încât să se asigure un just echilibru între interesele mamei și interesele feteșului. În ultimă instanță, în cauza *Vo contra Franței*, instanța europeană a recunoscut că fetusul este o *entitate* care aparține *rasei umane*, acesta fiind singurul compromis la care a reușit să se ajungă.

În cauza numărul 54270/10¹¹, Curtea a statuat că interzicerea unor cercetări științifice ale embrionilor rezultați în urma unei fertilizări *in vitro* nu este contrară dreptului la respectarea vieții private și de familie, prevăzut la articolul 8 al acestui instrument internațional fundamental. În plus, s-au stabilit condițiile necesare pentru a garanta restrângerea licită a dreptului, respectiv baza legală a măsurii, caracterul necesar al măsurii interzicerii acestui drept (se reamintește existența unei largi marje de apreciere din partea Italiei, în special, fiind vorba despre chestiuni ce țin de un domeniu care nu se bucura de o reglementare expresă la nivel european) și caracterul justificat, fiind puse în balanță atât interesul public, al statului, cât și interesul privat, al individului, ceea ce ducea la imposibilitatea de a supune embrionii umani unor scopuri științifice.

⁹ Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului din data de 8 iulie 2004 în cauza *Vo împotriva Franței*, paragraful 84.

¹⁰ Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului din 2016 în cauza *Sayan c. Turciei*.

¹¹ Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului din data de 28 august 2012, în cauza *C. și P. C/Italiai*, n° 54270/10.

3.4. Jurisprudența instanțelor internaționale

Curtea Supremă a Statelor Unite ale Americii s-a pronunțat în cauza *Roe împotriva lui Wade*¹², hotărând că fetele nu pot fi tratate ca persoane în sensul legii, întrucât nu se poate stabili momentul de la care viața începe să curgă.

Totodată, în cauza *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) împotriva lui G (D.F.)*, Curtea Supremă a Canadei a statuat că, deși un copil nenăscut nu poate fi considerat o persoană, totuși, acestuia ar trebui să îi fie conferită o protecție pentru a nu suferi pe perioada cât se află în uterul mamei sale¹³. Nu în ultimul rând, Înalta Curte a Africii de Sud a stabilit, în *Cauza Christian Lawyers Association of South Africa și alții împotriva Ministerului Sănătății și alții*, că fetele umane nu pot fi considerate o persoană, dat fiind faptul că, dacă legiuitorul constituțional ar fi dorit să protejeze fetele, atunci acesta ar fi făcut o mențiune expresă în acest sens¹⁴.

În hotărârea Tribunalului Constituțional din Polonia, s-a interzis recurgerea inclusiv la avortul eugenic, avut în vedere atunci când există probabilitate ridicată de invaliditate gravă sau ireversibilă a fetei sau o boală incurabilă care i-ar pune în primejdie viața. Astfel, au fost declarate neconstituționale dispozițiile corespunzătoare din legea privind planificarea familială, protecția fetei umane și condițiile de întrerupere a sarcinii, autorizând avortul eugenic. Această hotărâre a fost vehement criticată la nivel european și internațional, considerându-se că ar aduce limitări grave drepturilor reproductive și sănătății femeii, aspecte constatate prin rezoluții ale Parlamentului European¹⁵. Totodată, hotărârea a fost considerată disproporționată și nejustificată, pentru că s-a operat o interdicție de facto a avortului în statul polonez, având în vedere faptul că avortul eugenic era singura formă acceptată a întreruperii cursului sarcinii. În urma deciziei, avortul a devenit posibil doar atunci când era pusă în primejdie viața mamei¹⁶.

¹² Hotărârea Curții Supreme a Statelor Unite ale Americii din data de 22 ianuarie 1973, Cauza *Roe împotriva lui Wade*, pct. 159.

¹³ Hotărârea Curții Supreme a Canadei din data de 31 octombrie 1997 în Cauza *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) împotriva lui G (D.F.)*

¹⁴ Hotărârea Înaltei Curți a Africii de Sud, 10 iulie 1998, în cauza *Christian Lawyers Association of South Africa and Others versus Minister of Health and Others*.

¹⁵ Rezoluția Parlamentului European din 21 octombrie 2021, referitoare la criza statului de drept din Polonia și la supremația dreptului Uniunii Europene, Rezoluția Parlamentului European din 11 noiembrie 2021, referitoare la împlinirea de un an de la interdicția de facto a avortului în Polonia.

¹⁶ Hotărârea Tribunalului Constituțional din Polonia, din data de 22 octombrie 2020.

4. Prevederile din dreptul penal român referitoare la protecția persoanei și a vieții intrauterine

În România, dreptul la viață este protejat, în primul rând, prin Constituția României care prevede, la articolul 22 alineatul 1, că dreptul la viață, precum și dreptul la integritate fizică și psihică sunt garantate, iar la alineatul 3 al aceluiași articol specifică faptul că pedeapsa cu moartea este interzisă pe teritoriul României. Reglementările din dreptul penal român corespund jurisprudenței Curții Europene în materia articolului 2 din Convenție, legiuitorul român încercând să stabilească un echilibru între interesele mamei, pe de o parte, și interesele societății și ale copilului nenăscut, pe de altă parte. Mai mult decât atât, legiuitorul român a prevăzut un standard de protecție, în materia drepturilor copiilor nenăscuți, mai ridicat decât Convenția Europeană, incriminând faptele ilicite ce pot fi săvârșite împotriva produșilor de concepție umană, de la embrion la nou-născut.

Din studiul expunerii de motive a Codului penal¹⁷, se constată interesul legiuitorului român de a proteja dreptul la viață al fătului ca valoare socială, protecția care intervine de la momentul concepției, însă în mod condiționat.

Embrionul beneficiază de protecție prin incriminarea infracțiunii de întrerupere a cursului sarcinii, faptă prevăzută și pedepsită de articolul 201 din Codul penal. Protecția este condiționată de interesele mamei, căreia îi este permis să pună capăt vieții embrionului, respectiv să avorteze până la împlinirea vârstei de 14 săptămâni.

După 14 săptămâni embrionul devine făt, iar viața și integritatea corporală a acestuia sunt protejate de dispozițiile articolului 202 din Codul penal, Vătămarea fătului. Fătul este protejat atât în timpul sarcinii, după împlinirea celor 3 luni de la concepție, împotriva acțiunilor terților, cât și în timpul procesului nașterii până la desprinderea de corpul mamei când devine nou-născut, respectiv o *persoană*, care beneficiază de protecția legii penale.

Codul penal incriminează și vătămarea fătului de către mamă, însă această infracțiune nu se pedepsește, cu excepția situației în care mama vatămă fătul în timpul nașterii. Articolul 200 din Codul penal completează aceste incriminări cu infracțiunea de ucidere sau vătămare a nou-născutului săvârșită de către mamă. Se poate observa, în dreptul penal român, existența unui vid legislativ în privința vătămării fătului ce a depășit pragul de 24 de săptămâni, vătămare ce a avut drept consecință împiedicarea instalării vieții extrauterine. Dacă fapta s-ar fi produs în primele 24 de săptămâni, prin acțiuni violente exercitate asupra corpului femeii însărcinate, fapta ar fi putut fi încadrată drept vătămare corporală ce a avut drept consecință avortul. Însă, în cazul acțiunilor vătămătoare care sunt realizate în timpul sarcinii ce a depășit pragul de 24 de săptămâni, spre

¹⁷ Expunerea de motive a noului Cod penal (<http://www.scribub.com/stiita/drept/EXPUNERE-DE-MOTIVE942011419>).

deosebire de vătămrile realizate în timpul nașterii expres prevăzute de articolul 202 alineatul 1, legiuitorul român pare a lăsa în afara protecției juridice fătul, dat fiind că, dacă fapta nu poate fi încadrată drept întreruperea cursului sarcinii, acțiunea vătămătoare nu va mai produce efecte pe planul dreptului penal¹⁸.

Nici în concepția legiuitorului român, produsul de concepție, de la embrion la făt, nu este considerat *persoană* care să beneficieze de toate drepturile asemenea unui nou-născut, fiind mai degrabă considerat o fază incipientă a vieții umane care trebuie și ea protejată prin incriminarea unor fapte exercitate asupra acestuia.

5. Protecția fătului în dreptul francez, reflexie a incertitudinii asupra statutului unei persoane în curs de devenire

Problema protecției juridice a fătului a suscitat numeroase controverse în doctrina și în jurisprudența franceză, acest conflict permanent între religie și știință situându-se în sfera dreptului civil, penal, precum și în domeniul sănătății publice.

Punctul de plecare al acordării unei protecții vieții intrauterine a fost reprezentat de consacrarea adagiului *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur* în calitate de principiu general de drept, printr-o hotărâre a Camerei Civile a Curții de Casație din 10 decembrie 1985¹⁹. Acest principiu reprezintă un început esențial pentru acordarea unei protecții juridice, în domeniul dreptului penal, persoanei în curs de devenire, principiul consacrat de jurisprudența franceză vizând acordarea de drepturi ființei în procesul devenirii ori de câte ori acestea sunt în interesul său, dacă acesta din urmă se naște viu și viabil²⁰. Această condiție a viabilității relevă o concepție utilitaristă asupra vieții umane, profesorii Peter Singer și Joseph Fletcher, ce au promovat etica contextuală, considerând că principalele criterii funcționale pentru definirea persoanei sunt: conștiința, capacitățile cognitive și motrice²¹.

5.1. Dificultatea protecției în contextul unui *vid legislativ*

În ciuda consacrării acestui principiu, dificultățile privitoare la nivelul de protecție ce putea fi acordată vieții intrauterine nu au încetat să apară, având în vedere că legea franceză nu definea expres noțiunea de personalitate juridică sau posibilitatea acordării personalității juridice

¹⁸ Valerian Cioclei, *Drept penal. Partea specială I*, Editura C.H.Beck. Ed. 7. , p. 123

¹⁹ Curtea de Casație, Camera Civilă, 10 decembrie 1985, n° 84-14.328.

²⁰ Articolele 318, 725, 906 din Codul civil francez.

²¹ Singer Peter, *Sanctity of Life or Quality of Life*, Pediatrics, iulie 1983.

embrionului, chiar dacă prin intermediul legii Veil din 17 ianuarie 1975²² s-a modificat articolul 16 din Codul Civil francez care afirma protecția ființei umane de la începutul vieții („*la loi garantit la protection de l'être humain dès le commencement de la vie*”), fiind adăugat adjectivul “sa” (sa vie), subliniindu-se astfel singularitatea ființei umane, nefiind totuși definită noțiunea de început al vieții. Doctrina franceză a susținut că problema statutului juridic al copilului aflat în curs de devenire nu era reprezentată de dobândirea personalității juridice din momentul concepției, ci de eficacitatea drepturilor dobândite de acesta în momentul nașterii²³.

Divergențele din dreptul civil și-au găsit ecoul și în cadrul dreptului penal, acesta conținând câteva dispoziții speciale referitoare la embrion, precum cele referitoare la întreruperea de sarcină. În acest sens, un rol determinant a revenit jurisprudenței care nu a încetat să evolueze odată cu noile descoperiri în domeniul medical, precum și odată cu evoluția concepțiilor morale.

Printr-o decizie din 1987, Curtea de apel din Douai²⁴ a considerat că se poate reține infracțiunea de omucidere în cazul unui accident în care o persoană însărcinată de 9 luni a fost implicată, accident care a avut drept consecință decesul copilului, formula utilizată de această curte de apel fiind aceea că respectivul copil „s-a născut mort”. Totodată, printr-o decizie a Tribunalului de mare instanță din Lille, s-a considerat faptul că, din momentul concepției, copilul conceput se bucură de personalitate juridică, pe care nașterea nu face decât să o confirme, astfel că recunoașterea prenatală a unui copil conceput stabilește o filiație sub condiție suspensivă, ce nu este necesar a fi confirmată la naștere²⁵. În opoziție cu această decizie, alți autori au considerat că personalitatea nu poate fi atribuită decât la naștere, astfel că retroactivitatea acesteia de la momentul concepției în cazul în care copilul se naște viu și viabil nu se realizează decât în vederea protejării intereselor copilului²⁶.

Cu toate acestea, Consiliul Constituțional francez, în cadrul unui aviz, a afirmat faptul că un copil conceput nu este o persoană juridică, ci o ființă umană, astfel că protecția vieții de la începutul său nu le-ar fi aplicabilă acestora din urmă. Astfel, deși Consiliul a afirmat că “apărarea demnității persoanei împotriva oricărei forme de degradare și de aservire este un principiu constituțional, întăietatea ființei umane, respectul datorat de la începutul vieții, inviolabilitatea, integritatea, absența caracterului patrimonial al corpului uman, precum și integritatea speciei umane vizând asigurarea respectării principiului ocrotirii demnității ființei umane”, Consiliul a considerat că acest principiu nu se aplică chiar și înainte de naștere, în privința embrionului și al fătului. Cu privire la acest aviz al Consiliului Constituțional, numeroasele critici nu au încetat să apară, având în vedere că ceea ce există în momentul concepției este ceea ce se va naște ulterior, astfel încât o disociere netă

²² Legea nr. 75 din 7 ianuarie 1975.

²³ Boris Starck, *Introduction au droit*, Ediția a 4-a, Litec, 1996, p. 388.

²⁴ Curtea de apel din Douai, 1 aprilie 1987, n° 85-17.421.

²⁵ Tribunalul de Mare Instanță din Lille, 3 februarie 1987.

²⁶ Gilles Goubeaux, *Drept civil. Persoane. Familie. Incapacitate. Bunuri. Obligații*, L.G.D.J. Ediția 26, 1997.

între viața umană și calitatea persoanei de subiect de drept nu se poate realiza²⁷. De asemenea, s-a considerat că împotriva voinței puterii legislative, Consiliul Constituțional a creat o subcategorie de ființă umană, resuscitând astfel o formă de sclavagism²⁸.

Pe de altă parte, în timp ce curtea de apel din Paris²⁹ a înlăturat calificarea de omucidere involuntară asupra fetusului incriminată la articolul 223-1 din actualul Cod penal francez, curțile de apel din Douai și Bordeaux³⁰ au reținut această calificare. De asemenea, printr-o decizie din 30 iunie 1999, Camera Criminală a Curții de Casație³¹ a considerat că principiul interpretării stricte a legii penale conduce la imposibilitatea reținerii infracțiunii de omucidere neintenționată în cazul faptei imprudente a medicului care a determinat decesul fetusului a cărui viață intrauterină se situa între 20 și 24 de săptămâni. Una dintre soluțiile propuse acestei divergențe jurisprudențiale a fost realizată de Comitetul național de etică care a propus ca în cadrul acestei probleme care « *divise l'esprit et intéresse la société* » (Gobart, 1992), embrionul să fie considerat persoană potențială (personne potentielle), ceea ce nu a condus totuși la o clarificare pragmatică.

5.2. Soluții doctrinare propuse pentru a combate inexistența unui cadru legislativ și jurisprudențial stabil

Jean Carbonnier, un mare jurist al Franței, în secolul al XX-lea, a propus ca, având în vedere că, înainte de naștere, copilul in utero matris are o viață distinctă, consecința nerespectării obligațiilor legale sau reglementare de securitate sau de prudență, care are drept consecință o atingere mortală adusă acestuia, să fie reprezentată de întrunirea elementelor constitutive ale infracțiunii de omucidere involuntară prevăzute de articolul 221-6 din noul Cod penal francez³². Acesta consideră că problema ridicată de situațiile în care, ca urmare a unor acțiuni imprudente, intervine decesul copilului în curs de devenire, nu prezintă un interes criminologic deosebit, infracțiunea reprezentând un delict *praerterintenționat*, dat fiind că făptuitorul nu putea să aibă nicio reprezentare a victimei sale finale, și anume copilul in utero matris. De asemenea, această acțiune imprudentă, în lipsa unei constituiri de parte civilă de către mamă, ar putea constitui infracțiunea de punere în pericol a persoanei prevăzute de articolul 223-1 din Codul penal francez.

Atenția din ce în ce mai crescută acordată protecției embrionului, respectiv fetusului, se datorează, în concepția lui Jean Carbonnier, evoluției medicinei secolului al XIX-lea care considera fetusul “un

²⁷ Gérard Mémeteau, *Situația juridică a copilului conceput. De la rigoare clasică la exaltare barocă*, Revista trimestrială a dreptului civil 611-624, anul 1990.

²⁸ Peter B. Edelman, *Consiliul Constituțional și embrionul*, 1997.

²⁹ 9 noiembrie 1951, p. 236.

³⁰ Douai, 2 iunie 1987, Revista criminală 1989 p.319, Bordeaux, 20 martie 1996.

³¹ Curtea de Casație, Camera Criminală, 30 iunie 1999, n° 97-82.351.

³² Jean Carbonnier, *Les données acquises de la science et l'expérience générale des mères au soutien de la vie distincte de l'enfant in utero matris dès avant la naissance. Un avis sur le statut pénal de l'enfant à naître*, Anul sociologic, volumul 57, p. 473.

*amalgam de celule, o masă nenumită*³³, evoluție marcată de noua imagine acordată copilului *in statu nascendi*, acestuia atribuindu-se prenume chiar înainte de naștere, fiind menționat chiar în livretul de familie. De altfel, lipsa unei definiții exprese a noțiunii de personalitate juridică, numeroasele inconsecvențe jurisprudențiale legate de protecția vieții uterine, ce conduc chiar la un vid legislativ în acest domeniu au fost justificate de ministrul justiției din 1994 prin faptul că este mai înțelept să se recurgă la reguli eficace decât de a căuta o definiție expresă³⁴.

Contrar altor autori care recurg la noțiunea de viață umană pentru a admite omuciderea involuntară a fătului, Jean Carbonnier nu recurge nici la noțiunea de drept la viață așa cum este protejat prin intermediul articolului 2 al Convenției Europene a Drepturilor Omului, nici la cea de valoare protejată, acesta considerând că viața este suficientă prin ea însăși, în calitate de fenomen, iar nu în sens de valoare, esență sau drept subiectiv (*La vie suffit, dans sa nudité biologique, vue comme un phénomène, non comme essence, valeur, ou meme droit subjectif*). Însă este, cu adevărat, viața un fenomen care se impune prin ea însăși în conștiința colectivă, fără a fi necesară nicio obiectivare în realitatea exterioară, simplele sentimente dezvoltate de mamă, precum și considerarea viitorului copil drept un fapt social actual fiind suficiente pentru a-i oferi o protecție penală viitorului copil privit ca viață în curs de devenire?

Contrar opiniei lui Jean Carbonnier, printr-o decizie din 29 iunie 2001, Curtea de Casație³⁵ a considerat că principiul legalității delictelor și pedepselor se opune ca incriminarea prevăzută la articolul 221-6 ce reprimă infracțiunea de omucidere neintenționată a altuia să fie extinsă la situația copilului care urmează să se nască și al cărui regim juridic relevă din textele particulare relative la făt și embrion³⁶. Însă, este de remarcat că interpretarea strictă a legii penale nu se opune totuși la realizarea unei interpretări teleologice, ceea ce s-ar putea înscrie în cadrul liniei doctrinare trasate de Jean Carbonnier, și anume evoluția și realitatea socială care tinde să-i acorde ființei în curs de devenire un loc în cadrul familiei. Având în vedere că, în decizia sus-menționată, Curtea de Casație consideră că viitorul copil (*l'enfant à naitre*) nu se identifică noțiunii de cineva (*autrui*), în sensul de ființă umană, acest aspect conduce la concluzia că produsul de concepție trebuie considerat un obiect, dat fiind sistemul binar al calificării, ceea ce contravine percepției pe care familia o are asupra ființei aflate în devenire.

³³ Peter B. Edelman, loc. cit., nota 28, n° 4.

³⁴ Il paraît plus sage de s'en tenir à des règles effectives et de ne pas rechercher une définition sur laquelle nul ne s'est jamais accordé.

³⁵ Curtea de Casație, Adunarea Plenară, 29 iunie 2001, n° 99-85-973.

³⁶ Le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naitre dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon et le fœtus.

Concluzii

Chiar dacă nici Convenția Europeană a Drepturilor Omului și nici jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului nu au definit în mod clar noțiunea de *viață* și *persoană* și nici nu există o poziționare definitivă față de statutul copilului nenăscut, se poate observa o evoluție în sensul protejării acestuia. Problematika unei protecții acordate vieții antepartum devine din ce în ce mai controversată odată cu evoluția dezvoltării științelor geneticii și a necesității acordării unei protecții nu doar din perspectiva vieții și a integrității corporale, ci și împotriva abuzurilor genetice.

În acest domeniu, Consiliul Europei a avut o activitate constantă, Adunarea Parlamentară emitând mai multe recomandări în scopul unei protecții eficiente a fătului și a prevenirii abuzurilor în domeniul manipulărilor genetice. După mai mulți ani de pregătiri și controverse a fost elaborată Convenția asupra Drepturilor Omului și Biomedicinii, care a fost adoptată la Oviedo, Spania, la 7 aprilie 1997. Acesta este primul document legal menit să protejeze demnitatea, drepturile și libertățile omului, prin intermediul unei serii de principii și interdicții împotriva folosirii greșite a descoperirilor medicale și biologice. Deși nici această Convenție nu definește termenul de *viață* sau de *persoană*, aceasta folosește termenul de *ființă umană*, fiind acceptat de către autorii acestui document că protecția demnității și identității ființei umane trebuie asigurată din momentul concepției.

Problema momentului de la care fătului i se poate atribui un statut juridic pe deplin protejat rămâne o problemă deschisă, ce ar putea fi rezolvată prin introducerea unor texte exprese care să reglementeze fiecare etapă a procesului de evoluție a viitorului copil, în lipsa unor astfel de texte exprese, jurisprudenței naționale și internaționale revenindu-i rolul de a acoperi un eventual vid legislativ.

Bibliografie:

Resurse tipărite:

1. Valerian Cioclei, *Drept penal Partea specială 1, Infrațiuni contra persoanei și infrațiuni contra patrimoniului*, Ediția 7, Editura C.H. Beck, București 2022.
2. L'embryon, Fiche d'orientation, Dalloz Étudiants, 2023.

3. J.M. Goldering, *The brain life theory : toward a consistent biological definition of humaneness*, *Journal of Medical Ethics*, 1985.
4. Gregor Puppnick, *Abortion and the European Convention of Human Rights*, *Irish Journal of Legal Studies*, volumul 3(2), 2013.
5. Gérard Mémeteau, *Situația juridică a copilului conceput. De la rigoare clasică la exaltare barocă*. Revista trimestrială a dreptului civil, anul 1990.
6. Revista DREPTUL numărul 8/2017 – Dreptul la viață. Momentul de la care viața începe să curgă, în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, precum și impactul acesteia asupra legislației penale românești.
7. Revista IUSTITIA, numărul 1-2/2019, Statutul fătului în legislațiile lumii : o protecție efectivă a drepturilor fătului versus drepturile mamei.
8. Boris Starck, *Introduction au droit*, Ediția a 4-a, Litec, 1996.
9. Singer Peter, *Sanctity of Life or Quality of Life*, *Pediatrics*, iulie 1983.

Resurse digitale:

1. Cauza Vo c. Franței, 2002 - <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-66445>, accesat la data de 28.02.2023.
2. Hotărârea Curții Supreme a Statelor Unite ale Americii, Roe împotriva lui Wade, 1973 - <https://www.euronews.ro/articole/50-de-ani-de-la-procesul-roe-vs-wade>, accesat la data de 28.02.2023.
3. Hotărârea Curții Supreme a Canadei, Winnipeg Child and Family Services, 1997 - <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1562/index.do>, accesat la data de 28.02.2023.
4. Curtea de Casație, Camera Civilă, 1985 - <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007015640/>, accesat la data de 28.02.2023.
5. Curtea de apel din Douai, 1987 - <https://www.courdecassation.fr/acces-rapide-judilibre>, accesat la data de 28.02.2023.
6. Tribunalul de Mare Instanță din Lille, 1987 - <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007605794>, accesat la data de 28.02.2023.
7. Curtea de Casație, Camera Criminală, 1999 - <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007071396/>, accesat la data de 28.02.2023.
8. Curtea de Casație, Adunarea Generală, 2001 - <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007046781/>, accesat la data de 28.02.2023.
9. Expunere de motive a noului cod penal - <http://www.scribub.com/stiita/drept/EXPUNERE-DE-MOTIVE942011419>, accesat la data de 28.02.2023.
10. Rezoluția Parlamentului European din 21 octombrie 2021, referitoare la criza statului de drept din Polonia și la supremația dreptului Uniunii europene - https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0439_RO.html, accesat la data de 28.02.2023.
11. Rezoluția Parlamentului European din 11 noiembrie 2021, referitoare la împlinirea de un an de la interzicerea de facto a avortului în Polonia - https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0455_RO.html, accesat la data de 28.02.2023.

12. Hotărârea Tribunalului Constituțional din Polonia, din data de 22 octombrie 2020 - <https://eclj.org/eugenics/eu/avortement-eugenique--le-jugement-du-tribunal-constitutionnel-polonais-extraits-> accesat la data de 28.02.2023.
13. Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului din 2016 în cauza Sayan c. Turciei, <https://www.genethique.org/la-cedh-se-prononce-sur-le-droit-a-la-vie-de-lenfant-a-naitre/>, accesat la data de 28.02.2023.
14. Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului din data de 28 august 2012, în cauza C. și P. C/Italiai, n° 54270/10, [file:///C:/Users/Bianca/Downloads/CASE%20OF%20PARRILLO%20v.%20ITALY%20-%20\[Romanian%20translation\]%20by%20the%20SCM%20Romania%20and%20IER.pdf](file:///C:/Users/Bianca/Downloads/CASE%20OF%20PARRILLO%20v.%20ITALY%20-%20[Romanian%20translation]%20by%20the%20SCM%20Romania%20and%20IER.pdf), accesat la data de 28.02.2023.
15. Hotărârea Înaltei Curți a Africii de Sud, 10 iulie 1998
16. [https://www.scirp.org/\(S\(czeh2tfqw2orz553k1w0r45\)\)/reference/referencespapers.aspx?referenceid=1601717](https://www.scirp.org/(S(czeh2tfqw2orz553k1w0r45))/reference/referencespapers.aspx?referenceid=1601717), accesat la data de 28.02.2023.

Despre noile posibile dimensiuni ale raportului dintre hotărârile definitive penale și cele civile

On the possible new dimensions of the relationship between final criminal and civil judgments

Sur les nouvelles dimensions possibles de la relation entre les jugements définitifs en matière pénale et civile

Ioan-Nicolae SĂCRIERU – anul III, grupa 309

coordonator: conf. dr. Andrei ZARAFIU

PREMIUL I

PREMIUL BEST SPEAKER

Rezumat: Prin Decizia nr. 102/2021, Curtea Constituțională a declarat neconstituțional art. 52 alin. (3) teza a doua din Codul de procedură penală, pentru motive întemeiate, semnalate și anterior în doctrină. Jurisprudența a întâmpinat, însă, dificultăți în aplicarea Deciziei nr. 102/2021, legate de interpretarea sistematică a dispozițiilor legale (art. 28 și art. 52 din Codul de procedură penală) privind autoritatea de lucru judecat a hotărârii definitive a unei instanțe nepenale. Rezolvarea acestora implică interpretarea deciziei Curții Constituționale în lumina jurisprudenței CEDO, respectiv a *Cauzei Lungu împotriva României*, care conduce la concluzia că este necesară o reconfigurare a raportului dintre hotărârea definitivă a instanței civile și cea a instanței penale. Aceasta trebuie să corespundă exigențelor principiului securității raporturilor juridice, care impun respectarea autorității de lucru judecat a oricărei hotărâri definitive.

Cuvinte-cheie: securitatea raporturilor juridice, chestiuni prealabile, hotărâre definitivă, autoritate de lucru judecat, revizuire.

Abstract: By Decision No 102/2021, the Constitutional Court declared unconstitutional Article 52 para. (3), second sentence, of the Criminal Procedure Code, for valid reasons, also previously raised in the doctrine. However, case law has encountered difficulties in applying Decision No 102/2021, linked to the systematic interpretation of the legal provisions (Articles 28 and 52 of the Criminal Procedure Code) concerning the authority of res judicata of the final judgment of a non-criminal court. Their resolution involves the interpretation of the decision of the Constitutional Court in the light of the ECHR case law, namely *Lungu v. Romania case*, which leads to the conclusion that it is necessary to reconfigure the relationship between the final decision of the civil court and that of the criminal court. This must meet the requirements of the principle of legal certainty, which requires respect for the authority of res judicata of any final judgment.

Keywords: legal certainty, preliminary questions, final judgment, res judicata, review.

Résumé: Par la décision n° 102/2021, la Cour constitutionnelle a déclaré inconstitutionnel l'article 52 par. (3), deuxième phrase, du Code de procédure pénale, pour des raisons valables, également soulevées précédemment par la doctrine. Toutefois, la jurisprudence a rencontré des difficultés dans l'application de la décision n° 102/2021, liées à l'interprétation systématique des dispositions légales (articles 28 et 52 du code de procédure pénale) concernant l'autorité de la chose jugée du jugement définitif d'un tribunal non pénal. Leur résolution implique l'interprétation de la décision de la Cour constitutionnelle à la lumière de la jurisprudence de la CEDH, à savoir l'affaire *Lungu c. Roumanie*, qui conduit à la conclusion qu'une reconfiguration de la relation entre la décision finale du tribunal civil et celle du tribunal pénal est nécessaire. Celle-ci doit répondre aux exigences du principe de la sécurité des relations juridiques, qui impose le respect de l'autorité de la chose jugée de tout jugement définitif.

Mots-clés: sécurité des relations juridiques, questions préjudicielles, jugement définitif, autorité de la chose jugée, révision

1. Introducere

Decizia nr. 102/2021 a Curții Constituționale a României, publicată în M. Of. nr. 357 din 07.04.2021, poate – sau, mai degrabă, în funcție de evoluțiile legislative și jurisprudențiale viitoare, va putea – fi considerată una dintre acele hotărâri ale justiției constituționale ce constituie un reper nou, decisiv, pentru sistemul de drept românesc. Adevărata importanță a acestei decizii, încă neconfirmată pe deplin în jurisprudență sau în doctrină, rezidă nu atât în efectul direct, imediat pe care îl produce, respectiv modificarea sediului materiei chestiunilor prealabile în procesul penal prin declararea ca neconstituțională a art. 52 alin. (3) teza a doua din Codul de procedură penală (Cod pr. pen.), cât mai ales în aceea că provoacă o veritabilă dezbatere referitoare la problema mai generală a raportului dintre hotărârea definitivă a instanței penale și cea a instanței civile lato sensu (nepenale), în ipoteza derulării a două proceduri succesive (una civilă și una penală) cu privire la aceleași fapte sau la fapte similare, problemă ce vizează însăși instituția autorității de lucru judecat, atât din perspectiva procedurii penale, cât și a celei civile.

Câteva precizări sunt necesare. În primul rând, pentru corecta apreciere a amplitudinii consecințelor Deciziei nr. 102/2021, este important de observat că și anterior pronunțării Curții au existat puncte de vedere exprimate în literatura de specialitate care au criticat această sintagmă sub aspectul conformității sale cu dispozițiile Constituției și cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului (CEDO). Amintirea acestor critici este utilă pentru a arăta că pronunțarea Deciziei nr. 102/2021 nu reprezenta un eveniment neașteptat.

În al doilea rând, trebuie observat încă de la început că relevanța Deciziei nr. 102/2021 nu se limitează strict la regimul juridic aplicabil chestiunilor prealabile. În mod implicit, punând problema mai generală a autorității de lucru judecat a hotărârii definitive a unei instanțe nepenale, hotărârea Curții ridică problema corelării dintre art. 52 și art. 28 Cod pr. pen, problemă ce a creat dificultăți jurisprudenței și anterior, și ulterior pronunțării Curții. Va fi arătată pe larg această corelație, căreia Curtea Constituțională nu i-a acordat importanță în decizia sa.

Nu în ultimul rând, hotărârea instanței de contencios constituțional trebuie văzută ca un ecou al jurisprudenței CEDO în materia dreptului la un proces echitabil, în componenta referitoare la principiul securității raporturilor juridice, cu trimitere la autoritatea de lucru judecat. De aceea, identificarea acelor hotărâri ale instanței europene care, anterior pronunțării Curții Constituționale, au pus în discuție și au tranșat problema raportului dintre hotărârea definitivă a instanței penale și cea a instanței nepenale este deosebit de importantă. În acest sens, în lucrarea de față se va dedica un comentariu amplu hotărârii pronunțate în cauza *Lungu împotriva României*, care conține soluția instanței europene exact cu privire la problema ridicată în mod implicit prin Decizia nr. 102/2021, soluție care are avantajul că rezolvă într-o manieră directă și suficient de precisă această problemă.

2. Viciile de neconstituționalitate ale art. 52 alin. (3) teza a doua

2.1. Critici doctrinare anterioare pronunțării Deciziei 102/2021

Ca observație generală, completarea dispoziției legale cuprinse în art. 44 alin. (3) din Codul de procedură penală din 1969 cu sintagma „cu excepția împrejurărilor care privesc existența infracțiunii”, care a fost inserată în art. 52 alin. (3) din noul Cod de procedură penală, nu a făcut obiectul vreunei analize speciale din partea doctrinei, care nu a arătat care ar fi implicațiile acestei modificări legislative. De altfel, acest demers ar fi presupus pur și simplu „ghicirea” voinței legiuitorului, având în vedere că expunerea de motive a Codului de procedură penală nu cuprinde nicio explicație cu privire la modificarea textului astfel cum era prevăzut de art. 44 alin. (3) din vechiul Cod de procedură penală.

Totuși, se poate constata că, anterior pronunțării Deciziei nr. 102/2021, unii autori au apreciat că dispozițiile art. 52 alin. (3) teza a doua sunt, în funcție de înțelesul care poate fi atribuit sintagmei respective, fie inutile, fie neconstituționale, în acest din urmă caz dispoziția legală fiind criticată, pe de o parte, pentru neclaritatea/imprevizibilitatea sa, iar, pe de altă parte, pentru încălcarea autorității de lucru judecat a unei hotărâri definitive, ca element esențial al principiului securității raporturilor juridice.

Astfel, într-o primă poziție¹ exprimată în literatura de specialitate, s-a reținut că „trebuie să admitem că prezența excepției, în sine, fie este redundantă (dacă avem în vedere că oricum hotărârea definitivă a instanței civile privește o chestiune prealabilă – în interpretarea că aceasta nu poate viza existența infracțiunii, sub aspectul condițiilor de tipicitate), fie neagă total efectele hotărârilor altor instanțe, dacă prin expresia „existența infracțiunii” înțelegem inclusiv chestiunile de fapt sau de drept care condiționează aplicabilitatea normei de incriminare”.

Din perspectiva unui alt autor², *de lege ferenda*, era imperativă modificarea art. 52 alin. (3) în sensul eliminării tezei a doua pentru a pune în acord norma legală cu dispozițiile Constituției și ale Convenției pentru apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților fundamentale. Se critica „doza mare de imprevizibilitate” a respectivei teze, precum și faptul că aceasta conduce la „o veritabilă nesocotire a autorității de lucru judecat de care hotărârile judecătorești definitive se bucură”.

¹ Manuela Gornoviceanu, *Art. 52 – Chestiunile prelabile în procesul penal*, accesat la www.juridice.ro (<https://www.juridice.ro/565666/art-52-ncpp-chestiunile-prelabile-in-procesul-penal.html>). Ultima accesare: 3 martie 2023.

² Adrian Chirvase, *Chestiunile prelabile în procesul penal. Prezentare comparativă. Posibile elemente de neconvenționalitate a dispozițiilor art. 52 alin. (3) C. pr. Pen.*, în *Revisa Română de Jurisprudență*, nr. 4 din data de 31 decembrie 2018, accesat la www.sintact.ro.

2.2. Considerentele Curții Constituționale (motivarea Deciziei nr. 102/2021)

În esență, motivele pentru care Curtea Constituțională a reținut neconstituționalitatea dispozițiilor art. 52 alin. (3) teza a doua sunt exact cele care au fost reținute de către doctrină.

Astfel, plecând de la înțelesul noțiunii de chestiuni prealabile, arătat în paragrafele (par.) 20-21, Curtea constată că art. 52 alin. (3) Cod pr. pen. pune problema existenței a două categorii de astfel de chestiuni: cele care nu privesc existența infracțiunii și cele care privesc existența infracțiunii. Încadrarea unei chestiuni prealabile în prima sau în a doua categorie este o operațiune necesară pentru a putea face aplicarea normei prevăzute de art. 52 alin. (3), în sensul incidenței fie a tezei întâi, fie a tezei a doua.

Curtea constată că înțelesul noțiunii de chestiuni prealabile care privesc existența infracțiunii se referă la „orice aspecte de fapt sau de drept care condiționează aplicabilitatea normei de incriminare, referindu-se fie la situația premisă, fie la elementele de tipicitate obiectivă sau subiectivă ale infracțiunii” (par. 32). Un astfel de înțeles al acestei sintagme, determinat de lipsa unei definiții sau a unor criterii legale care să distingă între cele două categorii de chestiuni prealabile, este „extrem de larg, oferind organelor judiciare posibilitatea de a-i da înțelesuri diferite, din care decurg sfere diferite de aplicare a dispoziției procesual penale analizate” (par. 42).

Ajungând în acest punct, Curtea arată primul și cel mai important motiv de neconstituționalitate a art. 52 alin. (3) teza a doua: sub „acoperirea” sintagmei „existența infracțiunii”, acest text legal oferă, în realitate, instanței penale posibilitatea de a rejudeca orice chestiune prealabilă care a fost soluționată anterior de instanța civilă. Aceasta reprezintă o încălcare a principiului securității raporturilor juridice, întrucât instanța penală se transformă într-o instanță de revizuire a hotărârilor definitive ale instanțelor nepenale ce soluționează astfel de chestiuni, cu consecința încălcării autorității de lucru judecat a acestor hotărâri. Făcând trimitere la jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului în materia autorității de lucru judecat a unei hotărâri definitive, Curtea Constituțională constată că „nu există niciun argument obiectiv și rezonabil care să justifice reexaminarea de către instanța penală a unor aspecte ale cauzei ce constituie chestiuni prealabile și care au fost soluționate, printr-o hotărâre definitivă, de către o instanță competentă să judece într-o altă materie, chiar dacă aceste chestiuni privesc existența infracțiunii”. În viziunea instanței de contencios constituțional, regula prevăzută de art. 52 alin. (2) reprezintă cel mai puternic argument în sensul că instanța penală nu poate aprecia o chestiune prealabilă în alte condiții (respectiv, după reguli procedurale distincte) decât instanța civilă.

Cel de-al doilea motiv de neconstituționalitate este, oarecum, secundar și se referă la nerespectarea exigențelor referitoare la calitatea legii, având în vedere caracterul echivoc al sintagmei „cu excepția împrejurărilor care privesc existența infracțiunii” (par. 50).

3. Probleme legate de implicațiile Deciziei nr. 102/2021

3.1. Preliminarii. Plan

Ca observație generală, trebuie precizat că ecourile în doctrină și în jurisprudență ale Deciziei nr. 102/2021 sunt, deocamdată, destul de limitate.

În ceea ce privește doctrina, totuși, au apărut deja două tendințe de interpretare, într-un anumit sens, radical opuse: prima invită la o apreciere precaută a consecințelor deciziei Curții Constituționale, care ar trebui aplicată obligatoriu prin raportare la o anumită parte a jurisprudenței CEDO, mai exact la *Cauza Mihalache împotriva României*³; cea de-a doua susține, în schimb, că această decizie este aptă să producă un veritabil efect revoluționar, constând în regândirea în ansamblu a raporturilor dintre hotărârea definitivă a instanței penale și cea a instanței civile lato sensu.

În ceea ce privește jurisprudența relevantă apărută ulterior pronunțării Curții Constituționale, aceasta pare, în general, să încline spre o interpretare și o aplicare ezitante ale Deciziei nr. 102/2021. În esență, aceasta revendică un anumit „domeniu” al faptelor care este și trebuie să rămână strict în competența de apreciere a instanței penale.

Față de această receptare plurivalentă a hotărârii instanței de contencios constituțional, ne îngăduim o remarcă: este oarecum paradoxală lipsa unei interpretări unitare a acestei hotărâri în condițiile în care efectul său la nivel legislativ constă în restabilirea variantei inițiale a sediului materiei chestiunilor prealabile, art. 52 din actualul Cod de procedură penală fiind, în esență, identic cu art. 44 din Codul de procedură penală 1969. De asemenea, regula privind limitele autorității de lucru judecat a hotărârii civile prin care se soluționează acțiunea civilă în fața instanței penale – regulă esențială pentru înțelegerea domeniului chestiunilor prealabile – este identică în vechiul cod (art. 22) și în noul cod (art. 28) de procedură penală. În aceste condiții, întrebarea legitimă este: de ce ar trebui să fie deosebit de relevantă Decizia nr. 102/2021 și în ce ar consta această relevanță?

Răspunsul esențializat al acestei întrebări este că decizia Curții Constituționale reia, întărește și (chiar) generalizează soluțiile la care a ajuns în această materie Curtea Europeană a Drepturilor Omului, în special în *Cauza Lungu împotriva României*. **Răspunsul elaborat** presupune, mai întâi, examinarea dificultăților identificate de practica judiciară referitoare la aplicarea Deciziei nr.

³ Alin Petrea, *Chiar orice hotărâre nepenală poate antrena incidența autorității de lucru judecat în procesul penal? Scurt comentariu referitor la Decizia CCR nr. 102 din 17 februarie 2021*, accesată la www.juridice.ro (https://www.juridice.ro/726164/chiar-orice-hotarare-nepenala-poate-antrena-incidenta-autoritatii-de-lucru-judecat-in-procesul-penal-scurt-comentariu-referitor-la-decizia-ccr-nr-102-din-17-februarie-2021.html#_ftnref13). Ultima accesare: 3 martie 2023.

102/2021 (3.2.); această examinare va reclama necesitatea (re)stabilirii unei interpretări sistematice corecte a normelor interne de procedură penală referitoare la autoritatea de lucru judecat a hotărârii civile (3.3.); în final, va fi identificată și analizată jurisprudența CEDO în materie, arătându-se implicațiile acesteia asupra modului de interpretare a normelor de procedură (3.4.), precum și consecințele revoluționare pe care hotărârile instanței europene le pot produce (3.5.).

3.2. Dificultăți semnalate în practica judiciară

Hotărârile judecătorești relevante pentru modul de aplicare a Deciziei nr. 102/2021 privesc situații de fapt care sunt, în principiu, similare: judecata penală având ca obiect săvârșirea unei infracțiuni de rezultat (urmarea imediată constând într-un prejudiciu) – în principiu, fiind vorba despre evaziune fiscală – este precedată de o judecată civilă (de regulă, un litigiu fiscal, dar poate fi vorba și de litigii comerciale) în urma căreia instanța, pronunțându-se cu privire la aceleași fapte care fac obiectul judecării penale, stabilește că acestea au fost legale, respectiv că nu s-a produs niciun prejudiciu.

Față de această situație, instanța penală, în baza Deciziei nr. 102/2021, este chemată să aplice pur și simplu art. 52 alin. (3) și să pronunțe achitarea⁴. Totuși, unele instanțe nu au aplicat decizia Curții Constituționale, aducând, în esență, două argumente⁵:

- deși hotărârea instanței civile a stabilit că faptele analizate nu reprezintă un delict civil, instanța penală este îndrituită, conform art. 28 alin. (2) Cod pr. pen., să procedeze la o analiză proprie a aceluiași fapt din perspectiva săvârșirii unei infracțiuni, nefiind ținută în niciun fel de considerentele instanței civile în aprecierea faptei penale, a persoanei care a săvârșit-o și a vinovăției acesteia (elemente esențiale ale săvârșirii unei infracțiuni);

- această nouă apreciere a instanței penale poate fi în mod substanțial diferită, respectiv contrară, celei reținute de instanța civilă, în condițiile în care probatoriul administrat în cauza penală este superior cantitativ și calitativ celui administrat de instanța civilă, care, din cauza acestei diferențe, s-a aflat în eroare.

Se poate concluziona că unele instanțe penale au înlăturat, prin referire, în special, la art. 28 alin. (2), autoritatea de lucru judecat a hotărârii definitive a instanței civile, invocând, în esență, dreptul prioritar și exclusiv al acestora de a analiza orice aspect în legătură cu elementele proprii infracțiunii

⁴ Așa a procedat Tribunalul Dâmbovița – Sentința penală nr. 261/2021, disponibilă la www.sintact.ro. Ultima accesare: 3 martie 2023.

⁵ A se vedea Decizia nr. 149/2022 a Curții de Apel Galați (disponibilă la www.sintact.ro), precum și speța citată în Raul Alexandru Nestor, *Efectele deciziei CCR nr. 102/17 februarie 2021 și necesitatea unui demers analitic în cazul invocării excepției autorității de lucru judecat a unei hotărâri nepenale*, accesat la www.juridice.ro (https://www.juridice.ro/738961/efectele-deciziei-ccr-nr-102-17-februarie-2021-si-necesitatea-unui-demers-analitic-in-cazul-invocarii-excepției-autorității-de-lucru-judecat-a-unei-hotărâri-nepenale.html#_ftnref9). Ultima accesare: 3 martie 2023.

și superioritatea unei astfel de analize, întemeiată pe considerente ce țin de materialul probator administrat.

3.3. Corelarea normelor interne privind autoritatea de lucru judecat a hotărârii definitive a instanței nepenale

Examinarea dificultăților privind interpretarea și aplicarea Deciziei nr. 102/2021 conduce la ideea că există o problemă în corelarea dispoziției legale referitoare la autoritatea de lucru judecat a hotărârii civile prin care se soluționează acțiunea civilă și textul legal referitor la autoritatea de lucru judecat a hotărârii civile prin care s-a dezlegat o chestiune prealabilă. Practic, nu ar fi clar domeniul de incidență al fiecăreia dintre cele două reguli. Presupun aceste dispoziții legale două sfere absolut distincte de aplicare? Spre o astfel de concluzie ar conduce practica acuzării în procesele penale de a invoca – în cazul unei hotărâri care în mod efectiv soluționează o chestiune prealabilă (respectiv prejudiciul/paguba produs(ă)) – incidența art. 28 alin. (2) Cod pr. pen. în defavoarea incidenței art. 52 alin. (3), în virtutea dreptului exclusiv al instanței penale de a analiza anumite aspecte, dintre care cel mai des citat este vinovăția, ca element specific al infracțiunii.

Curtea Constituțională nu a încercat să arate care este corelația între cele două norme de procedură. Totuși, atât în doctrina aferentă vechiului cod de procedură penală, cât și în cea din sistemul noului cod de procedură, această corelație este deosebit de clară.

Astfel, în ceea ce privește interpretarea sistematică a art. 22 alin. (2) și a art. 44 alin. (3) Cod pr. pen. 1969, se arată că aceasta conduce la următoarele două concluzii: „hotărârea civilă nu va avea autoritate de lucru judecat cu privire la existența faptei penale, a persoanei care a săvârșit-o și a vinovăției acesteia”; dar „hotărârea instanței civile poate avea autoritate de lucru judecat cu privire la *alte aspecte* (subl. n.) care au fost supuse judecății, precum cuantumul pagubei sau modul de soluționare a unor chestiuni prealabile”⁶. Exact în același mod este făcută corelația dintre cele două norme și de doctrina⁷ aferentă actualului Cod de procedură penală.

Prin urmare, sfera chestiunilor prealabile, aparent nedelimitată în mod riguros de lege, se poate determina prin raportare la conținutul art. 28 alin. (2). În această sferă vor fi incluse *orice alte aspecte* care excedează acelor elemente ce alcătuiesc esența raportului juridic penal de conflict, respectiv fapta penală, persoana care a săvârșit-o și vinovăția cu care a fost săvârșită fapta, aceste trei elemente constituind, în mod firesc, însuși nucleul obiectului judecății din fața unei instanțe penale; în optica legiuitorului, este absolut normal ca hotărârea instanței civile prin care a fost soluționată acțiunea civilă să nu aibă autoritate de lucru judecat cu privire la aceste aspecte, pentru

⁶ Nicolae Volonciu, Alexandru Vasiliu, *Codul de procedură penală comentat. Regulile de bază și acțiunile în procesul penal*, Editura Hamangiu, 2007, București, p. 108.

⁷ Andrei Zarafiu, *Procedură penală. Partea generală. Partea specială*, Ediția 2, Editura C.H. Beck, 2015, București, p. 122.

că această instanță nu are competența și, deci, nici nu se poate pronunța efectiv cu privire la elementele enumerate în finalul art. 28 alin. (2) Cod pr. pen.

Din această concluzie deosebit de simplă, se pot formula trei observații importante:

În primul rând, găsim neîntemeiată opinia exprimată în literatura de specialitate conform căreia „*de lege ferenda* ar fi oportună o reformă privind abordarea legislativă asupra chestiunilor prealabile și o rescriere a art. 52 C.pr.pen. în integralitate, prin adoptarea unor criterii legale mai concrete pe baza cărora să poată fi circumscrise anumite chestiuni ca fiind prealabile unui proces penal și care să stabilească competența instanței penale în aceste cazuri de o manieră care să fie în concordanță cu principiul legalității”⁸. În realitate, domeniul chestiunilor prealabile, astfel cum sunt acestea definite în mod tradițional, poate fi, în mod previzibil, determinat, satisfăcând exigențele principiului legalității. De altfel, devine limpede că însăși teza a doua a art. 52 alin. (3) a fost introdusă de legiuitor, dintr-un exces de zel, tocmai pentru a sublinia limitele domeniului chestiunilor prealabile, ceea ce, în lumina explicațiilor anterioare, demonstrează completa inutilitate a acestei teze declarate neconstituționale.

În al doilea rând, în continuarea primei observații, se poate constata că în doctrină⁹ se arată și care este textul legal prin care se pot delimita în mod efectiv cele două sfere în discuție. Este vorba despre art. 371 Cod pr. pen., având denumirea marginală „Obiectul judecării”. Vor constitui chestiuni prealabile orice împrejurări de fapt care fiind „necesare stabilirii tipicității, caracterului nejustificat sau imputabil al faptei, sunt distincte de fapta ce constituie obiect al judecării și nu se află într-o legătură indisolubilă de timp și spațiu cu acestea”. Având în vedere că sfera faptei ce constituie obiect al judecării se determină potrivit criteriului prevăzut de art. 371 (determinându-se astfel, implicit, cele trei elemente prevăzute de art. 28 alin. (2)), *per a contrario* se va determina sfera chestiunilor prealabile. În funcție de încadrarea într-una sau într-alta dintre sfere, se va da eficiență art. 28 alin. (2) sau art. 52 alin. (3).

Nu în ultimul rând și, poate, cel mai important, raportându-ne la observația enunțată anterior, putem conchide că, de fapt, în privința hotărârii civile lato sensu prin care s-a soluționat acțiunea civilă, pot fi incidente, în același timp, art. 28 alin. (2) și art. 52 alin. (3). Acest aspect este evident și mereu valabil în cazul hotărârii instanței de contencios fiscal care s-a pronunțat asupra legalității și temeiniciei obligațiilor fiscale stabilite în sarcina unei persoane care, ulterior, este inculpată pentru exact aceleași fapte pe baza cărora organul fiscal a stabilit astfel de obligații. Soluționarea

⁸ Adrian Șandru, Dorel Herinean, *Rezolvarea chestiunilor prealabile în procesul penal. Posibilitatea analizării acestora în alte situații decât cele care vizează soluționarea fondului cauzei*, în Revista Dreptul, serie nouă, anul XXXIII, nr. 2/2022, p. 180.

⁹ Andrei Zarafiu, Giulia Șologon, *Noi paradigme ale autorității de lucru judecat în materie penală*, în *In honorem Anastasiu Crișu. Probleme controversate și actuale în dreptul românesc*, coordonator Andrei Zarafiu, Editura Hamangiu, 2022, București, pp. 414-417.

contestației împotriva actului administrativ-fiscal prin care s-au impus aceste obligații – în măsura în care nu constituie o acuzație în materie penală în sens autonom european – echivalează cu rezolvarea acțiunii civile născute în același proces penal. În aceste condiții: pe de o parte, instanța de contencios fiscal (civilă lato sensu) analizează faptele imputate de organul fiscal din perspectiva delictului civil, concluziile în acest sens ale instanței fiscale neavând autoritate de lucru judecat, potrivit art. 28 alin. (2), în fața instanței penale chemate să se pronunțe cu privire la aceleași fapte din perspectiva legii penale; pe de altă parte, în schimb, aceeași instanță nepenală se va pronunța și cu privire la existența prejudiciului adus bugetului public de către persoana ulterior inculpată, element unanim acceptat ca reprezentând o chestiune prealabilă; dezlegarea instanței civile cu privire la acest element va fi obligatorie pentru instanța penală, potrivit art. 52 alin. (3), ceea ce va influența în mod decisiv soluționarea fondului cauzei penale, atunci când prejudiciul este un element constitutiv al infracțiunii (ca în exemplul devenit deja clasic al infracțiunii de evaziune fiscală).

Exact acesta este tiparul de hotărâre civilă care a creat dificultăți jurisprudenței citate anterior. În cazul în care această hotărâre stabilea că nu s-a produs niciun prejudiciu bugetului public, instanța penală, sesizată ulterior cu o cauză având ca obiect săvârșirea unei infracțiuni de evaziune fiscală, era obligată să pronunțe achitarea, având în vedere că s-a stabilit, cu putere de lucru judecat, că un element constitutiv al infracțiunii (prejudiciul) nu s-a produs. Dar cum putea ea să soluționeze astfel cauza penală, când constata că asupra faptei penale efective (fapta tipică atât din punct de vedere obiectiv, cât și subiectiv) era chemată să se pronunțe numai ea (*a contrario* art. 28 alin. (2)), de cele mai multe ori pe baza unui probatoriu mult mai amplu, în parte necunoscut instanței nepenale?

Decizia nr. 102/2021 nu reușește, astfel, să dea un răspuns de principiu acestui tip de situație și, tocmai de aceea, a și fost înlăturată, de cele mai multe ori, de la aplicare. Totuși, acest răspuns a fost dat anterior, în urmă cu mai mulți ani, de jurisprudența CEDO, mai exact de hotărârea din *Cauza Lungu împotriva României*. În esență, speța adusă în fața instanței europene poate fi considerată un tipar al tuturor situațiilor problematice semnalate în practica judiciară citată, tipar ce a fost deja prefigurat anterior.

3.4. Decizia nr. 102/2021 – ecou al jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului

Așa cum se poate observa, Curtea Constituțională a alocat, în motivarea Deciziei nr. 102/2021, un spațiu semnificativ citării jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului pe care a considerat-o relevantă cu privire la materia abordată (par. 37-39, 47). Din numeroasele hotărâri enumerate, cea mai importantă este, desigur, *Cauza Lungu împotriva României*, pentru motivele deja arătate, precum și pentru explicațiile ce urmează a fi expuse.

Hotărârea dată în această cauză, pronunțată de Curtea Europeană în 21 octombrie 2014, nu a reușit până în prezent să se impună, într-o proporție semnificativă, în soluționarea litigiilor asemănătoare

deduse în fața instanțelor din țara noastră. Dacă nu este pur și simplu ignorată, această decizie este aplicată în mod greșit, în legătură cu principiul *ne bis in idem*¹⁰. Ne vom rezuma să schițăm principalele probleme pe care situația de fapt le-a ridicat, precum și argumentele părților implicate și, în final, aprecierea Curții în legătură cu acestea din urmă.

În esență, situația de fapt din această cauză a presupus că, față de aceeași persoană și raportat la aceleași fapte, au fost antrenate două proceduri distincte (sau „independente”, cum le numește Curtea), prima dintre ele fiind de natură fiscală (deci, civilă lato sensu), iar cea din urmă de natură penală. Tocmai de aceea, cu riscul de a fi repetitivi, subliniem încă o dată, din rațiuni ce țin de importanța unei corecte interpretări juridice, că în această cauză Curtea nu a reținut incidența principiului *ne bis in idem*. În schimb – față de faptul că prima procedură s-a finalizat cu o hotărâre definitivă care stabilea că faptele reclamantului erau legale, acesta neproducând un prejudiciu bugetului public care să poată conduce la reținerea săvârșirii unei infracțiuni, în timp ce a doua procedură s-a finalizat, în urma unei rejudecări a cauzei, cu o hotărâre definitivă prin care instanța penală, făcând o nouă apreciere a faptelor, a stabilit că acestea constituie o infracțiune –, Curtea Europeană a stabilit că dreptul intern relevant aplicabil în speță este reprezentat de art. 22 alin. (2) și art. 44 din Codul de procedură penală în vigoare la momentul faptelor, respectiv Codul din 1969. De altfel, temeiul invocat de Curtea de Apel, Secția penală, în susținerea lipsei autorității de lucru judecat a hotărârii definitive anterioare a instanței civile a fost chiar art. 22 alin. (2).

Față de acțiunea introdusă de reclamant în fața Curții Europene, Guvernul a susținut că hotărârea definitivă a instanței penale, de fapt, nu a încălcat autoritatea de lucru judecat a hotărârii civile definitive anterioare, aducând în acest sens două argumente: pe de o parte, în speță „nu exista o triplă identitate între părțile, obiectul și cauza celor două acțiuni” (par. 34); pe de altă parte, examinarea de către instanțele penale a situației reclamantilor și în mod special a comportamentului primului reclamant era mai complexă (subl. n.) decât cea realizată în cadrul contenciosului fiscal” (par. 35). Pentru aceste argumente, Guvernul a apreciat ca fiind „temeinic motivată” hotărârea instanței penale de a da eficiență art. 44 în detrimentul art. 22.

Curtea a dat dreptate reclamantului, respingând motivat cele două argumente ale Guvernului. Astfel, în ceea ce privește primul argument, Curtea a răspuns în par. 40, arătând că, deși aserțiunea pârâtului este adevărată, relevant pentru reținerea autorității de lucru judecat este faptul că „procedura fiscală și cea penală vizau aceeași chestiune determinantă pentru soluționarea acestora”; referitor la cel de-al doilea argument, Curtea l-a respins în par. 45. Deși se arată că, din nou,

¹⁰ A se vedea în acest sens Sentința civilă nr. 117/CA din noiembrie 2020, pronunțată de Curtea de Apel Oradea, s. a II-a civ, cont. adm. și fisc., citată în *Sinteză de jurisprudență fiscală națională. Ianuarie-februarie 2021* în Cluj Tax Forum Journal nr. 1/2021, pp. 40-44, accesată la https://www.hamangiu.ro/upload/cuprins_extras/Cluj%20Tax%20Forum%20Journal%201/2021_extras.pdf. Ultima accesare: 3 martie 2023.

aprecierea Guvernului, pe fond, este corectă (în sensul că analiza făcută asupra faptelor de către instanța penală este superioară analizei instanței civile, ca urmare a unei investigații mai amănunțite și a administrării unor probe suplimentare), „Curtea consideră că nu ar trebui să le revină reclamantilor sarcina de a suporta eventualele curențe ale autorităților judiciare”. Având în vedere aceste motive, Curtea a stabilit că noua apreciere făcută de instanța penală asupra aceluiași fapt pe care le-a dezlegat instanța civilă – chiar dacă această nouă apreciere a vizat corectarea unor erori ale acesteia din urmă –, în măsura în care această (re)apreciere a fost făcută „în absența oricărui motiv valabil”, a încălcat autoritatea de lucru judecat a primei instanțe și, în consecință, principiul securității raporturilor juridice.

În doctrină¹¹, a fost sintetizată excelent noutatea soluției pronunțate în cauza *Lungu*, arătându-se că aceasta „privește o situație de fapt nouă (subl. autorului), în care o hotărâre penală este contrară unei hotărâri civile, pe același obiect, obligații fiscale, și este tratată de CEDO în mod egal, ca și în celelalte situații (subl. autorului), în care hotărârile contrarii sunt fie toate penale, fie toate civile”. Cu toate acestea, nu putem fi de acord cu opinia exprimată de același autor în aceeași lucrare, conform căreia „în respectiva cauză erau aplicabile dispozițiile art. 44 din vechiul C. pr. pen., iar nu dispozițiile art. 14 și 22 din vechiul C.pr.pen”, motiv pentru care apreciază „că nu este necesară modificarea legislației, fiind o problemă de interpretare dată de instanțe”¹². **În realitate, considerăm că, de fapt, în speță era aplicabil art. 22, dar Curtea a apreciat că însăși posibilitate generică – oferită instanței penale de această normă internă de a reevalua anumite fapte cu privire la care, anterior, o instanță civilă stabilise legalitatea acestora – contravine Convenției, respectiv art. 6 care consacră principiul securității raporturilor juridice.** Tocmai de aceea, consecința *Cauzei Lungu împotriva României* este aceea că art. 6 trebuie aplicat cu prioritate față de norma internă care reglementează o derogare nepermisă de la autoritatea de lucru judecat a unei hotărâri definitive, în acest caz de natură civilă.

În același sens, în doctrină¹³ s-a arătat că „față de standardul convențional al protecției dreptului la un proces echitabil aceste soluții legislative [cele prevăzute de art. 28 alin. (2) și art. 52 alin. (3)] sunt valabile numai în măsura în care în fața unei instanțe nepenale nu a fost pronunțată o hotărâre definitivă prin care au fost calificate drept legale faptele sau actele care formează simultan sau ulterior obiectul cauzei penale”. Standardul convențional la care face referire autorul citat este reprezentat, desigur, de hotărârea pronunțată în *Cauza Lungu împotriva României*.

¹¹ Remus Jurj-Tudoran, *Unele considerații referitoare la modificarea legislației naționale în vederea respectării standardelor Curții Europene a Drepturilor Omului în materia dreptului la un proces echitabil, privit din perspectiva securității raporturilor juridice*, în *Revista Pro Lege*, Serie Nouă: Anul XXVI, nr. 2/2016, p. 75.

¹² *Ibidem*.

¹³ Mihail Udroui, *Sinteze de procedură penală Partea generală*, Volumul I, Ediția 3, Editura C.H. Beck, 2022, București, p. 318.

3.5. Adevărata dimensiune a implicațiilor Deciziei nr. 102/2021

Analiza efectuată până în acest punct, care a presupus corelarea Deciziei nr. 102/2021 a Curții Constituționale cu efectele pe care le generează Hotărârea CEDO din *Cauza Lungu împotriva României*, a scos în evidență următoarea implicație majoră: modalitatea în care normele interne de procedură penală reglementează autoritatea de lucru judecat a hotărârii definitive a unei instanțe nepenale este criticabilă din perspectiva instanței europene.

Dar această constatare nu epuizează întreaga amplitudine a implicațiilor Deciziei nr. 102/2021. Astfel, în doctrina de procedură penală recentă¹⁴, se arată că, în condițiile în care „în optica instanței de contencios constituțional, problematica autorității de lucru judecat a oricărei hotărâri definitive (indiferent de felul său și de materia în care se pronunță) a fost plasată în contextul mai larg al principiului securității raporturilor juridice ca standard al dreptului la un proces echitabil”, se poate formula concluzia că „în considerarea acestui context extins, trebuie reconfigurat conceptul de autoritate de lucru judecat și determinate noile sale limite”. Prin urmare¹⁵, orice hotărâre prin care se rezolvă acțiunea penală va avea autoritate de lucru judecat în fața oricărei alte instanțe (penale sau civile), ceea ce înseamnă că distincția făcută de art. 28 alin. (1) Cod pr. pen. „pare în prezent nejustificată, întrucât induce ideea unei diferențe de valoare incompatibile cu principiul securității raporturilor juridice (care evocă un atribut unic și absolut al oricărei hotărâri definitive)”.

Raționamentul juridic care fundamentează concluziile anterioare reiese cu claritate: de vreme ce principiul securității raporturilor juridice impune o respectare nediferențiată a hotărârilor definitive ale instanțelor nepenale, de ce să nu existe aceeași exigență și în privința hotărârilor definitive ale instanțelor penale? Spiritul întregii jurisprudențe a CEDO, indiferent de materia în care se pronunță, este în sensul respectării autorității de lucru judecat a oricărei hotărâri definitive, ca o condiție *sine qua non* a asigurării statului de drept.

De aceea, nu există niciun argument pertinent care să întemeieze soluția legislativă prevăzută de art. 28 alin. (1). Potrivit acesteia, de exemplu, în ipoteza unui litigiu fiscal (care nu are, desigur, natura unei noi acuzații în materie penală), care a fost precedat de o procedură penală având ca obiect infracțiunea de evaziune fiscală, finalizată cu o hotărâre de achitare pentru motivul inexistenței unui prejudiciu, instanța de contencios fiscal, soluționând acțiunea civilă, ar putea să ajungă la concluzia că a existat, totuși, un prejudiciu, considerând întemeiată impunerea unor obligații fiscale. De asemenea, dacă respectivul litigiu fiscal a fost precedat de o procedură penală finalizată cu o hotărâre prin care s-a angajat răspunderea penală, instanța nepenală ar avea posibilitatea de a stabili, în mod neîngrădit, un alt quantum al prejudiciului decât cel stabilit de instanța penală. Față de

¹⁴ Bogdan Micu, Radu Slăvoiu, Andrei Zarafiu, *Procedură penală*, Editura Hamangiu, 2022, București, pp. 837, 838.

¹⁵ *Ibidem*, p. 841.

aceste situații, nu se poate justifica de ce soluția acțiunii civile ulterioare finalizării procedurii penale ar putea contrazice dezlegările definitive date de instanța penală cu privire la un element constitutiv al infracțiunii, precum existența prejudiciului.

Desigur, ipotetic vorbind, și instanța civilă ar putea invoca, precum au făcut instanțele penale citate mai sus, existența unui material probator superior cantitativ și calitativ celui de care a dispus instanța penală când a soluționat cauza, de natură a indica existența unei erori judiciare din partea acesteia din urmă. Care este soluția în astfel de situații, de natură a fi în conformitate cu exigențele impuse de CEDO?

Opinia noastră este în sensul că, în ipoteza unei erori judiciare în care s-a aflat o instanță, penală sau nepenală, la momentul pronunțării unei hotărâri definitive, singura modalitate prin care se poate realiza o nouă apreciere a acelorași fapte este apelarea la instituția juridică ce este destinată de lege, prin excelență, rectificării unei astfel de erori, atât în materie civilă, cât și penală, respectiv revizuirea. Astfel, o instanță penală, chemată să judece fapte asupra cărora s-a pronunțat deja definitiv o instanță civilă, nu va putea să ofere o dezlegare contrară celei reținute de aceasta din urmă, decât ulterior obținerii, în condițiile strict prevăzute de legea procesual civilă, a revizuirii respectivei hotărâri civile definitive. *Per a contrario*, oferirea unei dezlegări contrare, oricât de întemeiate ar fi aceasta, făcută de către o instanță penală în lipsa obținerii unei revizuirii a respectivei hotărâri definitive civile, face ca instanța penală să-și atribuie ea însăși, în afara cadrului procesual prevăzut de lege, calitatea de instanță de revizuire, ceea ce, potrivit Deciziei nr. 102/2021 (par. 44), reprezintă însăși esența încălcării principiului securității raporturilor juridice. Același raționament poate fi construit, *mutatis mutandis*, și în ipoteza în care instanța civilă ar intenționa să dezlege într-un alt mod fapte asupra cărora s-a pronunțat o instanță penală printr-o hotărâre definitivă.

Concluzii

Importanța Deciziei nr. 102/2021 decurge, în realitate, nu atât din efectul direct, imediat pe care îl produce, cât mai degrabă din consecințele indirecte, deocamdată doar prefigurate, pe care le anunță.

Astfel, implicația imediată pe care hotărârea Curții Constituționale o produce, respectiv înlăturarea din art. 52 alin. (3) Cod pr. pen. a tezei a doua, nu este de natură a avea o semnificație deosebită. Așa cum s-a arătat mai sus, regula prevăzută de vechiul cod de procedură penală la art. 44 alin. (3) nu antrena niciun fel de dificultate, întrucât exista o delimitare clară între această normă și cea prevăzută de art. 22. Corectându-se excesul inutil de zel al legiuitorului, corelarea dintre art. 28 și art. 52 din actualul cod de procedură penală rămâne în prezent la fel de limpede.

În schimb, însușindu-și poziția exprimată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, în special în *Cauza Lungu împotriva României*, Decizia nr. 102/2021 este de natură a genera implicații pe termen lung deosebit de importante. **Exigențele principiului securității raporturilor juridice, reclamând respectarea autorității de lucru judecat a oricărei hotărâri definitive, conduc la concluzia că modul în care legea procesual penală română (art. 28 Cod pr. pen.) înțelege să limiteze această autoritate, atât cu privire la hotărârea penală, cât și cu privire la cea nepenală, este criticabil din perspectiva CEDO.**

În realitate, optica instanței europene este deosebit de simplă: orice act jurisdicțional, odată definitiv, trebuie să se bucure de protecția efectelor pe care le produce, în numele principiului preeminenței dreptului. Faptul că dezlegarea faptelor dată de acest act se întemeiază pe o eroare judiciară nu justifică posibilitatea unei alte instanțe de a stabili o dezlegare contrară, *ca și cum* actul inițial nu ar fi existat, deoarece aceasta ar însemna, în definitiv, ca înseși persoanele ale căror fapte au fost supuse dezlegării să fie nevoite a suporta „eventualele curențe ale autorităților judiciare” (*Cauza Lungu împotriva României*, par. 45). De aceea, singura modalitate de a repara o astfel de eroare constă în utilizarea unor căi extraordinare de atac (respectiv, revizuirea); numai în această manieră se pot asigura cerințele de predictibilitate și previzibilitate pe care le reclamă principiul securității raporturilor juridice.

Bibliografie:

Resurse tipărite:

1. Nicolae Volonciu, Alexandru Vasiliu, *Codul de procedură penală comentat. Regulile de bază și acțiunile în procesul penal*, Editura Hamangiu, 2007, București.
2. Andrei Zarafiu, *Procedură penală. Partea generală. Partea specială*, Ediția 2, Editura C.H. Beck, 2015, București.
3. Mihail Udroi, *Sinteze de procedură penală Partea generală*, Volumul I, Ediția 3, Editura C.H. Beck, 2022, București.
4. Bogdan Micu, Radu Slăvoiu, Andrei Zarafiu, *Procedură penală*, Editura Hamangiu, 2022, București.
5. *In honorem Anastasiu Crișu. Probleme controversate și actuale în dreptul românesc*, coordonator Andrei Zarafiu, Editura Hamangiu, 2022, București.

6. Adrian Șandru și Dorel Herinean, *Rezolvarea chestiunilor prealabile în procesul penal. Posibilitatea analizării acestora în alte situații decât cele care vizează soluționarea fondului cauzei*, în Revista Dreptul, serie nouă, anul XXXIII, nr. 2/2022.
7. Remus Jurj-Tudoran, *Unele considerații referitoare la modificarea legislației naționale în vederea respectării standardelor Curții Europene a Drepturilor Omului în materia dreptului la un proces echitabil, privit din perspectiva securității raporturilor juridice*, în Revista Pro Lege, Serie Nouă: Anul XXVI, nr. 2/2016.
8. Adrian Chirvase, *Chestiunile prealabile în procesul penal. Prezentare comparativă. Posibile elemente de neconvenționalitate a dispozițiilor art. 52 alin. (3) C. pr. pen.*, în Revista Română de Jurisprudență, nr. 4 din data de 31 decembrie 2018
9. *Sinteză de jurisprudență fiscală națională. Ianuarie-februarie 2021*, în Cluj Tax Forum Journal nr. 1/2021.

Resurse digitale:

1. <https://www.juridice.ro/565666/art-52-ncpp-chestiunile-prealabile-in-procesul-penal.html>, accesat la data de 3 martie 2023.
2. https://www.juridice.ro/738961/efectele-deciziei-ccr-nr-102-17-februarie-2021-si-necesitatea-unui-demers-analitic-in-cazul-invocarii-exceptiei-autoritatii-de-lucru-judecata-unei-hotarari-nepenale.html#_ftnref9, accesat la data de 3 martie 2023.
3. https://www.juridice.ro/726164/chiar-orice-hotarare-nepenala-poate-antrena-incidenta-autoritatii-de-lucru-judecata-in-procesul-penal-scurt-comentariu-referitor-la-decizia-ccr-nr-102-din-17-februarie-2021.html#_ftnref13, accesat la data de 3 martie 2023.
4. Sentința penală nr. 261/2021 (Tribunalul Dâmbovița) și Decizia nr. 149/2022 (Curtea de Apel Galați) – disponibile la www.sintact.ro, accesat la data de 3 martie 2023.

Secțiunea Drept Public

Regimul juridic al taxelor parafiscale – o eventuală reglementare în legislația fiscală românească (între deziderat și necesitate)

The legal regime of parafiscal taxes – a possible regulation in the Romanian tax legislation (between desideratum and necessity)

Le régime juridique des taxes parafiscales – une réglementation possible dans la législation fiscale roumaine (entre le désir et la nécessité)

Tudor SANDU – anul III, grupa 318

coordonator: lector dr. Marilena ENE

Rezumat: Prezentul studiu își propune analizarea conceptului de taxă parafiscală prin raportare la actuala legislație, doctrină și optica jurisprudențială exprimată atât la nivel național, cât și la nivel european. Stabilirea în sarcina unei persoane fizice sau juridice a unui impozit sau taxă poate fi considerată o atingere a principiului legalității impunerii, dacă actul normativ nu respectă exigențele constituționale. Cu toate acestea, doctrina și jurisprudența recunosc această categorie specială de taxe, însă originea lor încă se află sub semnul întrebării. În consecință, o eventuală reglementare expresă ar fi oportună și ar veni atât în sprijinul uniformizării practicilor organelor jurisdicționale, cât și în sprijinul contribuabilului, sub aspectul clarificării obligațiilor fiscale ce îi incumbă.

Cuvinte cheie: taxe parafiscale, legislația fiscală națională, constituționalitate, jurisprudență.

Abstract: This study aims to analyze the concept of parafiscal tax by reference to the current tax legislation and the jurisprudence expressed both at national and international level. The

determination of a tax on a natural or legal person may be considered an infringement of the principle of legality of taxation, if the normative act does not comply with constitutional requirements. However, doctrine and jurisprudence recognize this particular category of taxes, but their origin is still in question. Consequently, any express regulation would be appropriate and would support both the uniformity of the practices of the judicial bodies and the taxpayer in clarifying the tax obligations incumbent on them.

Key words: parafiscal taxes, national tax legislation, constitutionality, jurisprudence

Résumé: La présente étude vise à analyser le concept d'impôt parafiscal par référence à la législation fiscale actuelle et à la jurisprudence exprimée tant au niveau national qu'international. La détermination d'un impôt ou d'une taxe sur une personne physique ou morale peut être considérée comme une violation du principe de légalité de l'imposition, si l'acte normatif ne respecte pas les exigences constitutionnelles. Toutefois, la doctrine et la jurisprudence reconnaissent cette catégorie particulière de taxes, mais leur origine est encore remise en question. Par conséquent, toute expresse réglementation serait appropriée et appuierait à la fois l'uniformité des pratiques des organismes judiciaires et du contribuable dans la clarification des obligations fiscales qui leur incombent.

Des mot-clés: taxes parafiscales, législation fiscale nationale, constitutionnalité, jurisprudence.

1. Introducere

Societatea contemporană este caracterizată prin schimbări frecvente, dinamism și efervescență – precum și toate elementele componente ale acesteia, fie că este vorba despre sistemul de impozitare, sistemele publice de asigurări sociale, ori despre sistemele oficiale ale statului (legislativ, executiv sau jurisdicțional). Dintre cele menționate anterior, sistemul național de impozitare este, poate, unul dintre cele mai apropiate sisteme față de cetățean, uneori fiind, însă, destul de dificilă adaptarea tuturor cerințelor. Importanța studiului și cunoașterii elementelor definitorii privind impunerea taxelor și a impozitelor derivă din ponderea majoră pe care această ramură a dreptului public o are în cadrul raporturilor juridice cotidiene, indispensabile unei bune desfășurări a activității economice și nu numai – fie că vorbim din perspectiva unei persoane fizice, fie din perspectiva unei

persoane juridice. În pofida faptului că această ramură a dreptului public se află într-o continuă dezvoltare¹ atât din punct de vedere teoretic, cât și din perspectivă practică, încă se mai impun câteva observații asupra unor chestiuni pe care legiuitorul nu a insistat, constituind punctul de plecare al analizei noastre – taxele parafiscale, expuse într-o dublă perspectivă: teoretică și practică.

1.1. Regimul legal general al impozitelor și taxelor în România

Legiuitorul constituant a reglementat în cadrul art. 139 din Constituția României cele trei categorii de venituri fiscale ce alimentează bugetul public național (alcătuit, la rândul său, din bugetul de stat, bugetul asigurărilor sociale și bugetele locale²) – impozite, taxe și contribuții³.

Dintre cele trei categorii de venituri fiscale, în cadrul acestei prime secțiuni a analizei este inclusă o prezentare a elementelor caracteristice ale impozitului și taxei, analizând comparativ cele două venituri fiscale.

Dintr-o perspectivă istorică, profesorul Gaston Jèze definea impozitul precum o *“contribuție bănească, percepută de la persoane private, prin intermediul forței publice, cu titlu definitiv, fără o contraprestație, în scopul acoperirii cheltuielilor publice”*⁴. La nivelul legislației românești, impozitul reprezintă, din perspectiva Legii nr. 500/2002⁵, o prelevare obligatorie, fără contraprestație și nerambursabilă, efectuată de către administrația publică pentru satisfacerea necesităților de interes general, precum și din prisma Codului de procedură fiscală⁶, constituind o prelevare obligatorie, indiferent de denumire, realizată în baza legii, fără contraprestație, în scopul satisfacerii necesităților de interes general.

Astfel, pe baza definițiilor legale, impozitul are următoarele trăsături, dintre care amintim – i) constituie o prelevare obligatorie de la contribuabil, numai în baza legii; ii) nu este existentă o contraprestație sau un eventual caracter de rambursabilitate și iii) sunt colectate în scopul de a satisface necesitățile de interes general ale societății.

¹ C.F. Costaș, *Drept fiscal*, Ed. a 2-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, 2019, București, p. 13.

² Art. 138 alin. (1) din Constituția României, republicată, prevede că: “Bugetul public național cuprinde bugetul de stat, bugetul asigurărilor sociale de stat și bugetele locale ale comunelor, ale orașelor și ale județelor.”

³ Art. 139 din Constituția României, republicată, prevede că: “(1) Impozitele, taxele și orice alte venituri ale bugetului de stat și ale bugetului asigurărilor sociale de stat se stabilesc numai prin lege. (2) Impozitele și taxele locale se stabilesc de consiliile locale sau județene, în limitele și în condițiile legii. (3) Sumele reprezentând contribuțiile la constituirea unor fonduri se folosesc, în condițiile legii, numai potrivit destinației acestora.”

⁴ În varianta originală: „Une prestation de valeurs pécuniaires exigée des individus d’après des règles fixes, en vue de couvrir des dépenses d’intérêt général, et uniquement à raison du fait que les individus qui doivent les payer sont membres d’une communauté politique organisée.”, *apud* D. Șova, *Drept fiscal*, Ed. a 2-a, Ed. Solomon, 2015, București, p. 7.

⁵ M. Of. nr. 597 din 13 august 2002.

⁶ M. Of. nr. 547 din 23 iulie 2015.

Din economia textelor legale și a normelor constituționale, ar rezultă faptul că impozitele sunt datorate numai pe baza dispozițiilor legale, statul neputând să impună impozite decât în puterea unei legi, potrivit principiului *nullum impositum sine legem*. Cu toate acestea, pe baza mecanismului constituțional al delegării legislative, este recunoscut, însă numai cu titlu excepțional, prerogativa Executivului de a institui impozite, însă tot prin intermediul legii – act juridic al Parlamentului, acesta din urmă având puterea de a aproba sau respinge respectiva ordonanță⁷. Astfel, în ceea ce privește impozitele, acestea suportă un regim juridic și o reglementare complexă, urmând, a vedea ulterior, aspectele comparative, care sunt de esența acestora, raportat la altă categorie de venituri fiscale.

Taxele sunt prevăzute, cu titlu general, în cadrul Legii finanțelor publice nr. 500/2002 și a Legii finanțelor publice locale nr. 273/2006 (denumită în continuare Legea nr. 273/2006)⁸, legiuitorul definindu-le asemenea unor sume de bani achitate de către o persoană fizică sau juridică în schimbul serviciilor prestate de către un agent economic, instituție publică sau un serviciu public⁹. De asemenea, o definiție legală a taxelor este instituită și prin intermediul Codului de procedură fiscală¹⁰, conform căruia acestea reprezintă prelevare obligatorie, indiferent de denumire, realizată în baza legii, cu ocazia prestării unor servicii de către instituții sau autorități publice, fără existența unui echivalent între cuantumul taxei și valoarea serviciului. Este de observat, totuși, faptul că o caracteristică specială ce incumbă taxelor (pe lângă cele care decurg din definiția legală – *e.g.*, prelevare obligatorie a unei sume de bani, izvorul legal, inexistența unui echivalent între cuantumul taxei și serviciul prestat¹¹), neprevăzută de către legiuitor, însă recunoscută prin intermediul jurisprudenței Curții Constituționale a României - Deciziei nr. 176/2003¹² este aceea că subiectele de drept fiscal – diferiți agenți economici, autorități și instituții publice, trebuie să realizeze direct și imediat serviciul solicitat de către contribuabilul care anterior a realizat plata. Practica, ne demonstrează, însă, faptul că această condiție specială uneori ezită să fie recunoscută în cadrul raporturilor juridice curente, chestiune ce decurge din multitudinea dosarelor înregistrate pe rolul instanțelor de judecată sau contestațiilor administrative formulate de către contribuabili, ca o repercusiune a unor raporturi deficitare avute alături de organele administrației publice fiscale. Astfel, sunt unanim recunoscute atât la nivel legislativ, cât și la nivel doctrinar condițiile esențiale ale prelevării unei prestații obligatorii din partea contribuabilului, cu titlu de taxă, pentru a răspunde unui întreg ansamblu de nevoi și servicii ce pot fi materializate prin intermediul organelor administrației publice.

⁷ Art. 115, alin. (4) și (5), Constituția României.

⁸ M. Of. nr. 618 din 18 iulie 2006.

⁹ Art. 2, alin. (1) pct. 55 din Legea nr. 273/2006 prevede faptul că taxa reprezintă “suma plătită de o persoană fizică sau juridică, de regulă, pentru serviciile prestate acesteia de către un operator economic, o instituție publică ori un serviciu public.”

¹⁰ Art. 1, pct. 36, C. pr. fisc.

¹¹ M. Ene, *Drept fiscal*, ed. a 2-a, Ed. Solomon, 2022, București, p. 72.

¹² Decizia Curții Constituționale a României nr. 176/06.05.2003, publicată în M. Of. nr. 400 din 09.06.2003.

Comparativ, diferența dintre impozit și taxă este că în cazul impozitului lipsește contraprestația, pe când în ipoteza taxelor, tocmai acest caracter este de esența acestora – prestarea unui serviciu *direct și imediat* din partea statului în schimbul unei sume de bani. Astfel, în cazul impozitelor, contribuabilul este obligat să achite această prelevare în vederea satisfacerii nevoilor generale, pe când plătitorul contribuie numai în măsura în care beneficiază direct de serviciul respectiv din partea autorităților administrației publice. Mai enumerăm, de asemenea, și diferența privind cuantumul acestora, astfel încât în cazul impozitelor, cuantumul este stabilit în funcție de baza de impozitare stabilită de la caz la caz, pe când în cazul taxelor cuantumul acestora poate fi diferit, în general, depinzând de natura serviciului public prestat.

1.2. Contextul apariției unor categorii speciale de taxe

Ca o urmare inevitabilă a modificărilor și adăugirilor legislației fiscale naționale, sub aspectul satisfacerii scopului comun constând în dezvoltarea societății și a relațiilor economice, au luat naștere categorii speciale de taxe, cu precădere, în sfera administrației publice locale. Baza legală este reprezentată de art. 30 din Legea nr. 273/2006 coroborat cu art. 484 și art. 485 C. fisc., permițând autorităților publice locale¹³ instituirea unor taxe speciale, prin intermediul cărora se dorește funcționarea unor servicii publice locale, venite în sprijinul satisfacerii nevoilor contribuabilului, precum și localității respective¹⁴. Constituția și subsecvent Codul fiscal permit impunerea acestora prin acte normative infralegale (*i.e.*, hotărâri ale autorităților deliberative locale – incluzând consiliul local și consiliul județean)¹⁵. Aceste taxe speciale, introduse ca urmare a modificării Codului fiscal prin intermediul Ordonanței de Urgență nr. 25/2018¹⁶, din perspectiva doctrinei de drept financiar public¹⁷ sunt circumscrise sferei taxelor parafiscale - nefiind incidentă vreo problemă de legalitate a impunerii, în virtutea dispozițiilor legale coroborate, și a principiului autonomiei locale, recunoscut de către legislația finanțelor publice.

O altă categorie de taxe ce a suscitat comentarii în doctrină și decizii interesante în practica judiciară este reprezentată de taxele instituite în alte domenii, decât cel al funcționării serviciilor publice locale – *e.g.*, domeniul energiei, în contextul socio-politic și economic actual, astfel încât acestea pot fi considerate automat taxe? Dacă da, care ar fi considerentele avute în vedere în cazul calificării acestora drept taxe parafiscale și ce regim juridic ar îmbrățișa? Asupra descifrării acestor întrebări se

¹³ Autorități publice locale în sensul existenței unui sistem fiscal la nivel local decurgând din importanța autonomiei fiscale în consolidarea descentralizării. A se vedea, în acest sens, I.M. Costea, *Drept financiar. Note de curs*, Ed. a 6-a revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, 2020, București, p. 19.

¹⁴ Art. 484 alin. (1) C. fisc. prevede faptul că: "Pentru funcționarea unor servicii publice locale create în interesul persoanelor fizice și juridice, precum și pentru promovarea turistică a localității, consiliile locale, județene și Consiliul General al Municipiului București, după caz, pot adopta taxe speciale."

¹⁵ Art. 484 alin. (2) C. fisc.

¹⁶ M. Of. nr. 291 din 30 martie 2018.

¹⁷ S. Gherghina, *Drept financiar public*, Ed. a 2-a, Ed. CH Beck, 2021, București, pp. 45-46.

va îndrepta analiza, dorind, de asemenea, a expune, într-o manieră sintetică, trăsăturile definitorii ale taxelor parafiscale recunoscute de către doctrină, alături de scurte observații.

1.3. Aspecte teoretice privind regimul taxelor parafiscale

Creație a doctrinei și jurisprudenței exprimate atât la nivel național, cât și la nivel european, taxele parafiscale reprezintă o specie de venituri extrabugetare colectate de persoane juridice de drept privat sau drept public în temeiul unui act normativ special¹⁸.

Se extrag trei elemente definitorii din cadrul acestei definiții:

- a. taxele parafiscale constituie o specie de venituri publice extrabugetare¹⁹, ceea ce înseamnă faptul că au un regim juridic derogatoriu de la normele de drept comun, prin care sunt reglementate fondurile publice;
- b. pot fi colectate atât de persoane juridice de drept privat, cât și de persoane juridice de drept public;
- c. își au temeiul într-un act normativ special.

În ceea ce privește prima caracteristică, din analiza actelor normative adoptate la nivel național rezultă că aceste taxe au un regim juridic special - derogatoriu de la normele de drept comun în vigoare, acestea nefiind (încă) reglementate de către legiuitor sub această denumire. Aici pornește o primă dificultate pentru practicienii dreptului fiscal și financiar, și nu numai, în cazul calificării unor taxe drept taxe parafiscale – legiuitorul nu le-a oferit o reglementare expresă, fiind greu de realizat o asemenea încadrare raportat la diferențele dintre acestea și taxele obișnuite, mai ales având în vedere faptul că este de esența ambelor categorii de venituri existența contraprestației.

Din perspectiva unei interpretări sistematice, art. 2 alin. (1) C. fisc.²⁰ expune, într-o manieră exhaustivă, categoriile de taxe și impozite recunoscute, în mod expres de către legiuitor, taxele parafiscale neavând un loc asigurat în această listă. *Per a contrario*, ar rezulta faptul că taxele și impozitele nerecunoscute de către lege prin intermediul textului de bază din Codul fiscal, în cazul nostru taxele parafiscale, ar avea o natură juridică nefiscală, acestea nefiind circumscrise în mod direct sistemului unitar de venituri fiscale, din prisma reglementării exprese a acestora.

¹⁸ M. Ene, *op. cit.*, p. 78.

¹⁹ S. Gherghina, *op. cit.*, pp. 48-49.

²⁰ Art. 2 alin. (1) C. fisc. prevede faptul că: "Impozitele și taxele reglementate prin prezentul cod sunt următoarele: a) impozitul pe profit; b) impozitul pe veniturile microîntreprinderilor; c) impozitul pe venit; d) impozitele obținute în România de către nerezidenți; e) impozitul pe reprezentanțe; f) taxa pe valoarea adăugată; g) accizele; h) impozitele și taxele locale; i) impozitul pe construcții."

În aceeași direcție se îndreaptă și orientările emise de către Comisia Europeană²¹, în anul 1986, conform cărora taxele parafiscale au o natură nefiscală, însă acestea nu trebuie să fie discriminatorii sau să finanțeze activități contrare scopului și obiectivelor comunităților europene, în concordanță cu art. 12, art. 30-36 și art. 95 din Tratatul privind Instituirea Comunităților Europene²², toate aceste idei constituind punctul de plecare al unei bune guvernări fiscale și financiare la nivel internațional²³, cu respectarea atât a normelor unionale incidente în materie, cât și a principiilor fundamentale internaționale.

Asupra celui de-al doilea element definitoriu al taxelor parafiscale, constând în colectarea lor fie de către persoane juridice de drept privat, fie de către persoane juridice de drept public se impune o singură observație sub aspectul scopului urmărit²⁴, pentru care această categorie specială de taxe a fost stabilită, *i.e.*, finanțarea unei alte categorii de cheltuieli publice, ce profită unor subiecți de drept determinați, cheltuieli publice ce nu pot fi suportate prin intermediul bugetelor centrale. Altfel spus, autoritățile publice instituie astfel de taxe pentru anumite servicii solicitate de contribuabili, urmărind un scop diferit, raportat la taxele fiscale obișnuite. În privința izvorului acestor taxe, astfel cum am arătat anterior, acestea pot fi impuse prin intermediul unor acte normative speciale sau prin acte normative infralegale, *e.g.*, hotărâri ale Consiliilor Locale sau Județene, însă numai în condițiile prevăzute de Codul fiscal²⁵, respectiv în privința funcționării unor servicii publice locale, venite în sprijinul comunității (*v. supra*). În ceea ce privește caracterul persoanelor juridice de drept public de a colecta aceste taxe, cu titlu de exemplu, poate fi cazul Oficiului de Stat pentru Invenții și Mărci de a colecta, în baza art. 1 din O.G. nr. 41/1998²⁶ diferite taxe pentru cererile de brevet de invenție și brevetele de invenție, ori pentru mărci sau indicații geografice, sau Oficiul Național privind Registrul Comerțului, care, în baza art. 17 din Legea nr. 359/2004²⁷ coroborat cu art. 1 din Ordinul Ministerului Justiției nr. 2176/C/2010²⁸ poate colecta taxe privind operațiunile pe care le desfășoară.

Până la acest moment am expus contextul apariției taxelor speciale în legislația fiscală românească, precum și modalitatea în care acestea se completează cu observațiile privind taxele parafiscale/nefiscale (pentru identitate de rațiune), alături de elementele caracteristice ale acestora din urmă. În continuare, vom încerca să răspundem întrebărilor anterioare – analizând taxele ce ar putea fi impuse în alte domenii decât cel al serviciilor publice locale, cum ar fi domeniul energiei și ipoteza calificării acestora drept parafiscale, precum și implicațiile teoretice și practice decurgând din perspectiva doctrinei internaționale.

²¹ A se vedea https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_86_628, accesat ultima dată la 03.03.2023.

²² A se vedea <https://eur-lex.europa.eu/legal-content>, accesat ultima dată la 03.03.2023.

²³ M. Ene, *Rolul taxei pe valoare adăugată în politica fiscal-bugetară*, Ed. Solomon, 2019, București, p. 33.

²⁴ M. Ene, *op. cit.*, p. 79.

²⁵ Art. 484 și Art. 485, C. fisc.

²⁶ M. Of. nr. 90 din 26 februarie 1998.

²⁷ M. Of. nr. 839 din 13 septembrie 2004.

²⁸ M. Of. nr. 647 din 17 septembrie 2010.

La nivelul Uniunii Europene au fost adoptate de către Statele Membre diverse taxe legate de mediu, ce nu sunt armonizate.

La nivelul doctrinei internaționale²⁹ au fost analizate, într-o manieră complexă, modelul spaniol în ceea ce privește finanțarea energiei electrice și taxele decurgând din cadrul operațiunilor economice derivate – *e.g.*, aprovizionare, producție și distribuție. S-a pus, de asemenea, problema dacă acest model de taxare respectă toate formalitățile, antamate în paragraful anterior, și dacă ar putea servi cu titlu general – universal și în cazul altor state. Studiul, după cum vom vedea, prezintă interes pentru tema analizei, deoarece este interesantă modalitatea în care autorul a expus originea acelor taxe *derivate* – reprezentând o categorie specială, fiind circumscrise (sau nu) taxelor parafiscale.

În contextul dezvoltării pieței de liberalizare a energiei electrice, în anii 1990, în Spania, precum și sub egida dezvoltării resurselor regenerabile, Executivul spaniol a optat pentru un sistem *feed-in tariff*³⁰, ceea ce permiteau producătorilor să obțină taxe bonus la prețul pe care îl solicitau în mod curent. Practic, companiile producătoare de energie electrică³¹ puteau impune consumatorului final taxe strâns legate de procesul de achiziție, transport și distribuție a energiei electrice, venind în sprijinul generării de deficit tarifar, taxe ce în ultima perioadă au crescut considerabil³². Ulterior, în anul 2012 au avut loc câteva modificări substanțiale legislative în materia energiei electrice, venind în consolidarea sistemului *feed-in tariff*, amintit anterior, aducând, de asemenea, atât noi taxe impuse consumatorului final, cât și creșteri majore ale taxelor preexistente. În cadrul acestei categorii speciale de taxe amintim, cu titlu de exemplu, unele dintre ele, urmând ca ulterior să stabilim dacă acestea sunt circumscrise sferei taxelor parafiscale: i) taxă privind poluarea atmosferică; ii) taxă privind emisia atmosferică de gaze; iii) taxă privind prejudiciile de mediu cauzate de gazele poluante în atmosferă; iv) taxă privind emisia de faze și particule în atmosferă; v) taxă privind dezvoltarea anumitor activități care afectează mediul înconjurător³³.

Această categorie specială de taxe, ce incumbă consumatorului final, raportată la noțiunile de ordin teoretic dezvoltate, s-ar încadra segmentului privind taxele parafiscale, din următoarele considerente: i) au o origine extrabugetară, scopul acestora fiind de a acoperi deficitul bugetar; ii) sunt stabilite prin acte normative speciale, *i.e.*, Legea nr. 10/2012, reprezentând o lege specială, derogatorie de la dreptul comun în materie de energie electrică, adoptată de legislatorul spaniol și,

²⁹ J. A. Rosaz, *Seeking the Rationale of the Current Framework of Energy Taxes: Would a Tax on Electricity Production Be a Good Option? The Spanish case*, în *Energy Taxation, Environmental Protection and State Aids*, Ed. IBDF, 2016, Amsterdam, p. 131.

³⁰ *Feed-in tariff* reprezintă o politică concepută în scopul de a sprijini dezvoltarea resurselor regenerabile de energie, prin asigurarea unui preț garantat, peste nivelul pieței de producători, implicând de asemenea, contracte pe termen lung, de la 15 la 20 de ani.

³¹ Fiind doar șase companii producătoare de electricitate în Spania.

³² La început, prin intermediul Legii nr. 54/1997, companiile ce comerciau energie electrică trebuiau să acopere costurile de producție, transport, generând, pe cale de consecință un dezechilibru tarifar.

³³ J.A. Rosaz, *op. cit.*, pp. 143-144.

în final, iii) existența contraprestației realizată de către furnizor – existența acelei relații strânse, de interdependență, între furnizor (persoana juridică de drept privat) și consumatorul final.

Aceeași perspectivă este împărtășită și de către alți practicieni³⁴ ai domeniului fiscal, astfel aceste taxe speciale instituite în domeniul energiei sunt circumscrise sferei taxelor parafiscale (spre exemplu, taxa de carbon percepută pentru biletele de transport aerian comercial de pasageri cu plecare de pe aeroporturi și aerodromuri, sau taxa privind ambalajele de unică folosință pentru ambalajele fabricate din plastic sau din materiale asemănătoare) – aflate într-o continuă dezvoltare. Mai mult decât atât, în state precum Portugalia³⁵, taxele parafiscale au un regim complex și strict în ceea ce privește interpretarea și aplicarea lor, comparativ cu sistemul de drept comun al taxelor obișnuite – fiind, totodată, reglementate expres de către legiuitor, numărul lor sărind de 500.

În altă ordine de idei, întorcându-ne la întrebările care au încheiat secțiunea referitoare la contextul apariției taxelor speciale în România, pe baza practicilor observate în Peninsula Iberică, aceste taxe parafiscale instituite contribuabilului – consumatorului final/beneficiarului vin în sprijinul diferitelor activități asupra cărora finanțarea nu poate fi realizată prin bugetele de stat, însă cu respectarea principiilor fundamentale fiscale, a legislatorului european și a normelor de mediu incidente, și sunt direct aplicabile în legislația fiscală a statelor unionale, beneficiind chiar și de o reglementare și un regim complex, sub aspectul clarității obligațiilor impuse și scopul final urmărit de acestea.

2. Optica jurisprudențială

Calificarea unor taxe drept parafiscale a ridicat dificultăți și în jurisprudență, atât pentru cea la nivel național, cât și la nivel unional. Prin intermediul acestei secțiuni vom expune considerentele reținute de cele două curți – Curtea Constituțională a României și Curtea de Justiție a Uniunii Europene în cadrul unor decizii relevante în materie.

2.1. Jurisprudența Curții Constituționale a României

2.1.1. Aspecte teoretice privind principiul legalității impunerii

Pentru început, având în vedere faptul că taxele parafiscale nu au o reglementare expresă în legislația fiscală, sub această denumire, se pot ridica probleme privind legalitatea impunerii acestora. După cum am arătat anterior, în doctrina de drept financiar public, nu este recunoscută o eventuală încălcare a principiului legalității impunerii consacrat de legiuitorul constituțional, cel puțin sub

³⁴ A se vedea <https://www.vda.pt>, accesat ultima dată la 02.03.2023.

³⁵ *Ibidem nr. 34.*

aspectul taxelor privind funcționarea unui serviciu public (v. *supra*), însă ce presupune cu adevărat acest principiu al legalității impunerii? Care sunt implicațiile concrete ale acestuia și modalitatea în care impactează raporturile juridice de drept fiscal?

Legalitatea este un principiu prevăzut de art. 137 din Constituția României³⁶, prin care legiuitorul constituant a statuat obligativitatea, într-o manieră expresă, reglementării prin lege a tuturor aspectelor ce vizează banul public – principiu extrem de important, sub aspectul excluderii posibilității reglementării primare a unor instituții fundamentale pentru societate prin acte normative ale puterii executive³⁷. De asemenea, același principiu fundamental a fost abordat în doctrină³⁸ dintr-o dublă perspectivă – în primul rând obligația fiscală de esență constituțională, și, în al doilea rând, obligația fiscală datorată statului sau unităților administrativ – teritoriale. Asupra primului aspect este relevantă obligația corelativă a organelor administrației publice, decurgând din obligația cetățenilor de a contribui la constituirea fondurilor publice. Altfel spus, organele administrative trebuie să utilizeze fondurile în scopul satisfacerii nevoilor contribuabilului, și asupra dezvoltării societății. Asupra celui de-al doilea aspect, cu toate că autoritățile deliberative pot institui categorii speciale de taxe, în funcție de circumstanțele concrete, acestea tot prin lege – privit ca act juridic al Parlamentului (sau, prin intermediul mecanismului delegării legislative, pe calea unor ordonanțe ale Guvernului, cu respectarea condițiilor constituționale prevăzute de lege) trebuie instituite. Codul fiscal permite derogarea de la acest regim de drept comun prin intermediul art. 484 alin. (1), însă poate fi același tratament aplicabil și altor taxe cu caracter special – taxele parafiscale? Putem, printr-o interpretare extensivă, să aplicăm același regim și altor categorii speciale de taxe fără să încălcăm principiile fundamentale ale finanțelor publice? Asupra acestor două chestiuni se va îndrepta analiza, urmând a precede la expunerea argumentelor reținute în două decizii *celebre* ale Curții Constituționale în materia taxelor parafiscale, recunoscute și de către doctrina națională de drept fiscal și financiar.

2.1.2. Aspecte privind deciziile relevante în materie

Prin intermediul **Deciziei nr. 892/2012**³⁹ a fost soluționată o excepție de constituționalitate în legătură cu dispozițiile Legii nr. 35/1994 privind timbrul literar, cinematografic, teatral, muzical, folcloric, al artelor plastice, al arhitecturii și de divertisment, Aceste sume încasate reprezentate de valoarea timbrului se virează către organizațiile de creatori – persoane juridice de drept privat. Curtea reține faptul că taxele parafiscale au o reglementare eterogenă, neintrând în categoria

³⁶ Art. 137, alin. (1) din Constituția României, republicată prevede că: "Formarea, administrarea, întrebuințarea și controlul resurselor financiare ale statului, ale unităților administrativ-teritoriale și ale instituțiilor publice sunt reglementate prin lege."

³⁷ D. D. Șaguna, O. G. Molea, D. C. Văduva, *Drept financiar public*, Ed. a 7-a, Ed. CH Beck, 2019, București, p. 3.

³⁸ M. Ene, *op. cit.*, p. 29.

³⁹ Decizia Curții Constituționale a României nr. 892/25.20.2012, publicată în M. Of. nr. 849 din 14.12.2012.

impozitelor, ci, mai degrabă, în categoria taxelor speciale. În aceeași ordine de idei, Curtea a definit taxele parafiscale, subliniind o diferență între acestea și impozitele, respectiv taxele fiscale, constând în constituirea acestora ca venituri extrabugetare, ce vin în sprijinul complinirii ceea ce prin intermediul bugetelor publice nu se finanțează. Rezultând din aceste noțiuni, taxele parafiscale pot fi considerate *veritabile dezmembrăminte* ale impozitelor și taxelor fiscale, împrumutând câteva trăsături de la fiecare. Sub aspectul colectării acestora, taxele parafiscale se colectează pentru a se acoperi nevoile generale și comune ale societății (v. *supra*) numai de la persoanele fizice și/sau juridice care sunt vizate în mod expres de reglementările legale care au instituit respectivele taxe, exclusiv în scopul asigurării unor venituri complementare la dispoziția beneficiarilor legali ai acestor fonduri. În final, Curtea reține că, desi această categorie specială de taxe poate ridica o serie de dificultăți, atât din perspectiva regimului mixt impozit – taxă avut, cât și din perspectiva obligațiilor ce incumbă plătitorului, ar fi, totuși, un aspect pozitiv constând în degrevarea bugetului și o așezare cât mai echitabilă și justă a obligațiilor fiscal între diferitele categorii de contribuabil – *e.g.*, *publicul țintă* vizat de impunerea taxelor parafiscale. Astfel, Curtea Constituțională precede la calificarea taxelor privind timbrul literal, cinematografic ș.a. în cadrul taxelor parafiscale, vizând atât caracteristicile proprii ale acestora, precum și regimul mixt, împrumutat de la alte categorii de venituri. Un aspect important este reprezentat și de modalitatea de impunere a acestor taxe, putând fi impuse atât prin intermediul legii (sau a actelor cu putere de lege), cât și prin intermediul unor hotărâri ale autorităților deliberative, ceea ce face, pe lângă chestiunile expuse anterior, și subiectul încadrării acestora în sfera taxelor speciale reglementate de Codul fiscal.

Decizia nr. 263/2013⁴⁰, constituie, de asemenea, o speță elocventă în materie de taxe parafiscale, însă, acum, obiectul impunerii este diferit – finanțarea unor cheltuieli în domeniul sănătății (sau *taxa claw – back*, într-o denumire alternativă). Curtea a fost investită să se pronunțe asupra instituirii, prin intermediul unei Ordonanțe de Urgență, a unei taxe speciale, ce incumba deținătorilor autorizațiilor de punere pe piață a medicamentelor sau reprezentanților legali ai acestora, urmărind obligația de a plăti, trimestrial, o contribuție calculată printr-o formulă specială. Aceasta a fost contestată sub aspectul legalității instituirii, taxa fiind impusă prin intermediul unui act legislativ delegat. Curtea a precedat la analiza acestora, calificând această taxă de claw – back fiind o taxă parafiscală, pe baza următoarelor considerente: i) este o categorie distinctă, special, având un regim juridic mixt, împrumutând, de data aceasta, trăsături specific contribuțiilor fiscale; ii) această taxă de claw – back este legal dirijată în favoarea instituțiilor și/sau organismelor cărora statul consider că le este necesar, și iii) au regimul unor venituri complementare, extrabugetare, suplinind un eventual deficit bugetar, existând, sub acest aspect, o identitate perfectă privind condițiile statuate de către doctrină.

⁴⁰ Decizia Curții Constituționale a României nr. 263/21.05.2013, publicată în M. Of. nr. 418 din 10.07.2013.

Astfel, prin expunerea acestor considerente avute în calcul de către Curtea Constituțională, denumită în literatura de specialitate o autoritate publică politico – jurisdicțională, garant al Constituției⁴¹ în descifrarea unor probleme practice, cu reverberații constituționale, remarcăm faptul că aceste taxe reprezintă o categorie specială, care împrumută, câte puțin, din cele trei venituri fiscale, având un regim juridic eterogen.

Însă, putem vorbi despre un veritabil caracter de constituționalitate al acestor taxe, având în vedere că Legea fundamentală are în vedere, în mod expres, impozitele, taxele (fiscale) și contribuțiile sociale obligatorii (toate având caracter bugetar)?

2.1.3. Instituirea unor taxe parafiscale este constituțională?

S-a stabilit faptul că în cazul taxelor parafiscale poate fi incidentă problema constituționalității din perspectiva actului normativ care le impune și a destinației extrabugetare. La o primă vedere ar părea numai că actele normative ce impun veniturile bugetare ar fi în concordanță cu textul constituțional⁴². La o atentă analiză a prevederilor art. 139 alin. (3) din Constituția României⁴³, acest text ar permite, cu titlu general, și instituirea acestei categorii speciale de taxe – venind în sprijinul îmbunătățirii sistemului economico – financiar național. Impunerea taxelor parafiscale, pe cale de interpretare, ar fi benefică, dintr-o perspectivă împărășită și expusă anterior a Curții Constituționale, întrucât ar degreva bugetul în ceea ce privește suportarea/acoperirea cheltuielilor, și ar fi o așezare justă și echitabilă a sarcinilor (ne)fiscale pentru diferite categorii de contribuabili, chestiuni ce ar fi compatibile cu principiile constituționale⁴⁴.

2.2. Jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene

2.2.1. Aspecte privind aplicabilitatea Dreptului Uniunii Europene în cadrul raporturile juridice de drept fiscal născute în România

Regimul juridic și implicațiile de natură fiscală a acestei categorii speciale de taxe a ridicat probleme și la nivel european, astfel încât se impun câteva observații privind legătura raportului juridic de drept fiscal născut în România și normele unionale, precum și modalitatea concretă în care deciziile luate la nivelul autorităților jurisdicționale europene *i.e.*, Curtea de Justiție a Uniunii Europene sunt obligatorii și pot fi considerate un precedent pentru dreptul fiscal român.

⁴¹ I. Muraru, E.-S. Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice Vol. II*, Ed. a 15-a, Ed. CH Beck, 2017, București, p. 272.

⁴² Art. 139, alin. (1) din Constituția României, republicată.

⁴³ Art. 139, alin. (3) din Constituția României, republicată, prevede că: "Sumele reprezentând contribuțiile la constituirea unor fonduri se folosesc, în condițiile legii, numai potrivit destinației acestora."

⁴⁴ M. S. Minea, *Despre constituționalitatea taxelor parafiscale în România*, temă prezentată în cadrul unui colocviu internațional numit "Curțile constituționale și doctrina – un dialog posibil" (<https://vdocuments>), accesat ultima dată la 03.03.2023.

Este recunoscut faptul că legiuitorul a reglementat și norme care permit desfășurarea unei relații internaționale privind legislația internă – legislația europeană, în contextul aderării României la Uniunea Europeană, la 1 ianuarie 2007. Printre aceste norme amintim, cu titlu de exemplu, prevalența dispozițiilor europene în cazul unui conflict ivit în legătură cu o normă internă⁴⁵ și prioritatea normelor substanțiale de drept fiscal prevăzute de tratatele la care România este parte, în ipoteza unui dezacord cu o regulă națională⁴⁶.

În domeniul fiscalității, Dreptul Uniunii Europene cunoaște o reglementare complexă. Există norme unionale în materie de impozite directe privind tratamentul fiscal al operațiunilor comerciale transfrontaliere, impozite indirecte privind taxa pe valoare adăugată, accize și taxe vamale și alte materii mai ales în ceea ce privește aplicabilitatea convențiilor de evitare a dublei impuneri, în materia cooperării financiare, fiscale și administrative a statelor membre. În materie fiscală și nu numai, dreptul Uniunii Europene are aplicabilitate directă și cunoaște o forță juridică superioară chiar și în cazul Legii fundamentale, cu excepția cazului în care această ar reglementa o norma mai favorabilă decât cele preexistente unionale⁴⁷. O practică des întâlnită și uzitată de către practicienii dreptului fiscal și financiar în ipoteza unor reglementări divergente privind relația dreptul intern – dreptul european, constă în trimerile preliminare adresate Curții de Justiție a Uniunii Europene. Prin intermediul acestora, Curtea de Justiție nu poate invalida norma internă contrară a dreptului unional, ci poate doar constata neconformitatea acesteia cu standardele impuse de către legislatorul european - astfel, judecătorul intern fiind obligat să prioritizeze aplicarea normei fiscale unionale.

În doctrină⁴⁸ a fost subliniat aspectul privind importanța deciziile Curții de Justiție a Uniunii Europene, aceasta din urmă modelând și modificând legislația internă a statelor membre ce încalcă regulile de drept unionale. Hotărârile Curții de Justiție a Uniunii Europene au aplicabilitate directă și pot fi invocate oricând în fața instanțelor naționale, și nu numai.

Observăm, în această manieră, aspectul potrivit căruia Curtea de Justiție a Uniunii Europene ar avea un rol de protector al legislației fiscale unionale, sancționând, de la caz la caz, normele statelor interne ce contravin acestora. După cum am menționat anterior, jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene este foarte bogată în materie fiscală, însă vom expune câteva decizii în care a fost, în mod indirect, recunoscut conceptul de taxă parafiscală, și implicațiile practice ale acesteia.

⁴⁵ Art. 148 din Constituția României, republicată.

⁴⁶ Art. 1 alin. (3) C. fisc.

⁴⁷ M. A. Dumitrașcu, R.-M. Popescu, *Dreptul Uniunii Europene, Sinteze și aplicații*, Ed. a 2-a revizuită și adăugită, Ed. Universul Juridic, 2015, București, p. 137.

⁴⁸ M. Ene, *op. cit.*, p. 24.

2.2.2. Aspecte privind deciziile relevante în materie

În cauza **Comisia v. Franța**⁴⁹, Curtea de Justiție a recunoscut vinovăția statului francez pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor privind impunerea unei taxe minime pentru electricitate, la nivel național, chestiune ce a fost contrară Directivei nr. 2003/96/CE. Întorcându-ne la discuția anterioară privind impunerea unei categorii speciale de taxe în legătură cu domeniul energiei, statul francez s-a apărat împotriva acuzațiilor, invocând faptul că au fost impuse o serie de taxe locale, stabilite tot în domeniul energiei (îmbrăcând mai mult forma unor impozite indirecte), instituite prin intermediul Directivei 2008/118/EC, chestiune ce a fost contraargumentată de judecătorii europeni în sensul în care impunerea unor taxe speciale privind energia electrică la nivel local, care ar putea fi diferite de la o regiune la alta ar putea naște divergențe în sensul în care trebuie analizat scopul instituirii pentru a vedea dacă sunt circumscrise, sau nu directivei sus-menționate. Această decizie prezintă relevanță sub aspectul faptului că organul jurisdicțional în cauză recunoaște conceptul de taxă parafiscală, însă sub o altă formă, apropiindu-se mai mult de sfera impozitelor. Impunerea acestora este permisă în vederea satisfacerii unui alt scop determinat, diferit de cel al alimentării bugetelor centrale, chestiune ce se identifică cu doctrina și jurisprudența națională.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene a recunoscut acest concept și în cadrul altor decizii, printre care amintim cauza **Hermann**⁵⁰, prin intermediul căreia Curtea a statuat, făcând trimitere și la cauza sus-menționată, faptul că pot fi impuse categorii speciale de taxe, însă trebuie urmărit un scop definit și determinat, extrabugetar. Și în acest caz, Curtea preferă termenul de *impozit indirect*, însă din punct de vedere al chestiunilor reținute acesta este foarte apropiat de conceptul de taxă parafiscală. În contextul pronunțării acestei hotărâri, Curtea a confirmat practica jurisprudențială îmbrățișată și în cauza **Comisia v. Franța**, statuând faptul că, pe lângă urmărirea unui scop precis în vederea colectării acestei categorii deosebite de taxe, trebuie să fie respectate și normele fiscale aplicabile în scopuri de accize și taxa pe valoare adăugată în ceea ce privește stabilirea bazei de impozitare, calcularea impozitului, exigibilitatea și monitorizarea impozitului, la nivel european.

2.3. O eventuală uniformizare a jurisprudenței

Remarcăm, în pofida situațiilor complexe și nenumărate ce pot apărea în practică – atât la nivel intern, cât și la nivel internațional, ipoteza în care o categorie specială de taxe poate fi circumscrisă parafiscalității.

⁴⁹ Disponibilă aici: <https://curia.europa.eu>, accesat ultima dată la 03.03.2023.

⁵⁰ Disponibilă aici: <https://curia.europa.eu>, accesat ultima dată la 03.03.2023.

Din perspectiva armonizării legislației și a jurisprudenței, observăm că nici la nivel european (cu câteva excepții⁵¹, însă) lucrurile nu sunt substanțial clare, sub aspectul originii și regimului taxelor parafiscale. Poate că, în spiritul consolidării și dezvoltării europene⁵², dar și a relațiilor internaționale între statele membre și organele jurisdicționale europene, ar fi oportună o clarificare și uniformizare a legislației privind instituirea unor taxelor speciale și tranșarea chestiunilor ce țin de regimul juridic și originea lor. Însă, după cum am spus la început, dreptul fiscal se află într-o continuă mișcare și dezvoltare, la fel și problemele practice ce decurg din aplicarea acestuia, fapt ce ar face destul de dificil impunerea *de lege lata* unui instrument legislativ ce (aparent) ar stabiliza toate situațiile în care ne aflăm în prezența unei taxe speciale, ce nu poate fi încadrată în categoriile clasice.

Concluzii - Între deziderat și necesitate

După cum afirma S. Adams⁵³: „*Dacă ne sunt impuse impozite fără ca noi să avem o reprezentare legală acolo unde sunt puse, suntem reduși de la caracterul de supuși liberi la statul de sclavi tributari.*” Poate exprimarea folosită de către autor este puțin prea dură, însă, un sâmbure de adevăr tot există. *De lege ferenda*, o reglementare legislativă expresă a taxelor parafiscale, ar fi adecvată din două perspective: i) ar stabili regimul juridic concret al acestora, știind căreia categorii vor fi încadrate cu exactitate, și ii) ar tranșa chestiunile legate de constituționalitatea acestora, din prisma legalității impunerii.

Pe cale de consecință, legislația fiscală este perfectibilă. Poate că în viitor, în eventualitatea unui nou set de modificări ale legislației fiscale naționale, legiuitorul va avea în vedere și taxele parafiscale, stabilind pentru acestea un regim fiscal expres.

⁵¹ Vorbim despre reglementările adoptate de Portugalia, Spania, Țările Nordice, unde taxele parafiscale au o reglementare complexă și reprezintă un instrument uzitat de către legiuitor.

⁵² V. Stoica (coord.), *CJUE și CCR - Identități în dialog*, Ed. Universul Juridic, 2022, București, p. 15.

⁵³ În varianta originală: “*If taxes are laid upon us without our having a legal representation where they are laid, we are reduced from the character of free subjects to the state of tributary slaves.*” (<https://www.azquotes.com>), accesat ultima dată la 03.03.2023.

Bibliografie

Resurse tipărite:

1. Marilena Ene, *Drept fiscal*, Ed. a 2-a, Ed. Solomon, 2022, București.
2. Marilena Ene, *Rolul taxei pe valoare adăugată în politica fiscal-bugetară*, Ed. Solomon, 2019, București.
3. Simona Gherghina, *Drept financiar public*, Ed. a 2-a, Ed. CH Beck, 2021, București.
4. Simona Gherghina, Monica-Amalia Rațiu, *Legislația finanțelor publice* (actualizată la 5 decembrie 2022), Ed. CH Beck, 2022, București.
5. Cosmin-Flavius Costas, *Drept fiscal*, Ed. a 2-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, 2019, București.
6. Ioana-Maria Costea, *Drept financiar. Note de curs*, Ed. a 6-a revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, 2020, București.
7. Mihaela-Augustina Dumitrașcu, Roxana-Maria Popescu, *Dreptul Uniunii Europene, Sinteze și aplicații*, Ed. a 2-a revizuită și adăugită, Ed. Universul Juridic, 2015, București.
8. Augustin Fuerea, *Tratatele fundamentale ale Uniunii Europene*, Ed. CH Beck, 2015, București.
9. Ioan Muraru, Simina-Elena Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice Vol. II*, Ed. a 15-a, Ed. CH Beck, 2017, București.
10. Jose A. Rozas, *Seeking the Rationale of the Current Framework of Energy Taxes: Would a Tax on Electricity Production Be a Good Option? The Spanish case*, în *Energy Taxation, Environmental Protection and State Aids*, Ed. IBDF, 2016, Amsterdam.
11. Dan Drosu Șaguna, Diana Văduva, Georgiana Molea, *Drept financiar public*, Ed. a 7-a, Ed. CH Beck, 2019, București.
12. Valeriu Stoica (coord.), *CJUE și CCR - Identități în dialog*, Ed. Universul Juridic, 2022, București.

Resurse digitale:

1. Timeea Ciudin, Ingrid Miclăuș, *Despre regimul juridic al taxelor parafiscale*, publicat pe juridice.ro (<https://www.juridice.ro/672313/despre-regimul-juridic-al-taxelor-parafiscale>), accesat ultima dată la 02.03.2023.
2. Mircea-Ștefan Minea, *Despre constituționalitatea taxelor parafiscale în România*, temă prezentată în cadrul unui colocviu internațional numit "Curtile constituționale și doctrina – un dialog posibil?" (<https://vdocuments>), accesat ultima dată la 03.03.2023.
3. Tiago Marreiros Moreira, Filipe de Vasconcelos Fernandes, *The evolution of green taxation in Portugal* (<https://www.vda.pt>), accesat ultima dată la 02.03.2023.

4. Decizia Curții Constituționale a României nr. 892/25.20.2012, publicată în M. Of. nr. 849 din 14.12.2012 (<https://monitoruloficial.ro>), accesat ultima dată la 03.03.2023.
5. Decizia Curții Constituționale a României nr. 263/21.05.2013, publicată în M. Of. nr. 418 din 10.07.2013 (<https://monitoruloficial.ro>), accesat ultima dată la 03.03.2023.
6. Decizia Curții Constituționale a României nr. 176/06.05.2003, publicată în M. Of. nr. 400 din 09.06.2003 (<https://monitoruloficial.ro>), accesat ultima dată la 03.03.2023.
7. C – 337/98, Comisia v. Franța, Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 5 octombrie 2000 (<https://curia.europa.eu>), accesat ultima dată la 03.03.2023.
8. C – 491/03, Hermann v. Stadt Frankfurt am Main, Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 10 martie 2005 (<https://curia.europa.eu>), accesat ultima dată la 03.03.2023.
9. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_86_628, accesat ultima dată la 03.03.2023.
10. <https://www.azquotes.com>, accesat ultima dată la 03.03.2023.
11. <https://curia.europa.eu>, acesta ultima dată la 03.03.2023.

Analiza evolutivă a consacrării egalității de gen în politicile și acțiunile Uniunii Europene

Evolutionary analysis of the enshrinement of gender equality in European Union policies and actions

Analyse évolutive de la consécration de l'égalité femmes-hommes dans les politiques et actions de l'Union Européenne

Rebeca-Andreea PESTRIȚU - anul III, grupa 318

coordonator: lector dr. Oana Mihaela SALOMIA

PREMIUL III

Rezumat: Această lucrare își propune să evidențieze evoluția consacrării egalității de gen, din perspectiva dreptului Uniunii Europene. Lucrarea va pleca de la analiza egalității de tratament între femei și bărbați la nivel conceptual, istoric, jurisprudențial și legislativ și va aborda tema dintr-o perspectivă evolutivă, valorificând doctrina în acest domeniu, în ceea ce privește dreptul Uniunii Europene, dreptul constituțional și dreptul muncii.

Cuvinte-cheie: egalitate de gen, discriminare, drepturile omului, Uniunea Europeană;

Abstract: This paper aims to highlight the evolution of gender equality from the perspective of European Union law. The paper will start from the analysis of equal treatment between women and men at the conceptual, historical, jurisprudential and legislative level and will approach the topic

from an evolutionary perspective, drawing on the doctrine in this field, in terms of European Union law, constitutional law and labour law.

Keywords: gender equality, discrimination, human rights, European Union;

Résumé: Le document part de l'analyse de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes au niveau conceptuel, historique, jurisprudentiel et législatif et aborde le sujet dans une perspective évolutive, en s'appuyant sur la doctrine dans ce domaine, en termes de droit de l'Union européenne, de droit constitutionnel et de droit du travail.

Mots-clés: égalité des sexes, discrimination, droits de l'homme, Union Européenne;

1. Introducere

În primul rând, înainte de a trece la analiza efectivă a principiului egalității de gen, consider importantă motivația din spatele alegerii acestei teme. În contextul în care informația este cu un pas mai aproape de noi, poate mai aproape ca niciodată până acum, încă există foarte multă dezinformare cu privire la egalitatea drepturilor dintre femei și bărbați.

Poate la prima vedere nu pare a fi cazul secolului în care trăim, însă după ce acordăm puțină atenție în jurul nostru, vom observa că nu de puține ori, lucru cel mai adesea întâlnit pe rețelele de socializare ce devin tot mai populare, există și se transmit mesaje care minimizează importanța principiului egalității de gen sau chiar se împărtășesc opinii conform cărora femeia este redusă la a fi doar o cale către reproducere sau ființa mai puțin rațională, dezavantajată din punct de vedere biologic, căci „femeile sunt mai sensibile”, sunt „sexul mai slab”.

Sunt de părere că aceste afirmații nu sunt adevărate pentru că, așa cum istoria ne arată, fiecare dintre noi este important în societate. Oamenii sunt ființe care, fie că își dau sau nu seama, se completează unii pe alții, și nu există vreun membru al colectivității care să nu merite să îi fie respectate drepturile.

Astfel, consider că, având acces la informații la un nivel academic, este de datoria noastră să atragem atenția asupra anumitor acțiuni negative repetate, deoarece pot deveni, insesizabil, reflexe ale colectivității. De asemenea, acest lucru nu este valabil numai în cazul egalității de gen, ci și în cazurile de discriminare pe bază rasială, orientare sexuală sau identitate de gen și nu numai.

2. Istoric

Pentru a putea aprofunda tematica egalității de gen, am considerat importantă cercetarea trecutului acesteia. Încă de la începuturile mișcării feministe, până la prezentul pe care îl trăim cu toții, egalitatea de gen și drepturile femeilor, în general, au suferit modificări, iar acest lucru s-a reflectat și în legislația statelor membre ale Uniunii Europene, precum și în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene.

Fiecare schimbare socio-economică ce implică drepturile femeilor s-a dovedit a avea, de cele mai multe ori, un impact economic considerabil, având în vedere dreptul la salarizare egală, accesul egal pe piața muncii și dreptul la asigurări sociale și sisteme de pensii¹.

Mișcarea feministă a fost și este un manifest, coordonat de femeile și bărbații care luptă pentru a atinge egalitatea de tratament și pentru a îmbunătăți viețile femeilor, ca grup social.

În istoria mișcării feministe putem descoperi inegalitățile dintre femei și bărbați, nevoile femeilor în diferite momente de dezvoltare a societății și modul în care societatea patriarhală a marcat percepția colectivă în ceea ce privește rolul femeii în societate. În primul rând, femeile și-au dorit să fie considerate membri activi ai societății, să poată contribui la viitorul lor și al urmașilor lor: dreptul la vot și dreptul la proprietate. Egalitatea în drepturi dintre femei și bărbați reprezintă unul dintre obiectivele celui de-al doilea val al feminismului, alături de antidiscriminare. Nu în ultimul rând, cel de-al treilea val al feminismului a început în anul 1990, după ce al doilea val a fost perceput, în mod greșit, ca un mod de a privilegia femeile².

În prezent, egalitatea de tratament între femei și bărbați reprezintă unul dintre principiile de bază ale Uniunii Europene, fiind totodată una dintre valorile protejate de aceasta. Egalitatea de gen se bucură de consacrare expresă și de protecția oferită de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, prin jurisprudența sa bogată pe această temă.

¹ A se vedea cazurile "Defrenne I", "Defrenne II" și "Defrenne III".

² [Www.history.com \(https://www.history.com/topics/womens-history/feminism-womens-history\)](https://www.history.com/topics/womens-history/feminism-womens-history), accesat în data de 24 februarie, ora 19:56.

Însă, realitatea de astăzi a fost, la un moment dat, numai un vis pentru femei. În anul 1957, odată cu semnarea Tratatului de la Roma, a fost introdus principiul egalității remunerației pentru munca egal prestată - art. 119 din Tratatul de instituire a Comunității Economice Europene. Odată cu acest moment, s-a născut și obligația comunitară de a se asigura că femeilor, precum și bărbaților, le este respectat acest drept. Prin politica și prin acțiunile sale din următoarele decenii, Uniunea a demonstrat preocuparea deosebită în ceea ce privește egalitatea de tratament în fața legii, domeniul măsurilor specifice de a avansa femeile din punct de vedere profesional, precum și familiarizarea și integrarea dimensiunii de gen³.

Franța a fost printre primele țări care au legiferat în sensul egalității de tratament între femei și bărbați în materia plății egale pentru muncă egală. Odată cu mișcarea generală care punea accentul pe discriminarea pe bază de sex, aceasta avea să devină una dintre cele mai populare legi europene. Până la semnarea Tratatului de la Amsterdam, exista deja un acord prin care se extindea sfera salarizării egale, ajungând la egalitate de șanse și tratament egal în toate problemele referitoare la forța de muncă și ocuparea acesteia⁴.

De asemenea, legislația Uniunii Europene și jurisprudența Curții de Justiție au reușit să aducă în vedere respectarea drepturilor femeilor, precum cele referitoare la sarcină, concediul de maternitate sau hărțuirea sexuală. Prin Tratatul de la Amsterdam, semnat în 1997 și intrat în vigoare în 1999, s-a introdus obligația de a incorpora dimensiunea de gen în toate politicile și instituțiile Uniunii, lucru nemaîntâlnit până atunci. Însă, voi pune accentul pe politica Uniunii Europene cu referire la egalitatea de gen, precum și pe jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene în secțiunile dedicate acestora.

3. Delimitări conceptuale

Pentru a putea analiza corect fiecare noțiune, este necesar să facem câteva precizări legate de însemnătatea unor termeni folosiți. Fiecare dintre aceștia reflectă o altă latură, o altă nuanță a temei și merită evidențiați ca atare.

Astfel, în ceea ce privește principiul egalității de tratament, acesta presupune prohibiția discriminării persoanelor motivate de rasă, sex, religie sau convingeri, orientare sexuală, stare civilă, naționalitate sau apartenență la un grup etnic, handicap și nu numai. Aceasta fiind definiția generală,

³ Conform Cartei Europene pentru egalitate, www.charter-equality.eu, accesat în data de 20 februarie 2023, ora 19:35.

⁴ Simon Usherwood, John Pinder, *Uniunea Europeană. O foarte scurtă introducere*, ed. Litera, București, 2020.

putem crea o analiză amănunțită asupra fiecărui tip de discriminare, însă ne vom concentra de această dată numai pe discriminarea pe bază de sex.

Egalitatea de gen se referă la egalitatea între femei și bărbați în ceea ce privește tratamentul, drepturile, oportunitățile și responsabilitățile acestora, precum și realizările lor economice și sociale. Putem considera acesta un obiectiv primordial, ce este atins atunci când nu există diferențieri de tratament între bărbații și femeile care activează în vastele domenii ale societății și atunci când interesele acestora, fie ele economice, sociale sau de altă natură, precum și nevoile și prioritățile acestora sunt evaluate în mod egal.

Nediscriminarea, respectiv dreptul la nediscriminare, presupun atât atitudinea pozitivă, cât și cea negativă, fiind un standard multivalent⁵ cu aplicare în materia drepturilor omului. În latura pozitivă, ne referim la atitudinea unei persoane de a fi conștient de diferențele între persoanele întâlnite în societate și de a le respecta, indiferent de acestea. În ceea ce privește latura negativă, ne referim la atitudinea unei persoane care este alimentată de un fals sentiment de superioritate, considerând că persoana de lângă el nu trebuie să fie respectată din motive ce țin de elementele identității sale, precum orientarea sexuală, apartenența la un grup etnic.

Discriminarea pozitivă se referă la măsurile adresate unui anumit grup care, de-a lungul istoriei, a fost supus unei discriminări sistematice, măsurile având scopul de a preveni repetarea actelor de discriminare sau compensarea dezavantajelor rezultate din asemenea atitudini, comportamente și structuri. Cu toate acestea, discriminarea pozitivă nu este și nu trebuie să reprezinte un instrument prin care să se aducă avantaje nemeritate unor grupuri sociale.

Prin asimilarea acestor termeni, suntem cu un pas mai aproape de a recunoaște comportamentele discriminatorii și de a înțelege impactul pe care acestea îl au asupra persoanelor vizate, la nivel micro, și a societății, la un nivel macro. Nu în ultimul rând, prin cunoașterea acestor termeni, sancționarea comportamentelor contrare dreptului la nediscriminare va deveni, sper eu, un reflex colectiv firesc.

4. Consacrare legislativă

În cele ce urmează, mi-am propus să analizez consacrarea legislativă a principiului egalității de tratament între femei și bărbați, consultând atât dreptul primar, în speță Tratatul fundamental

⁵ Maria-Beatrice Berna, *Curtea Europeană a Drepturilor Omului: repere teoretice și analiză jurisprudențială*, ed. I.R.D.O., 2020, București, p. 141.

ale Uniunii Europene, precum și dreptul secundar, anume regulamentele, deciziile, directivele, recomandările și opiniile relevante în materie.

*“Principiul egalității nu exclude menținerea sau adoptarea de măsuri care să prevadă avantaje specifice în favoarea sexului subreprezentat”*⁶. Este un citat despre care cred că prezintă relevanță în analiza principiului egalității de tratament. Astfel, nu ar reprezenta o acțiune discriminatorie adoptarea de măsuri care să avantajeze anumite categorii sociale, în speță sexul subreprezentat.

Tratatele Uniunii Europene prevăd expres⁷ principiul egalității de gen, fiind consacrat de articolele 2 și 3 alin. (2) din Tratatul privind Uniunea Europeană. Astfel, egalitatea de tratament între femei și bărbați reprezintă atât o valoare fundamentală a cărei nerespectare atrage răspunderea politică potrivit art. 7 din Tratatul privind Uniunea Europeană, cât și un obiectiv specific la nivel unional.

De asemenea, Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene consacră articolul 8⁸ care impune ca unul dintre obiectivele principale ale Uniunii să fie promovarea egalității între femei și bărbați și articolul 157 alin (1)⁹, care se referă la protecția lucrătorilor de sex feminin și sex masculin în raporturile de muncă.

Dreptul Uniunii Europene are abilitatea de a particulariza laturile principiului egalității de gen, reglementând distinct situațiile unde atenția la detalii trebuie sporită, anume atunci când femeile desfășoară activități profesionale independente, în cazul existenței unor dizabilități și nu numai.

În ceea ce privește dreptul secundar, așa cum am enunțat și anterior, Dreptul Uniunii Europene are abilitatea de a reglementa anumite situații de o dificultate accentuată. Cu titlu exemplificativ, putem enunța acte ce oferă o protecție sporită, precum Rezoluția Parlamentului European din 11 decembrie 2013, referitoare la femeile cu dizabilități¹⁰.

De asemenea, prin Directiva 76/207/CEE, s-a reglementat¹¹ punerea în aplicare a principiului egalității de tratament în ceea ce privește accesul la încadrarea în muncă, formarea și promovarea profesională, precum și în domeniul condițiilor de muncă.

⁶ Alina Gentimir, *Drepturile omului în Uniunea Europeană*, ed. Universul Juridic, 2021, București, p. 111.

⁷ “Uniunea combate excluziunea socială și discriminările și promovează justiția și protecția sociale, *egalitatea dintre femei și bărbați*, solidaritatea între generații și protecția drepturilor copilului”.

⁸ “În toate acțiunile sale, Uniunea urmărește să elimine inegalitățile și să promoveze egalitatea dintre femei și bărbați”.

⁹ “(1) Fiecare stat membru asigură aplicarea principiului egalității de remunerare între lucrătorii de sex masculin și cei de sex feminin, pentru aceeași muncă sau pentru o muncă de aceeași valoare”.

¹⁰ Rezoluția Parlamentului European din 11 decembrie 2013 referitoare la femeile cu dizabilități (2013/2065(INI)), OJ C 468, 15.12.2016, pp. 128-139.

¹¹ “Prezenta directivă nu aduce atingere măsurilor de promovare a egalității de șanse între bărbați și femei, în special prin înlăturarea inegalităților de fapt care afectează șansele femeilor în domeniile menționate la articolul 1 alineatul (1)”.

În plus, prin Regulamentul nr. 1303/2013, Comisia asigură luarea în considerare și promovarea egalității dintre bărbați și femei și a integrării perspectivei egalității de gen pe toată durata pregătirii și implementării programelor, inclusiv în ceea ce privește monitorizarea, raportarea și evaluarea. Astfel, se asigură respectarea principiului egalității de gen în toate etapele de implementare a programelor¹².

În ceea ce privește principiile generale de drept, acestea reprezintă o parte din dreptul unional, deci trebuie analizate în conformitate cu acesta. Rolul acestora este de a veni în completarea dreptului Uniunii, atunci când acesta nu reglementează anumite situații. În cazul egalității de gen, principiile pot reprezenta fundamentul acordării de despăgubiri¹³, de exemplu. Desigur, drepturile fundamentale erau considerate principii generale de drept până la intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, în temeiul căruia acestea sunt interpretate, în prezent, în lumina dreptului primar, precum și a Cartei drepturilor fundamentale a Uniunii Europene.

De asemenea, în lumina articolului 3 din Tratatul privind Uniunea Europeană, combaterea excluziunii sociale și a discriminărilor reprezintă una dintre obligațiile specifice ale Uniunii, la nivel infraeuropean. În cazul articolului 2 din cadrul Tratatului privind Uniunea Europeană, printre obiectivele Uniunii Europene se află și respectarea egalității cetățenilor, iar în cazul statelor membre se impune condiția respectării principiului nediscriminării, precum și al egalității între femei și bărbați. Aceste două dimensiuni au un rol foarte important în aspectele ce țin de personalitatea juridică a Uniunii Europene, ca subiect de drept derivat de drept internațional¹⁴.

La nivelul politicilor Uniunii Europene, s-a remarcat o preocupare în acest domeniu, dată fiind adoptarea de măsuri pentru combaterea inegalităților între femei și bărbați: elaborarea legislației privind tratamentul egal, integrarea perspectivei de gen în toate politicile, precum și măsuri de promovare a femeii¹⁵. În ciuda rezultatelor considerabil mai bune față de deceniile trecute, femeile încă muncesc, în mare parte, în sectoare mai slab plătite și nu ocupă, de obicei, posturi decizionale.

Strategia Uniunii privind egalitatea de gen își propune ca, până în anul 2025, să devină continentul în care femeile și bărbații sunt egali, unde toți cetățenii europeni se bucură de libertatea de a-și alege propriul drum, de a avea șanse egale de reușită, de a prospera și de a putea ocupa poziții de conducere, atunci când merită acest lucru. De asemenea, se pune accent și pe garantarea dreptului la remunerație egală, asigurarea funcționării în practică a normelor Uniunii privind echilibrul dintre

¹² "Egalitatea de gen și nediscriminarea în cadrul Programului de Cooperare Interreg V-A România-Ungaria 2014-2020. Recomandări practice pentru potențialii beneficiari de finanțare".

¹³ Mihaela Augustina Dumitrașcu, *Dreptul Uniunii Europene I*, ed. Universul Juridic, 2021, p. 223.

¹⁴ Mihaela Augustina Dumitrașcu, Oana Mihaela Salomia, *Dreptul Uniunii Europene II*, ed. Universul Juridic, 2020, p. 10.

¹⁵ https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/gender-equality-strategy_ro, 27 februarie 2023, ora 9:58.

viața profesională și cea privată, precum și îmbunătățirea accesului la servicii de îngrijire a copiilor și alte servicii de îngrijire, la prețuri accesibile.

În toamna anului 2021, Parlamentul European a organizat cea de-a doua ediție a Săptămânii europene a egalității de gen, la inițiativa Comisiei pentru drepturile femeilor și egalitatea de gen (FEMM). Consider oportună această inițiativă, având în vedere că egalitatea de gen reprezintă un pilon al statului de drept, al ordinii juridice și un pilon al drepturilor sociale.

În ceea ce privește protejarea dreptului la nediscriminare pe bază de sex, Uniunea a constituit Institutul European pentru egalitatea de șanse între femei și bărbați. Prin intermediul acestui mecanism, instituțiile europene și statele membre beneficiază de asistență profesională pentru o mai bună integrare a principiului egalității de șanse în politicile lor, precum și pentru combaterea discriminării. În plus, are rolul de a facilita procesul prin care informațiile legate de acest subiect ajung la cetățenii Uniunii Europene.

De asemenea, protecția dreptului la nediscriminare pe bază de sex este asigurată și de Comitetul consultativ pentru egalitatea de șanse între bărbați și femei, instituit în acest sens. Acesta promovează consultarea și schimburile regulate între celelalte instituții ale Uniunii Europene, promovând astfel egalitatea de tratament între femei și bărbați.

Consider că aceste mecanisme, fie ele pur legislative sau structuri înființate în acest sens, constituie câteva dintre măsurile care au contribuit semnificativ la diminuarea diferențelor de tratament între femei și bărbați și, în viitorul apropiat, vor aduce noi beneficii pentru toate părțile implicate.

5. Implementarea la nivel național a conceptului

După analiza principiului egalității de tratament între femei și bărbați la nivel internațional, suprastatal, consider că este oportună o aprofundare în reglementarea acestui principiu, cu emfază pe abordarea în dreptul național.

La nivel național, principiul egalității de tratament între femei și bărbați are caracter transdisciplinar, fiind analizat în cadrul mai multor materii, fiecare aducând plusvaloare acestei formule. Pentru a asigura o mai bună înțelegere a acestui principiu, precum și a importanței lui în viața persoanelor, am ales să îl analizez și din perspectiva dreptului muncii, precum și din perspectiva dreptului constituțional.

În ceea ce privește dreptul muncii, principiul egalității de tratament a fost analizat și de doctrinari, iar în cadrul acestei lucrări, am considerat oportună și menționarea câtorva idei relevante privitoare

la acesta. Astfel, în domeniul verificării aptitudinilor personale profesionale ale persoanei care urmează să se încadreze în muncă, examenul medical este limitat de acest principiu, care interzice orice discriminare și, totodată, interzice expres solicitarea la angajare a testelor de gravitate¹⁶. În lipsa acestui principiu, s-ar fi putut produce numeroase abuzuri, de exemplu: candidații putând fi respinși pe baza acestor teste, în ciuda calificării lor pe respectiva poziție.

Întâlnim acest principiu și în cazul reglementării salarizării sau al relațiilor de muncă. Potrivit Codului muncii, „*la stabilirea și acordarea salariului este interzisă orice discriminare pe criterii de sex, orientare sexuală, caracteristici genetice, vârstă, apartenență națională, rasă, culoare, etnie, religie, opțiune politică, origine socială, handicap, situație sau responsabilitate familială, apartenență ori activitate sindicală*”.

De asemenea, Codul muncii prevede că în cadrul relațiilor de muncă funcționează principiul egalității de tratament față de toți salariații și angajatorii și interzice orice discriminare bazată pe criteriul de sex cu privire la toate elementele și condițiile de remunerare pentru munca egală sau de valoare egală. Dreptul salariaților la egalitate de tratament este prevăzut expres și la articolul 39¹⁷ din Codul Muncii, conferind o protecție suplimentară extrem de necesară. România este chiar membru fondator al Organizației Internaționale a Muncii, constituită prin Tratatul de la Versailles din 1918, iar încă de atunci protejarea acestui principiu era reglementată, denumit la vremea respectivă „*egalitatea de remunerare a mâinii de lucru masculină și a mâinii de lucru feminină, pentru o muncă de valoare egală*”, instituit prin Convenția numărul 100/1951, ratificată de România.

În latura dreptului constituțional, există principiul egalității salarizării femeilor și bărbaților pentru munca egală, expresie a dreptului la egalitate între femei și bărbați, proclamat în articolul 4¹⁸ și articolul 16¹⁹ din Constituția României. Fiind vorba despre un drept fundamental ridicat la rang constituțional, este ușor de observat că acest cumul de drepturi și obligații corelative formează statutul juridic al cetățeanului²⁰. Teza a II-a articolului 16, alineatul (3) al Constituției României,

¹⁶ Luminița Dima, *Dreptul muncii, curs universitar*, ed. C.H. Beck, 2017.

¹⁷ Art. 39. Principalele drepturi și obligații ale salariatului: (1) Salariatul are, în principal, următoarele drepturi: (...) (d) dreptul la egalitate de șanse și de tratament.

¹⁸ Art. 4: Unitatea poporului și egalitatea între cetățeni: (2) România este patria comună și indivizibilă a tuturor cetățenilor săi, fără deosebire de rasă, de naționalitate, de origine etnică, de limbă, de religie, de sex, de opinie, de apartenență politică, de avere sau de origine socială.

¹⁹ Art. 16: Egalitatea în drepturi: (1) Cetățenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice, fără privilegii și fără discriminări. (2) Nimeni nu este mai presus de lege. (3) Funcțiile și demnitățile publice, civile sau militare, pot fi ocupate, în condițiile legii, de persoanele care au cetățenia română și domiciliul în țară. Statul român garantează egalitatea de șanse între femei și bărbați pentru ocuparea acestor funcții și demnități. (4) În condițiile aderării României la Uniunea Europeană, cetățenii Uniunii care îndeplinesc cerințele legii organice au dreptul de a alege și de a fi aleși în autoritățile administrației publice locale.

²⁰ Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice. Volumul I*, ediția 15, ed. C.H. Beck, 2016, p.148.

prevede că *“Statul român garantează egalitatea de șanse între femei și bărbați pentru ocuparea acestor funcții și demnități”*, făcându-se referire la sectorul public și la sectorul privat.

Fiecare dintre noi trebuie să fie beneficiarul unei șanse depline și trebuie considerat egal, numai așa putem să ne dezvoltăm personalitatea, precum și să respectăm drepturile altuia și ale colectivității. Deși egalitatea de tratament nu reprezintă o categorie distinctă de drepturi, ea este recunoscută de dreptul constituțional ca un drept un principiu fundamental și un drept politic²¹.

De asemenea, legislația națională prevede conceptul egalității de gen, prin Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse și de tratament între femei și bărbați. Scopul acestei legi îl reprezintă eliminarea tuturor formelor de discriminare bazate pe criteriul de sex din sectorul public și cel privat, în toate domeniile cu putință. În plus, prin intermediul Ordonanței nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare ni se oferă un instrument prin care dreptul la nediscriminare poate fi apărat.

Prin toate aceste reglementări, fie ele de dreptul muncii sau de drept constituțional, se pune accentul pe respectarea principiului egalității de șanse, a egalității de tratament între femei și bărbați și, implicit, conferă cetățenilor garanția și modalitatea de a-și apăra acest drept atunci când acesta este încălcat. Consider că reglementarea la nivel constituțional le oferă cetățenilor șansa de a simți că, într-adevăr, drepturile lor sunt protejate și, mai ales, respectate, iar în cazul contrar, șansa de a se apăra.

6. Cauza Defrenne - jurisprudență relevantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene

Curtea de Justiție a Uniunii Europene are atribuția fundamentală de interpretare a dreptului Uniunii Europene, astfel că, prin hotărârile sale, oferă o perspectivă clară și creează precedente, pentru o aplicare echitabilă a normelor Uniunii și actelor instituțiilor sale. Jurisprudența ilustrează modurile prin care Curtea de Justiție contribuie la consolidarea dreptului Uniunii Europene.

Cu privire la dreptul la nediscriminare, Curtea de Justiție a Uniunii Europene se pronunță asupra chestiunilor referitoare la aria de justiție, securitate și libertate, angajare și politică socială, în domeniul energiei, domeniul maritim și al pescuitului, afaceri economice și monetare. Deși sunt domenii extrem de diferite, importanța dreptului la nediscriminare nu pălește, jurisprudența Curții de Justiție demonstrând acest fapt. Aceasta a completat prin jurisprudența sa prevederile articolului 119 al Tratatului de la Roma privind egalitatea de gen mai ales în ceea ce privește remunerația.

²¹ Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice. Volumul I*, ediția 15, C.H. Beck, 2016, p. 156.

În cele ce urmează, am analizat câteva hotărâri pentru a ilustra importanța acestora în definirea și consolidarea conceptului de egalitate de tratament între femei și bărbați.

În primul rând, în ceea ce privește egalitatea între femei și bărbați în raporturile de muncă, una dintre cauzele relevante este cauza 80/70, numită și “Defrenne I”. Gabrielle Defrenne era o fostă angajată a unei companii aeriene “Sabena”, ce a încheiat raporturile de muncă în anul 1968, după ce o clauză contractuală ce prevedea că femeile încetează să mai facă parte din echipaj odată cu împlinirea vârstei de 40 de ani și-a produs efectele.

La 9 februarie 1970, doamna Defrenne a adresat Consiliului de Stat din Belgia o cerere de anulare a Decretului regal din 3 noiembrie 1969 de stabilire a normelor speciale pentru echipajele de aviație civilă privind dreptul la pensie și condițiile speciale de aplicare a Decretul Regal nr. 50 din 24 octombrie 1967, privind pensiile de pensionare și pensiile de urmaș ale lucrătorilor salariați. În susținerea cererii sale, doamna Defrenne a invocat încălcarea articolului 14 din Decretul regal nr. 40 din 24 octombrie 1967, potrivit căruia orice lucrătoare putea, în conformitate cu articolul 119 din Tratatul Comunităților Europene, să introducă o acțiune la instanța competentă, pentru aplicarea principiului egalității de remunerare între bărbați și femei.

Consiliul de Stat Belgian a considerat oportună trimiterea unei cereri preliminare, prin care a adresat următoarele întrebări:

- a. Pensia acordată în condițiile asigurării sociale finanțate prin contribuții de la angajați, angajatori și prin subvenții de la stat constituie o contraprestație pe care angajatul o primește indirect pentru munca prestată față de angajator?
- b. Se pot stabili limite de vârstă diferite pentru femeile și bărbații care fac parte din echipajul aerian?
- c. Însoțitorii și însoțitoarele de zbor prestează aceleași servicii?

Curtea, subliniind faptul că sistemele de pensii sau prestațiile ce țin de securitate socială, în special pensiile, reglementate expres de legislația națională, nu puteau fi asociate conceptului de „salariu”, așa cum este el prevăzut și definit în articolul 119, fără intenția părților. Curtea a considerat că prin acest răspuns, celelalte două întrebări nu mai prezintă interes, fiind deja soluționate. Astfel, răspunzând, Curtea a decis că o pensie pentru limită de vârstă stabilită în cadrul unui regim de securitate socială nu reprezintă un salariu indirect pe care angajatul îl primește de la angajator, în sensul noțiunii de „salariu” prevăzute de articolul 119 din Tratatul privind Comunitățile Europene.

Astfel, prin această primă hotărâre, Curtea a stabilit una dintre interpretările cu o importanță deosebită pentru viitor, referitoare la articolul 119 din Tratatul privind Comunitățile Europene.

În continuare, prin cauza 43/75, cunoscută și sub numele de „Defrenne II”, Gabrielle Defrenne a trimis în judecată, în anul 1968, compania la care lucra, deoarece considera că existau diferențe între femei și bărbați în ceea ce privește plata salariului. Tribunalul național a respins acțiunea introdusă de aceasta, calificând cererea ca fiind nefondată. Defrenne a atacat decizia printr-o cale de apel, în anul 1970, iar instanța competentă a constatat același lucru enunțat de Tribunalul național, însă, în ceea ce privește problematica salariului, a trimis către Curtea de Justiție, în anul 1971, o cerere preliminară, unde a adresat două întrebări:

- a. Articolul 119 din Tratatul de la Roma introduce direct în dreptul național al fiecărui stat membru al comunităților europene principiul conform căruia bărbații și femeile ar trebui să primească o remunerație egală pentru o muncă egală și, prin urmare, independent de orice dispoziție națională, să aibă dreptul lucrătorilor să introducă o acțiune în fața instanțelor naționale pentru a asigura respectarea acestuia și, în caz afirmativ, de la ce dată ?
- b. A devenit articolul 119 aplicabil în dreptul intern al statelor membre în virtutea măsurilor adoptate de autoritățile Comunității Economice Europene (dacă da, care și de la ce dată?) sau trebuie să fie considerat legiuitorul național singurul competent în această chestiune?

Curtea, analizând, a decis că principiul conform căruia bărbații și femeile ar trebui să primească egalitate de remunerare, care este prevăzut la articolul 119, poate fi invocat în fața instanțelor naționale. Aceste instanțe au datorat să asigure protecția drepturilor pe care această dispoziție le conferă persoanelor fizice, în special în cazul acelor forme de discriminare care își au originea în prevederi legislative sau în contracte colective de muncă, precum și în cazul în care bărbații și femeile primesc salarii inegale pentru muncă egală, care se desfășoară în aceeași unitate sau serviciu, privat sau public.

În al doilea rând, aplicarea articolului 119 trebuia să fie pe deplin asigurată de statele membre inițiale începând cu 1 ianuarie 1962, începutul celei de-a doua etape a perioadei de tranziție, iar de noile state membre de la 1 ianuarie 1973, data intrării în vigoare a Tratatului de aderare. Primul dintre aceste termene nu a fost modificat prin rezoluția statelor membre din 30 decembrie 1961.

În al treilea rând, directiva Consiliului nr. 75/117 nu aduce atingere efectului direct al articolului 119, iar termenul stabilit de directiva menționată pentru respectarea acestuia nu aduce atingere termenelor prevăzute la articolul 119 din Tratatul Comunităților Europene și Tratatul de aderare.

În al patrulea rând, chiar și în domeniile în care articolul 119 nu are efect direct, această dispoziție nu poate fi interpretată ca rezervând legiuitorului național competența exclusivă de a pune în aplicare principiul egalității de remunerare, întrucât, în măsura în care o astfel de punere în aplicare este necesară, poate fi realizat printr-o combinație de dispoziții comunitare și naționale.

În fine, cu excepția lucrătorilor care au introdus deja o acțiune în justiție sau au formulat o cerere echivalentă, efectul direct al articolului 119 nu poate fi invocat pentru a susține pretențiile privind perioadele de plată anterioare datei prezentei hotărâri.

Concluziile Curții au relevanță și în prezent sub incidența aplicării directe a dreptului european în dreptul intern. Consider că în această etapă a proceselor „Defrenne” ne este prezentată pentru prima importanța dreptului uniunii, care actualmente este aplicat cu prioritate, în temeiul clauzelor Tratatului de aderare.

În continuarea analizei jurisprudențiale, prin cauza 149/77, cunoscută și ca „Defrenne III”, ni se dezvăluie noi nuanțe ale principiului egalității de tratament între femei și bărbați.

În anul 1976, doamna Defrenne a înaintat o acțiune în fața Curții de Casație a Belgiei împotriva hotărârii Tribunalului Bruxelles, enunțată în 1970, capetele de cerere privind obligarea companiei „Sabena” la plata unei indemnizații suplimentare pentru încetarea serviciului și acordarea unor despăgubiri pentru prejudiciul suferit în ceea ce privește pensia ei.

Curtea de Casație a Belgiei a considerat oportun ca, în 1977, să se adreseze Curții de Justiție cu o trimitere preliminară, privitoare la articolul 119 din Tratatul privind Comunitățile Europene:

- 1) Articolul 119 din Tratatul de la Roma, care stabilește principiul potrivit căruia „bărbații și femeile ar trebui să primească egal salariu pentru o muncă egală” trebuie interpretat în temeiul obiectivului dublu economic și social al tratatului ca prescriind nu numai salariu egal, ci și muncă egală condiții pentru bărbați și femei și, în special, face inserarea în contractul de angajare al unei însoțitoare de zbor a unei clauze prin care respectivul contract se încheie la împlinirea vârstei de 40 de ani, fiind stabilit că nu este atașată o asemenea limită contractului de însoțitori de zbor bărbaților care se presupune că fac aceeași activitate, constituie o discriminare interzisă de articolul 119 din Tratatul de la Roma menționat sau de un principiu de drept comunitar, dacă această clauză poate avea consecințe pecuniare, în special în ceea ce privește indemnizația de încetare a serviciului și pensia?

Curtea a răspuns și de această dată la întrebările adresate, statuând că articolul 119 din Tratatul privind Comunitățile Europene nu poate fi interpretat ca prescriind, pe lângă egalitatea de remunerare, egalitatea în ceea ce privește celelalte condiții de muncă aplicabile bărbaților și femeilor.

De asemenea, la momentul evenimentelor care stau la baza acțiunii principale, nu exista, în ceea ce privește relațiile dintre angajator și salariat în temeiul dreptului național, nicio normă de drept

comunitar care să interzică discriminarea între bărbați și femei în materie de condiții de muncă, altele decât cerințele de plată menționate la articolul 119 din tratat.

Faptul că determinarea unor condiții de muncă, precum cele referitoare la fixarea unei vârste de pensionare, poate avea consecințe pecuniare nu este suficient pentru ca astfel de condiții să între în câmpul de aplicare al articolului 119²².

Pentru a conchide analiza privitoare la jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene referitoare la egalitatea de tratament între femei și bărbați, cred că este important de amintit faptul că, cel puțin în raporturile de muncă, importanța acestui principiu a primat întotdeauna în viziunea Curții. Atunci când a analizat aspectele și nuanțele articolului 119, Curtea s-a axat pe egalitatea remunerării atunci când există condiții de muncă egale între femei și bărbați.

7. Concluzii

În lumina celor prezentate în secțiunile anterioare, sunt de părere că am demonstrat și subliniat importanța dreptului la egalitate de tratament între femei și bărbați atât în ceea ce privește reglementarea la nivel internațional, cât și la nivel național. Cred că este de esența spiritului democrației să aspirăm la egalitatea de gen și să luptăm pentru ea, deoarece numai după asigurarea egalității de șanse am putea spune cu adevărat că trăim într-o societate unde spiritul democratic este cultivat.

Bibliografie

Resurse tipărite:

1. Mihaela Augustina Dumitrașcu, *Dreptul Uniunii Europene I*, ed. Universul Juridic, 2021, București;
2. Mihaela Augustina Dumitrașcu, Oana Mihaela Salomia, *Dreptul Uniunii Europene II*, ed. Universul Juridic, 2020, București;

²² Costel Gilcă, *Jurisprudența Curții de Justiție Europene în materia dreptului muncii*, ed. Wolters Kluwer România, 2009.

3. Alina Gentimir, *Drepturile omului în Uniunea Europeană*, ed. Universul Juridic, 2021, p. 46-47, p. 111, București;
4. Maria-Beatrice Berna, *Curtea Europeană a Drepturilor Omului: repere teoretice și analiză jurisprudențială*, ed. I.R.D.O., 2020, București, p. 141;
5. Luminița Dima, *Dreptul muncii, curs universitar*, ed. C.H. Beck, 2017;
6. Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice. Volumul I*, ediția 15, ed. C.H. Beck, 2016;
7. Costel Gîlcă, *Jurisprudența Curții de Justiție Europene în materia dreptului muncii*, ed. Wolters Kluwer România, 2009;
8. Simon Usherwood, John Pinder, *Uniunea Europeană. O foarte scurtă introducere*, ed. Litera, București, 2020;

Resurse digitale

1. www.opecuropa.eu, accesat în data de 18 februarie 2023, ora 16:08;
2. curia.europa.eu, accesat în data de 19 februarie 2023, ora 16:14;
3. eige.europa.eu, accesat în data de 19 februarie 2023, ora 16:30;
4. www.charter-equality.eu, accesat în data de 20 februarie 2023, ora 19:35;
5. www.history.com (<https://www.history.com/topics/womens-history/feminism-womens-history>), accesat în data de 24 februarie 2023, ora 19:56;
6. www.eurofund.europa.eu, (<https://www.eurofound.europa.eu/ro/topic/gender-equality>), accesat în data de 27 februarie 2023, ora 9:38;
7. www.comissiom.europa.eu, (https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/gender-equality-strategy_ro), accesat în data de 27 februarie 2023, ora 9:58;

Între compromis și compromitere. Regimul efectelor produse de ordonanțele de urgență conform articolului 115, alineatul (8) din Constituție sub imperiul principiului neretroactivității

Entre compromis et compromission. Le régime des effets des ordonnances d'urgence en vertu de l'article 115, paragraphe 8, de la Constitution sous l'empire du principe de non-rétroactivité

Torn between compromise and being compromised. The regime of the effects of emergency ordinances according to Article 115, paragraph 8 of the Constitution of Romania under the imperative principle of non-retroactivity

Adela VIMAN, Ilinca LEȘOVSCI – anul II, grupa 205

coordonator: **prof. dr. Dana TOFAN**

PREMIUL II

Rezumat: Anticipând problematica printr-o analiză succintă a evoluției instituției delegării legislative, lucrarea de față își propune să stabilească câteva repere privind efectele produse de ordonanțele de urgență ale Guvernului între intrarea lor în vigoare conform Constituției României revizuite și republicate și publicarea deciziei prin care se constată neconstituționalitatea de către Curtea Constituțională sau intrarea în vigoare a legii de modificare sau de respingere a acestora de către Parlament. Dată fiind consacrarea tot de rang constituțional a principiului neretroactivității (**art. 15, alin. 2**), se pune problema, pe de o parte a măsurilor ce pot fi dispuse conform **art. 115, alin. 8** prin legea de aprobare sau de respingere adoptată de Parlament, iar pe de altă parte a soluțiilor care să prevină pe cât posibil sau, în orice caz, să reducă impactul efectelor negative pe care ordonanțele de

urgență declarate ulterior neconstituționale sau respinse de către adunarea legiuitoare le produc asupra ordinii de drept în perioada în care sunt în vigoare, nesocotind astfel principiul securității raporturilor juridice.

Cuvinte-cheie: *ordonanțe de urgență, constituționalitate, oportunitate, putere discreționară, revizuire, aviz, competență materială*

Résumé: Prévoyant la question principale par une brève analyse de l'évolution de l'institution de la délégation législative, cet article vise à établir quelques jalons concernant les effets produits par les ordonnances d'urgence du gouvernement entre leur entrée en vigueur, sous la Constitution roumaine révisée et republiée, et la publication de la décision constatant leur inconstitutionnalité par la Cour constitutionnelle ou l'entrée en vigueur de la loi les modifiant ou les rejetant par le Parlement. Étant donné que le principe de non-rétroactivité est également inscrit dans la Constitution (**article 15, paragraphe 2**), la question se pose de savoir quels types de mesures peuvent être ordonnées en vertu de **l'article 115, paragraphe 8** par la loi d'approbation ou de rejet adoptée par le Parlement, et d'autre part des solutions qui permettent d'éviter autant que possible ou, en tout cas, de réduire la fréquence et l'impact des effets négatifs que les ordonnances d'urgence déclarées ultérieurement inconstitutionnelles ou rejetées par le législateur parviennent à produire sur l'ordre juridique pendant la période où elles sont en vigueur, méconnaissant de cette façon le principe de la sécurité des rapports juridiques.

Mots-clés: ordonnances d'urgence, constitutionnalité, opportunité, pouvoir discrétionnaire, révision, avis, compétence matérielle

Summary: Foreseeing the main issue by a brief analysis of the evolution of the institution of legislative delegation, the present work aims to draw up some guidelines on the effects produced by the Government's emergency ordinances in between their entry into force, in accordance with the revised and republished Romanian Constitution, and the publication of the decision declaring their unconstitutionality by the Constitutional Court or the entry into force of the law amending or rejecting them adopted by Parliament. Bearing in mind that the principle of non-retroactivity is also enshrined in the Constitution (**Article 15 (2)**), the question arises as to the types of measures that may be ordered under **Article 115 (8)** by the law of approval or rejection adopted by the Parliament, and on the other hand of the solutions that prevent as far as possible or, in any case, reduce the frequency and the impact of the negative effects that emergency ordinances – subsequently declared unconstitutional or rejected by the legislative body – manage to produce on the legal order

during the period in which they are in force, thus disregarding the principle of security of legal relations.

Keywords: emergency ordinances, constitutionality, expediency, discretionary power, review, opinion, material competence

Introducere

Motto: „În politică, alegerea este arareori între bine și rău, ci între cel mai mare și cel mai mic rău.”

Niccolò di Bernardo dei Machiavelli

Așa cum este cel mai adesea cazul oricărui proces decizional, suntem de părere că așa-zisul principiu al „*răului necesar*” își găsește aplicabilitate inclusiv în domeniul juridic.

În sistemul de drept românesc actual, legile și ordonanțele Guvernului se bucură de *prezumția de constituționalitate*, idee care – deși în mod admirabil fundamentată pe conceptul de bună-credință ca noțiune fundamentală a dreptului – de multe ori ne aduce în situații mai degrabă contrare scopului și menirii sistemului juridic în ansamblul său. Acestea fiind spuse, în orice demers legislativ trebuie să avem în vedere căutarea unei soluții prompte, eficiente, în acord cu voința generală a societății, care să reprezinte o rezultată, un *compromis* atins de forul decizional, fără ca această soluție să conducă la compromiterea vreunui principiu fundamental, a vreunei valori sau instituții de drept.

Ordonanțele de urgență ale Guvernului au deschis, fără echivoc, o adevărată „cutie a Pandorei”¹ în domeniul juridic. Este nevoie, în mod corespunzător, de un cadru normativ adecvat care să nu permită guvernanzilor deturnarea de la adevăratul scop al acestora, și anume, acela de a fi utilizate în situații-limită, de urgență, pentru motive bine întemeiate, extraordinare, în scopul satisfacerii interesului general.

¹ coord. I. Muraru, E.-S. Tănăsescu, *Constituția României. Comentariu pe articole*, ed. 3, Editura C.H. Beck, București, 2022, p. 984.

O justiție ideală este imposibil de transpus în plan mundan, însă cert este că în realitatea tangibilă trebuie să ne orientăm permanent având ca repere principale salvagardarea echității, prevenirea producerii de efecte juridice cu repercusiuni nocive iremediabile, astfel încât să asigurăm deopotrivă existența statului de drept, a principiului legalității și ierarhiei normelor (punând accentul pe vârful piramidei imaginate de H. Kelsen, și anume Legea fundamentală dintr-un stat), corelativ cu principiul securității și stabilității raporturilor juridice.

De aceea, în analiza noastră centrată asupra **articolului 115, alin. (8) din Constituția** României republicată, vom urmări permanent să ne raportăm la principiile directoare evocate, punând în discuție în primă instanță, **evoluția instituției în cauză până la momentul de referință (1)**, respectiv, în continuare, **ameliorarea problemelor existente prin propuneri de lege ferenda (2)**.

1. O privire de ansamblu asupra evoluției problemei

În ceea ce privește pregătirea cadrului pentru sugerarea unor eventuale schimbări, ne propunem să analizăm în primul rând, **practica statală anterioară (1.1)**, respectiv **ulterioară (1.2)** revizuirii Constituției, prin **Legea nr. 429 din 23 octombrie 2003 de revizuire a Constituției României**, pentru ca mai apoi să punem în lumină **actualele carențe (1.3)** ale reglementării constituționale în vigoare a instituției delegării legislative prin prisma efectelor produse până la declararea neconstituționalității sau până la respingerea ordonanțelor de urgență ale Guvernului de către Parlament.

a. Practica existentă anterior revizuirii din 2003

Referitor la ordonanțele de urgență ale Guvernului – un așa-zis „artificiu legislativ” – s-au scris, mai ales în anii ulteriori revizuirii din 2003, numeroase articole, studii de specialitate și chiar monografii, dincolo de analiza acestora, uzuală, în orice lucrare consacrată dreptului administrativ.

De-a lungul timpului, ordonanțele de urgență au fost fie elogiate, fie blamate, fiind privite fie ca soluții salvatoare necesare în situații de urgență, fie ca pârgii juridice afectate realizării unor interese politice. Pentru a putea aprecia această instituție de o manieră cât mai obiectivă este însă nevoie să identificăm în primul rând, geneza și evoluția ei.

Ordonanțele de urgență ale Guvernului, având ca origine decretule-lege prevăzute încă din cuprinsul „*Statutului dezvoltator al Convenției de la Paris din 1858*”, au fost reglementate în Constituția postdecembristă ca o măsură de siguranță a procesului de legiferare în situații-limită, caracterizate

ca fiind excepționale, precum situațiile de război², dacă ne e permisă comparația, în care securitatea statului depinde de legiferarea fermă, rapidă și tranșantă.

Consacrată în mod evident în Constituția din anul 1991 drept o *excepție* categorică de la regula legiferării de către Parlament – calificat expres, ca „unică autoritate legiuitoare a țării” (**art. 61 din Constituție**) – și, prin extensie, excepție de la principiul „*delegata potestas non delegatur*”³, „legiferarea” prin ordonanțe de urgență adoptate de Guvern a suferit modificări semnificative, sub aspectul reglementării sale ca urmare a revizuirii din anul 2003.

Rămâne în discuție dacă modificările și completările aduse fostului **art. 114** din **Legea fundamentală** au produs preponderent efecte pozitive sau negative.

Ce știm cu certitudine este că ulterior intrării în vigoare a **art. 115**, toate Guvernele care s-au succedat la conducerea României au început să abuzeze de această instituție, ajungând la „performanța” de a transforma excepția în regulă. Astfel, dintr-o practică utilizată pentru a legifera mai ales în situații-limită, specifică debutului anilor 1990, ordonanțele de urgență au început să fie utilizate de către guvernele anilor 2000 ca o metodă de înlesnire a procesului de legiferare, guvernării manifestând un pragmatism exuberant față de contextul social și economic al vremurilor respective. Inflația de ordonanțe de urgență, după cum se poate observa și din statisticile Consiliului Legislativ, a început în anii 2000, an în care Guvernul a adoptat nu mai puțin de 290 de ordonanțe de urgență, și s-a perpetuat constant, dovadă fiind faptul că în anul 2022, au fost adoptate peste 190 de ordonanțe de urgență.

Transformarea acestei instituții într-o practică uzuală a guvernelor ultimelor decenii este un demers cel puțin criticabil, din moment ce ignoră trăsătura fundamentală și definitorie a instituției, clar exprimată chiar prin titlu: URGENȚA. În lipsa unor astfel de situații, guvernele adoptă de fapt mascate ordonanțe simple, este adevărat, în absența unei abilitări de către Parlament, ascunzându-se în spatele unor expuneri de motive, practic în orice domenii în care se poate legifera, cu limitele impuse de **art. 115 alin. (6) din Constituția republicată**. Este nevoie așadar de un cadru legislativ adaptat, care să reamintească guvernanților rolul ordonanțelor de urgență.

b. Introducerea alineatului (8) – tranșarea problemei sau obscurizarea unei situații deja incerte?

Revizuirea din 2003 a încercat o clarificare a instituției delegării legislative, din ce în ce mai populare în realitatea politică și juridică a vremii. **Art. 114**, devenit **art. 115**, a cunoscut o arhitectură

² D. Apostol Tofan, *Originea delegării legislative. Doctrina clasică occidentală (II)*, Studii și cercetări juridice, nr. 4, 2015, p. 447.

³ D. Apostol Tofan, *Originea delegării legislative. Doctrina clasică românească (I)*, Studii și cercetări juridice, nr. 3, 2015, p. 308.

fundamental diferită, inclusiv cu privire la competența materială a Guvernului. Spre exemplu, s-a prevăzut posibilitatea de a interveni în domeniile legii organice prin ordonanțe de urgență, de o manieră implicită, reglementându-se necesitatea ca, într-o asemenea situație, acestea să fie aprobate cu votul necesar legilor organice. S-a tranșat astfel o întregă polemică anterioară, prerogativă care în același timp a fost limitată prin introducerea **alineatului (6)**.

Deși a avut acest merit de a fi clarificat aspecte punctuale, modificarea articolului în cauză a generat controverse chiar mai mari prin introducerea **alin. (8)**, referitor la efectele produse de ordonanțe între momentul intrării lor în vigoare și momentul intrării în vigoare a legii de aprobare sau de respingere, „*dacă în cuprinsul acestora nu este prevăzută o dată ulterioară*”. Cu ultima teză, prevăzută în **art. 12 alin. (2) din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative**, ne vine greu să fim de acord, așa cum a fost în mod pertinent subliniat în doctrină⁴ de-a lungul vremii, dată fiind natura urgenței pretins obiective cu care avem de-a face.

Mai mult decât atât, **alineatul 8 al art. 115** introduce atribuția Parlamentului de a reglementa măsurile necesare cu privire la efectele juridice produse între timp doar „*dacă este cazul*”, adică sub forma unui *drept*, a unei prerogative discreționare, nefiind vorba nicidecum de obligativitatea recurgerii la aceasta, drept dovadă că autoritatea legiuitoare nu prea a făcut, în practică, uz de o asemenea prerogativă. Această abordare ne plasează încă o dată în sfera conceptelor juridice nedeterminate, care permit din partea autorităților publice să acționeze cu exercitarea unei veritabile puterii discreționare. Adevărul este că misiunea astfel stabilită în sarcina Parlamentului nu este nicidecum ușoară, în doctrină susținându-se chiar existența unei „*antinomii intraconstituționale*”⁵, prin raportare la **art. 15, alin. (2)**, privitor la principiul neretroactivității legii. Astfel, posibilitatea Parlamentului de a dispune cu privire la efectele juridice produse în perioada de aplicare a ordonanțelor de urgență ce nu presupun vreo lege de abilitare, conform mecanismului constituțional existent, se află la granița dintre principiul legalității și principiul securității raporturilor juridice. Tocmai în acest lucru constă misiunea dificilă a autorității legiuitoare, și anume a limita efectele juridice nocive cauzate de declararea neconstituționalității sau, indirect, a inoportunității prin legea de modificare sau de respingere adoptată de Parlament, dar fără a încălca regula de rang constituțional a neretroactivității efectelor actelor normative.

⁴ D. Apostol Tofan, *Drept administrativ. Vol. I*, ediția 5, Editura C.H. Beck, București, 2020, p. 195.

⁵ D. Apostol Tofan, *Jurisprudență comentată: Legea educației*. Conflict juridic de natură constituțională dintre Parlamentul României și Guvern. Curtea Constituțională. Deciziile Curții Constituționale nr. 1431/2010; nr. 1525/2010, în *Curierul Judiciar*, nr. 1, 2011, pp. 27-35.

Problema deja controversată⁶ a efectelor juridice produse în perioada de aplicare a ordonanței pare să nu-și fi găsit nicidecum o rezolvare, revizuirea din 2003 reușind doar, timid, să seteze niște minime repere în privința procedurii care tocmai începea să se transforme, la granița dintre secole, din excepție într-o veritabilă regulă. Ceea ce dorim să subliniem totuși este nevoia de adaptare a instituției delegării legislative – ținând cont mai ales de frecvența utilizării ei – în așa fel încât să evităm îndepărtarea de litera și spiritul Constituției.

c. Cadrul constituțional actual. E loc de mai bine?

Astfel, în prezent, Parlamentul beneficiază de un drept, de o prerogativă discreționară, fără a fi ținut de *obligația* de a reglementa ce se va petrece cu efectele deja produse, tocmai pentru că este o situație atât de delicată – de unde și instabilitatea reglementării actuale.

Este evident că în lipsa unei derogări exprese de la principiul neretroactivității legii, nu se poate vorbi de dispunerea unor măsuri *ex tunc*. S-ar putea pune problema ca printr-o astfel de lege, cel mult să se desființeze pentru viitor niște raporturi juridice născute prin ordonanța respectivă, raporturi expres desemnate, în vederea repunerii în situația anterioară (vezi **OUG 4/2023** analizat în cadrul punctului **2.3**). De cele mai multe ori, însă, din rațiuni cât se poate de evidente, efectele produse în temeiul ordonanțelor de urgență ale Guvernului după publicarea acestora în Monitorul Oficial, „rămân bine produse”⁷.

Printre unele din cele mai elocvente exemple în acest sens, atent analizat în doctrina vremii, se numără cel al **Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 55/2014 pentru reglementarea unor măsuri privind administrația publică locală**, declarată neconstituțională în urma obiecției formulate de un număr de 130 de deputați și senatori, prin **Decizia nr. 761 din 17 decembrie 2014** a Curții Constituționale a României. Aspectul inedit ce a generat cele mai intense reacții în mediul juridic a fost îndeosebi *obligația* impusă de Curtea Constituțională a României, în sarcina Parlamentului de a reglementa, prin legea de respingere, măsurile necesare cu privire la efectele juridice produse pe perioada de aplicare a Ordonanței – obligație aflată în contradicție cu însuși specificul acestei facultăți a Parlamentului, și anume faptul că reprezintă un drept și nu o sarcină, aspect pe care l-am subliniat la punctul anterior.

Soluția identificată de Parlament – potrivit căreia: „toate efectele juridice, politice sau de altă natură, produse ca urmare a exprimării opțiunii de către persoanele prevăzute la **alin. (1) al articolului unic**

⁶ I. Muraru, E.-S. Tănăsescu (coordonatori), *Constituția României. Comentariu pe articole*, Ediția 3, Editura C.H. Beck, București, 2022, p. 975.

⁷ V. Prisăcaru, *Tratat de drept administrativ român. Partea generală*, ed. a 3-a, Ed. Lumina Lex, București, 2002, p. 124.

din **OUG nr. 55/2014 se păstrează în integralitate**⁸ – a permis ca situația juridică existentă, deși în vădită contradicție cu litera și spiritul Constituției, să rămână neschimbată în practică. Transferurile între partidele politice efectuate în perioada de referință au rămas neatinse în urma deciziei Curții, astfel încât combaterea efectelor negative asupra sistemului de drept a fost, fără echivoc, ineficientă.

Acestea fiind spuse, varianta adoptată prin legea de revizuire a Constituției a fost departe de a institui așa cum aminteam în introducere o „justiție ideală”, însă se impune a fi adaptată la posibilitățile materiale existente într-o astfel de situație. Acceptând acestea, ne propunem să căutăm metode prin care să putem determina limitarea impactului negativ pe care ordonanțele declarate neconstituționale ulterior producerii de efecte, l-au avut asupra ordinii juridice.

2. Identificarea soluțiilor. Propuneri de lege ferenda

Se spune că „*o schimbare o pregătește pe alta*” (Niccolò di Bernardo dei Machiavelli). De aceea, așa cum revizuirea constituțională din 2003 a urmărit recunoașterea și clarificarea unor controverse survenite din practica tot mai intensă a unei instituții abuziv „exploatate”, tot astfel ar trebui ca, de data aceasta, să se intervină încă o dată în mersul firesc al lucrurilor spre temperarea intervențiilor prin ordonanțe de urgență în contextul politico-juridic actual.

În consecință, analizând modurile în care ordonanțele de urgență ar putea fi recalibrate la menirea lor inițială, am ajuns la concluzia că o soluție eficientă și tranșantă nu poate fi realizată decât printr-o nouă revizuire a Constituției. Știm că au mai existat proiecte de revizuire a Constituției, inclusiv cu privire la aceste aspecte; le amintim aici pe cel din 2014 privind modificarea competenței materiale a Guvernului, respectiv pe cele două proiecte conturate în urma referendumului consultativ din 2019.

Cum niciunul dintre acestea nu s-a finalizat, nici ameliorarea regimului constituțional actual nu a putut fi realizată, astfel încât o modificare în acest sens devine imperios necesară. Propunem spre dezbateri trei variante prin care încercăm să ne apropiem de idealul balanței dintre justiția ideală și echitatea tangibilă, printr-un control mai strict al legalității și mai ales al oportunității ordonanțelor de urgență, din moment ce „*legile inutile slăbesc puterea legilor necesare*” (Montesquieu). Astfel, am putea diminua șansele de a pune societatea în situația de a se supune unor norme juridice ale căror efecte să fie ulterior declarate neconstituționale sau pur și simplu respinse de către autoritatea legiuitoare, cea care deține cota majoritară de legitimitate populară.

⁸ Legea privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 55/2014 pentru reglementarea unor măsuri privind administrația publică locală, adoptată ca urmare a Deciziei Curții Constituționale nr.761 din 17.12.2014 (PL-x 392/2014/2015).

Cele trei soluții identificate de noi sunt **limitarea mai fermă a competenței materiale a Guvernului în domeniul legii organice (2.1); transformarea naturii juridice a avizului Consiliului Legislativ în ipoteze strict determinate (2.2) și impunerea obligativității unui control *a priori* simplificat efectuat de către Curtea Constituțională în anumite ipoteze (2.3).**

2.1. Limitarea mai strictă a competenței materiale a Guvernului în domeniul legii organice

Alineatul 6 al articolului 115 din Constituția României enumeră expres domeniile în care legiferarea prin ordonanțe de urgență este imperativ interzisă. Suntem totuși de părere că – având în vedere interesul neîntrerupt și entuziast al guvernanților pentru această instituție, cât și antecedentele amintite – ar fi oportună *suplimentarea* acestei liste.

Propunem limitarea acestei sfere prin utilizarea câtorva criterii și anume: domeniile încă de competența Guvernului să aibă implicații politice minime (ca de exemplu, eliminarea domeniului referitor la partidele politice) sau să nu afecteze domenii și instituții juridice de importanță majoră (precum eliminarea domeniului privitor la infracțiuni, pedepse și regimul executării acestora – amintim aici situația extrem de controversată a **O.U.G. nr. 13/2017 pentru modificarea și completarea Legii 286/2009 privind Codul Penal și a Legii 135/2010 privind Codul de procedură penală**), respectiv ca, în principiu, să poată suporta compromisul de a fi supuse, chiar și în situații mai tensionate ce necesită o reacție legislativă mai promptă, procedurii de urgență a Parlamentului.

În cele ce urmează, conform criteriilor naturii politice și naturii juridice, dar și necesității unei reglementări urgente, propunem extinderea sferei domeniilor legii organice de competența exclusivă a Parlamentului, menționate în **art. 115, alin. (6)**, cu următoarele patru domenii amintite în **art. 73 alin. (3)**: organizarea, funcționarea și finanțarea partidelor politice (i); statutul deputaților și senatorilor, stabilirea indemnizației și a celorlalte drepturi ale acestora (ii); organizarea și desfășurarea referendumului (iii); infracțiunile, pedepsele și regimul executării acestora (iv).

Ca o excepție de la aceste limitări, se va admite legiferarea prin ordonanță de urgență chiar și în cele patru domenii propuse ca excepții, exclusiv pe durata stării de război, asediu sau urgență, sub condiția ca, odată cu încheierea acestora, să înceteze să producă efecte juridice și ordonanța de urgență în cauză.

2.2. Transformarea naturii juridice a avizului Consiliului Legislativ

Consiliul Legislativ are natura juridică de „organ consultativ de specialitate al Parlamentului” (**art. 79, alin. (1) din Constituție**), iar potrivit **Legii nr. 73/1993 privind înființarea, organizarea și funcționarea sa**, avizul solicitat pentru proiectele de acte normative este un aviz *consultativ*. Considerăm oportună modificarea avizului emis în privința ordonanțelor de urgență din aviz

consultativ în aviz *conform*, cât timp acestea nu sunt emise pe perioada stărilor de război, de asediu sau de urgență. În aceste din urmă ipoteze, regimul avizului emis de Consiliul Legislativ își va păstra valoarea de aviz consultativ, fiind obligatorie doar primirea sa în momentul depunerii la Parlament.

Toate ordonanțele de urgență emise așadar în absența unui astfel de context ar urma să fie publicate în Monitorul Oficial în vederea intrării lor în vigoare (după depunerea proiectului Legii de aprobare a ordonanței de urgență la Camera competentă, conform exigențelor procedurale constituționale) doar *după* punerea lor în acord cu avizul emis de Consiliul Legislativ.

Astfel s-ar efectua un triaj eficient, de către o autoritate cu atribuții tehnice specifice, reducându-se considerabil riscul producerii unor efecte discordante față de Constituție, de legile-cadru în domeniu, de reglementările Uniunii Europene și de actele internaționale la care România este parte, riscul formării unor paralelisme sau incoerențe legislative, respectiv, în esență, riscul producerii de efecte juridice irevocabile, contrare principiului supremației Constituției, ierarhiei actelor normative și statului de drept.

2.3. Impunerea obligativității unui control *a priori* simplificat (aviz consultativ) în privința anumitor ordonanțe de urgență

O altă soluție care ar putea contribui la combaterea inflației de ordonanțe de urgență sau, cel puțin, la adoptarea unor ordonanțe de urgență de o calitate superioară sub aspectul conținutului reglementării, ar putea consta în conferirea unei noi atribuții Curții Constituționale, și anume aceea de a fi sesizată pentru a acorda un aviz consultativ cu privire la constituționalitatea ordonanțelor de urgență pe care Guvernul dorește să le adopte, și care vor fi supuse ulterior aprobării de către Parlament. Restrângând sfera de acțiune a Guvernului prin **alin. (6)** în forma propusă anterior și eliminând această condiție exclusiv pentru perioada stărilor de război, asediu sau urgență, considerăm că nu ar fi o sarcină extrem de împovărătoare pe umerii instanței de contencios constituțional, pusă în balanță cu beneficiile și garanțiile pe care o astfel de modificare le-ar putea asigura.

Instituirea unui *control preventiv* din partea Curții Constituționale ar garanta, în plus, o sporire a diligenței din partea Guvernului în ceea ce privește respectarea prevederilor constituționale. În mod evident, avizul Curții Constituționale s-ar raporta la varianta proiectului de ordonanță de urgență propriu-zis, în forma *inclusă* în proiectul Legii de aprobare a respectivei ordonanțe de urgență a Guvernului, trimis ulterior spre Camera competentă.

Acest proces ar avea ca efect o mai eficientă protecție a principiului securității raporturilor juridice, deoarece ar contribui la evitarea situațiilor în care efectele ordonanțelor de urgență ar trebui remediate în urma afectării circuitului juridic. Într-o astfel de ipoteză se ridică numeroase probleme

cu privire la raporturile juridice deja născute în temeiul ordonanțelor, precum și la constituționalitatea anulării acestora cu efect retroactiv. Este, așadar, evidentă necesitatea unei noi reglementări care să aibă ca finalitate, evitarea unor astfel de situații obscure, destabilizatoare pentru sistemul juridic, iar acest aviz ar putea să reprezinte unul dintre „scuturile” de apărare a raporturilor juridice și a încrederii legitime împotriva unor eventuale abuzuri.

Spre exemplu, un astfel de aviz ar putea să conducă la evitarea unor complicații cum ar fi situația generată de către **Ordonanța de urgență nr. 130/2021 privind unele măsuri fiscal-bugetare, prorogarea unor termene, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative**. În acest caz, declararea neconstituționalității intrinseci a ordonanței (pe motiv că „*Guvernul, impunând prin ordonanța de urgență plata unei contribuții de asigurări sociale de sănătate pentru persoanele fizice care au calitatea de pensionari în privința pensiilor care depășesc 4.000 lei, a încălcat art. 115 alin. (6) din Constituție, cu referire la interdicția de a afecta drepturile, libertățile și îndatoririle prevăzute de Constituție, în speță, dreptul la pensie- prevăzut și garantat de art. 47 alin. (2) din Constituție*”⁹) a generat controverse în practică, ținând cont de faptul că efectele deciziilor Curții Constituționale se produc numai pentru viitor, așa cum este expres menționat în **art. 147 alin. (4) din Constituție**, iar ordonanța produsese deja efecte juridice de la data de 1 ianuarie 2022 și până la data de 27 decembrie 2022.

Este constituțională returnarea sumelor de bani reținute în temeiul ordonanței a cărei neconstituționalitate a fost constatată ulterior? Este posibil ca un articol din constituție să prevaleze în detrimentul altuia? Într-o astfel de situație este firesc ca subiectele de drept afectate de ordonanța neconstituțională să fie despăgubite (așa cum a și stabilit Curtea Constituțională prin **Decizia nr. 650/2022**), ținând cont de faptul că „*Doctrina și practica judecătorească s-au pronunțat în situații similare în sensul că nu pot fi menținute efectele nelegale ale unui act normativ declarat neconstituțional, plecând de la premiza că orice act emis în temeiul unei dispoziții legale care aduce atingere valorilor și principiilor constituționale este la rândul lui neconstituțional (quod nullum est, nullum producit effectum)*”¹⁰. Soluția în această situație a constat, în cele din urmă, în adoptarea unei noi ordonanțe de urgență – **Ordonanța de urgență nr. 4/2023 privind stabilirea unor măsuri de restituire a unor contribuții de asigurări sociale de sănătate**¹¹ care să reglementeze, așa cum am anticipat mai devreme printr-o sugestie de mediere a **art. 115, alin. (8)**, respectiv **art. 15, alin. (2)**, conform deciziei Curții Constituționale, restituirea banilor preluați în mod neconstituțional de la unii pensionari, cu efect pentru viitor din momentul intrării în vigoare a acestei din urmă ordonanțe. O dispunere de măsuri cu efecte retroactive ar fi încălcat în mod vădit **alin. (2) al art. 15**, însă prin

⁹ Pct. 52 din Decizia CCR nr. 650 din 15 decembrie 2022, publicată în Monitorul Oficial nr. 1262 din 28.12.2022.

¹⁰ Notă privind litigiile generate de aplicarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 130/2021 privind unele măsuri fiscal-bugetare, programarea unor termene, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative.

¹¹ Publicată în Monitorul Oficial nr. 138 din 17 februarie 2023.

variante în cauză, modalitatea de pretinsă revenire la situația anterioară găsită de Guvern respectă exigențele constituționale.

Cu toate acestea, ceea ce este, fără îndoială, un adevărat protector al raporturilor juridice – principiul *quod nullum est, nullum producit effectum* – provoacă o controversă în situația de față, având în vedere faptul că **art. 147 alin. (4)** prevede expres puterea numai pentru viitor a efectelor deciziilor Curții Constituționale.

Avizul pe care îl propunem ar fi putut să contribuie în mod irefutabil la evitarea unor astfel de situații incerte, deoarece problemele de constituționalitate, în cazul expus – încălcarea dreptului la pensie – ar fi fost observate și semnalate Guvernului de către Curtea Constituțională în stadiul prealabil intrării în vigoare, iar efectele ordonanței de urgență nu ar fi apucat să se producă, discreditând, spre afectarea legitimității autorităților statului, drepturi de rang constituțional (**art. 47, alin. (2) din Constituție**).

Avizul consultativ – prin definiție, un aviz care deși trebuie solicitat în mod obligatoriu, nu trebuie și respectat în mod imperativ – ar putea să ofere Guvernului confortul că ordonanța de urgență pe care dorește să o adopte, în forma trimisă, nu suferă de vicii de neconstituționalitate intrinsecă. Acordarea acestui aviz nu ar echivala cu excluderea posibilității de verificare a constituționalității de către Curte *a posteriori*, deoarece avizul ar fi solicitat de către Guvern înaintea trimiterii proiectului Legii de aprobare către Parlament, și totodată nu ar reprezenta o obligație a Guvernului de a respecta opinia emisă de către instanța de contencios constituțional. Totodată, controlul *a posteriori* s-ar realiza ulterior depunerii proiectului legii de aprobare a ordonanței de urgență, excepția de neconstituționalitate putând fi ridicată de către subiectele de drept prevăzute expres de către Constituție în **articolul 146 lit. d**).

Astfel, atribuția Curții Constituționale de „legiuitor negativ”¹², așa cum este deja prevăzută în Constituția României, ar putea fi anticipată de o atribuție de „consultant” al Guvernului – după modelul Consiliului de Stat francez, dar în lipsa unui ordin jurisdicțional distinct – în scopul evitării unor situații confuze generate de admiterea unei excepții de neconstituționalitate.

S-ar pune însă problema unui termen pentru emiterea acestui aviz consultativ, iar din moment ce studiul nostru privește ordonanțele de urgență, putem pune chiar la îndoială caracterul de urgență al acestora. Luând însă în calcul apetența guvernelor pentru această formă de legiferare datorită celerității sale și independenței decizionale pe care le-o conferă, considerăm că soluția expusă mai

¹² I. Deleanu, *Justiția constituțională*, Editura Lumina Lex, București, 1995, p. 351. Prin Decizia nr. 82/2000, Curtea Constituțională având a se pronunța din oficiu, asupra unei inițiative cetățenești de revizuire a Constituției a stabilit că, în acest caz, actul emis de Curte este decizia și nu hotărârea, fiind aplicabile dispozițiile art. 36 și art. 13A) lit. a), teza finală din Legea nr. 47/1992.

sus ar fi una oportună, ținând cont, desigur, de unele amendamente. Astfel, ar fi exceptate de la acordarea avizului Curții Constituționale, ordonanțele de urgență adoptate în perioada stării de urgență, de asediu ori de război.

Ideea unui aviz prealabil pentru ordonanță de urgență nu este o noutate în domeniul juridic, ci mai degrabă o soluție inspirată și adaptată după modelul francez. Astfel, **articolul 38 din Constituția franceză** condiționează adoptarea unei ordonanțe de acordarea unui aviz de către Consiliul de Stat și, ulterior, de depunerea proiectului de lege de ratificare în Parlament, într-un termen stabilit, sub sancțiunea caducității: „Ordonanțele sunt adoptate în Consiliul de Miniștri, în urma avizului Consiliului de Stat. Ordonanțele intră în vigoare de la publicare, dar devin caduce dacă proiectul de lege de ratificare nu este depus în Parlament înaintea datei fixate prin legea de abilitare. Acestea nu pot fi ratificate decât în mod expres.” Dreptul francez, după cum se observă, oferă o libertate mai restrânsă legiuitorului delegat. Date fiind atât marja de apreciere și acțiune a Guvernului în cadrul constituțional actual românesc, cât și antecedentele existente, o parte deja amintite, considerăm proporțională instituirea unei astfel de măsuri.

În sprijinul acestei idei ținem să subliniem și o evidență cantitativă comparativă între practica franceză și cea românească, întrucât valorile sunt grăitoare și revelatoare în sprijinul argumentării intervenției sugerate. Așadar, vârful graficului în ceea ce privește adoptarea ordonanțelor în Franța a fost atins în anul 2020, aproximativ **140** de ordonanțe, aspect care trebuie apreciat prin raportare la situația generată de pandemia de COVID-19. În același an și pe fondul aceleiași crize sanitare mondiale, în România numărul ordonanțelor (exclusiv) de urgență a fost de peste **220**. În vreme ce minimul graficului frecvenței din Franța a fost atins în anul 2007, când au fost adoptate mai puțin de **20** de ordonanțe, în România se adoptaseră pe parcursul aceluiași an peste **157**, din nou fără a lua în considerare și ordonanțele simple.

Concluzii

Pentru a asigura legiferarea prin ordonanțe de urgență în conformitate cu motivele ce au condus la consacrarea acestei instituții, precum și pentru a asigura evitarea abuzurilor privind legiferarea delegată, propunem o revizuire a Constituției, în maniera dezvoltată la punctul **2**, astfel încât din Legea fundamentală să reiasă limpede ideea că instituția ordonanțelor de urgență există ca o situație de compromis și că utilizarea sa în mod excesiv poate să compromită securitatea raporturilor juridice.

Așadar, în acord cu principiile amintite în introducere și față de care ne-am construit argumentația, ținem să amintim faptul că legiferarea, ca prerogativă principală a autorității ce beneficiază de cea

mai largă legitimitate populară, și anume Parlamentul, trebuie să satisfacă standardele de predictibilitate și claritate, la fel cum trebuie să oglindească interesul general al celor ce au cedat în prealabil exercițiul suveranității. De aceleași standarde și exigențe ar trebui să fie ținut inclusiv Guvernul în momentul în care își asumă răspunderea de legiuitor delegat în așa fel încât să nu creeze situații incerte și să pună astfel în pericol, principiul încrederii legitime în instituțiile statului.

Bibliografie

Lucrări publicate:

1. Ioan Muraru, Elena-Simina Tănăsescu (coordonatori), *Constituția României. Comentariu pe articole*, Ediția 3, Editura C.H. Beck, București, 2022;
2. Dana Apostol Tofan, *Drept administrativ. Vol. I*, Ediția 5, Editura C.H. Beck, București, 2020;
3. Dana Apostol Tofan, *Originea delegării legislative. Doctrina clasică românească (I)*, Studii și cercetări juridice, nr. 3, 2015;
4. Dana Apostol Tofan, *Originea delegării legislative. Doctrina clasică occidentală (II)*, Studii și cercetări juridice, nr. 4, 2015;
5. Dana Apostol Tofan, *Jurisprudență comentată: Legea educației*. Conflict juridic de natură constituțională dintre Parlamentul României și Guvern. Curtea Constituțională. Deciziile Curții Constituționale nr. 1431/2010; nr. 1525/2010, în *Curierul Judiciar*, nr. 1, 2011;
6. Ion Deleanu, *Justiția constituțională*, Editura Lumina Lex, București, 1995.

Resurse digitale:

1. [Les ordonnances prises sur le fondement l'article 38 de la Constitution](#), accesat la data de 24.02.2023;
2. [Excepție de neconstituționalitate admisă: Prin OUG nu se poate diminua cuantumul pensiei, nici prin instituirea de impozite, nici prin instituirea de alte contribuții](#). UPDATE: SGG recomandă adoptarea unei OUG care să stabilească modalitățile de restituire a sumelor reținute în temeiul OUG nr. 130/2021 - JURIDICE, accesat la data de 15.02.2023;
3. [principiul-securitatii-juridice-in-jurisprudenta-curtii-constitucionale](#), accesat la data de 14.02.2023;

4. [Efectele deciziilor Curții Constituționale și statul de drept*](#), accesat la data de 1.03.2023;
5. [Consiliul Legislativ. Repertoriul legislației României](#), accesat la data de 14.02.2023.

Principiul autodeterminării în contextul spațiului cibernetic

The Self-Determination Principle in the Context of Cyberspace

Le principe d'autodétermination dans le contexte du cyberespace

Ioana-Anonda SIMION – anul III, grupa 318

Simona-Irina UNGUREANU – anul III, grupa 315

coordonator: asist. dr. Victor Ștefan STOICA

PREMIUL I

Rezumat: Lucrarea evidențiază impactul pe care dezvoltarea spațiului cibernetic l-a avut asupra dreptului popoarelor de a se autodetermina. Prin intermediul lucrării vor fi analizate aspecte legate de exercitarea și aplicarea principiului autodeterminării, potențialele pericole care pot apărea în contextul spațiului cibernetic și care pot afecta dreptul la autodeterminare, anume fraudarea alegerilor și dezinformarea, dar și care sunt măsurile care ar putea fi luate pentru a combate aceste pericole.

Cuvinte-cheie: principiul autodeterminării, spațiul cibernetic, principiul non-intervenției, fraudă electorală, dezinformare

Abstract: The paper highlights the impact that the development of cyberspace had on the right of peoples to self-determination. The paper will analyze aspects related to the exercise and application of the principle of self-determination, the potential dangers that may appear in the context of cyberspace and that may affect the right to self-determination, namely election fraud and disinformation and also the measures that may be undertaken to combat these dangers.

Keywords: the principle of self-determination, cyberspace, the principle of non-intervention, electoral fraud, disinformation

Résumé: Le document tentera de mettre en évidence l'impact du développement du cyberspace sur le droit des peuples à l'autodétermination. Le document analysera les aspects liés à l'exercice et à l'application du principe d'autodétermination, les dangers potentiels qui peuvent apparaître dans le contexte du cyberspace et qui peuvent affecter le droit à l'autodétermination, à savoir la fraude électorale et la désinformation et également les mesures qui peuvent être prises pour combattre ces dangers.

Mots-clé: le principe d'autodétermination, le cyberspace, le principe de non-intervention, la fraude électorale, la désinformation

1. Introducere

Principiul autodeterminării este cel care exprimă posibilitatea și dreptul popoarelor de a decide cursul dezvoltării lor în plan politic, cultural, social, statele având obligația de a-l promova și respecta¹. Acest principiu are o importanță deosebită deoarece constituie baza reprezentării autentice și a democrației, dar și pentru că a avut un rol important în realizarea procesului de decolonizare și în conturarea comunității internaționale actuale². De asemenea, aplicarea acestui principiu aduce cu sine promisiunea unui viitor marcat de pace și securitate, un viitor bazat pe valorile democrației, echității și justiției³. Totuși, dezvoltările recente și, în special, dezvoltările ce țin de spațiul cibernetic au adus cu sine o serie de amenințări legate de dreptul popoarelor de a se autodetermina, printre acestea numărându-se dezinformarea realizată în spațiul digital, dar și diversele mijloace cibernetic de fraudare a alegerilor⁴.

¹Nicolaas Schrijver, *Realizing the Right to Development, Self-determination of peoples and sovereignty over natural wealth and resources*, UN Human Rights Publication, 2013, p. 101.

²Australian Institute of Aboriginal and Torres, *Unfinished Constitutional Business?: Rethinking Indigenous Self-determination* Aboriginal Studies Press, 2005, p. 192.

³Christiano Thomas, *Self-determination and the Human Right to Democracy*, in Rowan Cruft, S. Matthew Liao, and Massimo Renzo (eds), *Philosophical Foundations of Human Rights, Philosophical Foundations of Law*, Oxford Academic, 2015, pp. 459–480.

⁴İrem İŞİK, Ömer F. BİLDİK, Tayanç T. Molla, *Securing Elections Through International Law: A Tool for Combatting Disinformation Operations?*, *Journal of Strategic Security*, Vol. 15, No. 4 (2022), pp. 106-125.

Astfel, în cele ce urmează, ne propunem să analizăm contextul în care a apărut și s-a dezvoltat dreptul popoarelor de a se autodetermina alături de jurisprudența relevantă care s-a conturat în jurul său, amenințările și problemele care au apărut odată cu evoluția spațiului cibernetic, dar și măsurile care pot fi luate sau au fost luate deja în privința acestora, menționând că nu vom analiza imputabilitatea și că vom prezuma că dezinformarea este realizată de către state.

2. Aplicarea principiului autodeterminării în spațiul cibernetic

Pentru început, considerăm utilă analiza legăturii dintre dreptul popoarelor de a se autodetermina, suveranitate și principiul non-intervenției având în vedere că acestea sunt interconectate⁵.

În sensul său de bază, suveranitatea reprezintă independența unui stat față de alte state în ceea ce privește afacerile interne și relațiile externe, reprezentând posibilitatea acestuia de a se guverna singur, fără a fi supus unui control extern⁶. Astfel, din definiția suveranității reiese și că ar exista obligația statelor de a nu interveni în afacerile altor state. Dacă statele susțin că au dreptul de a adopta în mod independent decizii interne, ele afirmă totodată că au și obligația de a le permite altor state să facă același lucru⁷. În plus, în contextul spațiului cibernetic, manualul Tallinn 2.0, o lucrare academică care identifică regulile de drept internațional aplicabile operațiunilor cibernetică, reafirmă suveranitatea statelor⁸. Astfel, deși acestea nu pot susține că manifestă, în sens strict, suveranitate asupra spațiului cibernetic în ansamblul său, ele sunt îndreptățite să afirme că au suveranitate asupra oricărui alt element de infrastructură cibernetică ce se găsește pe teritoriul lor⁹. De asemenea, manualul reafirmă și principiul non-intervenției, indicând faptul că un stat nu poate interveni, nici măcar prin mijloace cibernetică, în afacerile interne și externe ale altui stat¹⁰.

În plus, tot din definiția suveranității decurge înțelesul dreptului popoarelor de a se autodetermina¹¹. Dacă statele sunt cele care pot să ia decizii în plan intern în baza suveranității, popoarele sunt cele care pot să-și determine singure cursul propriei dezvoltări politice, economice, culturale și sociale în baza dreptului la autodeterminare. Totuși, aceste concepte de suveranitate, non-intervenție și autodeterminare au evoluat de-a lungul timpului, neavând o definiție și un sens fix întotdeauna și

⁵Neil MacFarlane, Natalie Sabanadze, *Sovereignty and self-determination: What are we?*, International Journal, Vol. 68, No. 4, December 2013, p. 609.

⁶Gareth Davies, *Sovereignty and Collaboration: Affordable Strategies in Times of Austerity?*, Air University Press, 2016, p. 5

⁷R. J. Vincent, *Nonintervention and International Order*, Princeton University Press, 1974, p. 14.

⁸Tallinn Manual 2.0, Regula 1.

⁹*Ibidem*.

¹⁰Tallinn Manual 2.0, Regula 6.

¹¹Neil MacFarlane, Natalie Saabanadze, *Sovereignty and self-determination: What are we?*, International Journal, Vol. 68, No. 4, December 2013, p. 611.

astfel și relația dintre ele a cunoscut uneori diverse variații¹². În continuare, ne vom concentra pe evoluția principiului autodeterminării și pe jurisprudența care s-a dezvoltat de-a lungul timpului în jurul său.

2.1. Cadrul legislativ actual

Principiul dreptului popoarelor și națiunilor la autodeterminare a fost pentru prima dată recunoscut explicit în Carta Națiunilor Unite¹³, care, prin intermediul art. 1 alin. 2, prevede că printre scopurile Națiunilor Unite se regăsește și obligația statelor de a dezvolta „relații prietenești între națiuni, întemeiate pe respectarea principiului egalității în drepturi a popoarelor și dreptului lor de a dispune de ele însele, și să ia oricare alte măsuri potrivite pentru consolidarea păcii mondiale”. Principiul a fost, apoi, dezvoltat în Rezoluția Adunării Generale a ONU nr. 2625 (XXV)/1970 - Declarația asupra principiilor dreptului internațional privind relațiile prietenești dintre state, în conformitate cu Carta ONU, prin intermediul căreia se afirmă că „Toate popoarele au dreptul de a-și hotărî statutul lor politic, în deplină libertate și fără amestec din afară și de a urma dezvoltarea lor economică, socială și culturală, și orice stat are obligația de a respecta acest drept conform dispozițiilor Cartei”¹⁴. Se consacră astfel obligația statelor de a respecta dreptul popoarelor de a dispune de ele însele și de a pune capăt colonialismului.

Declarația subliniază, totodată, libertatea care trebuie să caracterizeze alegerile. Astfel, caracterul liber al hotărârilor popoarelor, necesar pentru a-și exercita dreptul la autodeterminare cu adevărat, este reglementat prin intermediul aceluiași articol astfel: „Crearea unui stat independent, asocierea liberă sau unirea cu un stat independent, sau dobândirea oricărui statut politic hotărât în mod liber de către un popor constituie pentru acel popor mijloace pentru a-și exercita dreptul său de a decide de el însuși”¹⁵.

Pactul internațional pentru drepturile civile și politice (ICCPR) menționează că „Toate popoarele au dreptul de a dispune de ele însele. În virtutea acestui drept, ele își determină liber statutul politic și își asigură liber dezvoltarea economică, socială și culturală.”¹⁶ Din această definiție rezultă că principiul nu se limitează la dreptul popoarelor de a își forma un stat și aplicarea sa nu se termină odată cu formarea statului, ci constă în „dreptul la autogovernare autentică, care este dreptul unui

¹²Ibidem, p. 624.

¹³Jakob R. Augustin, *The Precarious History of the UN towards Self-Determination, The United Nations: Friend or Foe of Self-Determination?*, E-IR Edited Collection, 18 Februarie 2020.

¹⁴Rezoluția Adunării Generale a ONU nr. 2625 (XXV)/1970, art. 1.

¹⁵Ibidem.

¹⁶Pactul internațional pentru drepturile civile și politice, art. 1, al. 1.

popor de a își alege cu adevărat și în mod liber propriul regim politic și economic”¹⁷.

2.2. Jurisprudența Curții Internaționale de Justiție privind principiul autodeterminării

Jurisprudența Curții Internaționale de Justiție (CIJ) subliniază caracterul *erga omnes* al principiului autodeterminării, contestat de-a lungul timpului ca fiind o simplă aspirație politică¹⁸. Procesul de decolonizare depindea foarte mult de implementarea corectă a dreptului popoarelor la autodeterminare, un rol esențial avându-l organele Națiunilor Unite, iar în ciuda faptului că eliminarea colonialismului nu a fost unul dintre obiectivele originale ale Națiunilor Unite, Capitolele XI, XII și XIII abordează subiectul Teritoriilor care nu se autoguvernează, implementând Sistemul de Tutelă.

2.2.1. Timorul de Est (Portugalia v. Australia)

În cauza Timorului de Est, Curtea a observat că dreptul la autodeterminare „este unul dintre principiile esențiale ale dreptului internațional contemporan”¹⁹ și a calificat drept „ireproșabilă” afirmația că dreptul popoarelor la autodeterminare are un caracter *erga omnes*²⁰.

De asemenea, avizul consultativ cu privire la Consecințele juridice ale construcției unui zid în teritoriul palestinian ocupat vine în susținerea raționamentului oferit de Curte, care subliniază că obligația de a respecta dreptul popoarelor la autodeterminare este o obligație *erga omnes*²¹. Și cu referire la cazul Timorului de Est, Comisia de Drept Internațional descrie „obligația de a respecta dreptul la autodeterminare” ca o normă al cărei caracter peremptoriu este „general acceptat”²².

2.2.2. Avizul consultativ în cauza privind Sahara de Vest

În avizul său consultativ din 16 octombrie 1975, Curtea a menționat două cerințe importante pentru exercitarea principiului autodeterminării, și anume ca exprimarea acestuia să fie: (a) liberă, adică să fie luată fără intervenții externe și (b) autentică, adică să fie voința exprimată a oamenilor din

¹⁷Antonio Cassese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 137; Patrick Thornberry, *The Democratic or Internal Aspect of Self-Determination with Some Remarks on Federalism in Modern Law of Self-Determination*, edited by Christian Tomuschat, Dordrecht, Boston and London: Martinus Nijhoff, 1992, p. 101.

¹⁸Avner De-Shali, *National self-determination: political, not cultural.*, *Political Studies* 44.5, 1996, pp. 906-920.

¹⁹Decizia Curții Internaționale de Justiție privind Cauza Timorului de Est, p. 16, par. 29.

²⁰*Ibidem*.

²¹ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (hereinafter Wall)*, Advisory Opinion of 9 July 2004, par. 155.

²²Comisia de Drept Internațional, James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, Comentariul la articolul 40 din Proiectul de articole privind responsabilitatea statelor pentru fapte ilegale la nivel internațional, alin. 5.

teritoriul în cauză²³. În plus, Curtea a atras atenția asupra Declarației din 1970 privind relațiile de prietenie, din care reiese că libera asociere sau integrare sau apariția sub forma unui alt statut politic în acord cu voința poporului reprezintă moduri de implementare a dreptului popoarelor la autodeterminare.

2.2.3. Avizul consultativ privind Legalitatea construirii unui zid în Teritoriul Palestinian Ocupat

Principiul autodeterminării popoarelor a fost consacrat în Carta Națiunilor Unite și reafirmat de Adunarea Generală în rezoluția 2625 (XXV), în temeiul căreia „Fiecare stat are datoria de a se abține de la orice acțiune forțată care privează popoarele la care se face referire [în acea rezoluție] ... a dreptului lor la autodeterminare.” Articolul 1 comun Pactului internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale și Pactului internațional cu privire la drepturile civile și politice reafirmă dreptul tuturor popoarelor la autodeterminare și impune statelor părți obligația de a promova realizarea acestui drept și să îl respecte, în conformitate cu prevederile Cartei Națiunilor Unite²⁴. În acest caz privind Legalitatea construirii unui zid în Teritoriul Palestinian Ocupat, Curtea nu dă o definiție pentru „popor”, ci se bazează pe afirmații politice, aceasta fiind o problemă recurentă în cadrul dezbaterilor referitoare la principiul autodeterminării popoarelor.

2.3. Fraudarea și influențarea alegerilor prin mijloace cibernetice

Frauda electorală, cunoscută și sub termenul de manipulare electorală, reprezintă intervenția ilegală în procesul alegerilor prin alterarea voturilor, micșorarea numărului de voturi ale unui candidat sau mărirea numărului de voturi ale altuia²⁵.

Suprimarea alegătorilor este un proces diferit, dar care este deseori folosit alături de fraudă electorală pentru influențarea rezultatelor unor alegeri, aceasta constând într-o metodă autoritară de influențare prin descurajarea alegătorilor din a se prezenta la vot și astfel reducerea vocilor cetățenilor din a se face auzite și din a își clădi liber și în mod nevicat viitorul în calitate de popor²⁶.

Norma de drept internațional cel mai des discutată referitor la influențarea și fraudarea alegerilor este principiul non-intervenției în afacerile interne și externe ale statului. Acesta este consacrat în Declarația asupra principiilor dreptului internațional privind relațiile prietenești dintre state din

²³ Avizul consultativ în cauza privind Sahara de Vest, p. 32, par. 55.

²⁴ ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (hereinafter Wall), Advisory Opinion of 9 July 2004, ICJ Reports 2004, p. 182-183, par. 118.

²⁵ Disponibil la <https://www.polyas.com/>, (<https://www.polyas.com/election-glossary/election-fraud>), accesat la data de 28.02.2023.

²⁶ Disponibil la <https://www.polyas.com/>, (<https://www.polyas.com/election-glossary/voter-suppressio>), accesat la data de 28.02.2023.

1970²⁷. Intervenția statelor poate fi una directă, caz în care efectul produs este inabilitatea statului de a își organiza alegerile, constrângerea este una indiscutabilă și principiul non-intervenției este încălcat. Intervenția poate fi și una indirectă, care nu are drept subiect pasiv statul și ca efect o îngădire a drepturilor statului, ci are ca subiect pasiv poporul, prin influențarea atitudinii alegătorilor, spre exemplu prin folosirea rețelelor de socializare pentru distribuirea unor știri false legate de evenimente care ar descuraja alegătorii din a se prezenta la vot.

În doctrină s-a analizat intervenția în alegeri, încălcarea principiului non-intervenției fiind condiționată de existența unei acțiuni de constrângere²⁸. Nu există un consens referitor la ce măsuri se încadrează ca fiind acțiuni de constrângere în dreptul internațional atunci când vine vorba de campanii de dezinformare sau de hacking ale alegerilor, ceea ce face ca aceste acțiuni să opereze într-o zonă gri de legalitate²⁹.

În această lucrare analizăm principiul autodeterminării ca fiind strâns legat de principiul non-intervenției, dar o diferență esențială este aceea că o încălcare a principiului non-intervenției are nevoie să includă o acțiune de constrângere, așa cum reiese din cazul Curții Internaționale de Justiție privind Activități militare și paramilitare în Nicaragua și împotriva acesteia. În acest caz, Curtea Internațională de Justiție a constatat că: „Intervenția este ilegală atunci când sunt folosite metode de constrângere ce presupun folosirea forței, fie direct printr-o intervenție militară, fie indirect prin intermediul sprijinului acordat elementelor subversive ce desfășoară activități armate pe teritoriul altui stat”³⁰.

În domeniul non-intervenției, Manualul Tallinn 2.0 subliniază că principiul non-intervenției este un principiu recunoscut de drept internațional, iar prin Regula 6 prevede că „Un Stat nu poate interveni, inclusiv prin metode cibernetice, în afacerile interne sau externe ale unui alt Stat”, regula aplicându-se exclusiv între state și doar referitor la intervenția constrângătoare³¹. Referitor la acțiunea de constrângere, decizia Curții Internaționale de Justiție referitoare la cazul Nicaragua c. SUA susține că intervenția unui stat nu este conformă cu dreptul internațional „dacă poartă asupra chestiunilor ce țin de competența exclusivă a unui alt stat, conform principiului suveranității.”³² Este foarte ușor de încadrat o acțiune ca fiind constrângătoare atunci când pentru realizarea ei este folosită forța, dar acest lucru nu exclude posibilitatea unei constrângeri în alte moduri, chiar în lipsa folosirii forței

²⁷ Art. 1 din Rezoluția Adunării Generale a ONU nr. 2625 (XXV)/1970.

²⁸ Steven Wheatley, *Foreign Interference in Elections Under the Non-Intervention Principle: We Need to Talk About “Coercion”*, Duke Journal of Comparative & International Law, 2020, p. 165.

²⁹ Ibidem, p. 164.

³⁰ Cazul Curții Internaționale de Justiție privind Activități militare și paramilitare în Nicaragua și împotriva acesteia (Nicaragua v. United States of America), Merits, ICJ Reports 1986, p. 14, parag. 205.

³¹ Eric Talbot Jensen, *The Tallinn Manual 2.0: Highlights and Insights*, Georgetown Journal of International Law, 2017, p. 775.

³² Case concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, ICJ Reports 1986, p. 14, parag. 205.

armate, dar care are ca efect îngrădirea libertăților statului și, susținem noi, inerent și ale poporului.

Intervenția externă prin dezinformare distorsionează și subminează exprimarea națiunii și formarea opiniei autentice a poporului, afectând și legitimitatea guvernului ales în acest fel. Prin alinierea principiului non-intervenției și principiului autodeterminării se modifică obiectul intervenției, deținătorul nemaifiind statul, ci chiar însuși poporul și procesul prin care acesta își alege autoritatea de guvernare în mod liber³³.

Un exemplu ar fi distribuirea informațiilor false referitoare la detaliile administrative ale votului, cum ar fi locul centrelor de vot sau orele la care se poate depune votul³⁴. De asemenea, un alt mod de a influența rezultatul voturilor este anunțarea unor rezultate false înaintea închiderii urnelor pentru a crea senzația că procesul de votare s-a terminat iar ca votanții să fie descurajați din a merge la vot după o anumită oră³⁵. În aceste cazuri, statului afectat îi este îngrădită și afectată abilitatea de a face alegeri libere și de a își putea organiza liber acest proces, apărând acțiunea de constrângere, dar de asemenea este afectată direct și populația, alegerile făcute și rezultatele incidente din acestea, nemaivând aceeași legitimitate. Astfel este îngrădit dreptul poporului la autodeterminare. Ca exemplu concret pentru acest fel de dezinformare, în cadrul alegerilor prezidențiale din Statele Unite ale Americii din 2016, pe Twitter a avut loc o campanie de dezinformare în limbile engleză și spaniolă, având astfel ca audiență și minoritățile vorbitoare de limba spaniolă, care susținea că alegătorii își pot trimite votul către Hillary Clinton prin mesaje text prin telefon, încurajând astfel ca alegătorii să depună un vot invalid³⁶.

Puterile externe pot de asemenea să influențeze rezultatul alegerilor prin dobândirea accesului neautorizat asupra rețelelor și computerelor în mai multe moduri³⁷. Alegătorii pot fi scoși de pe listele electorale; statul poate interveni asupra aparatelor de vot electronic, în cazul în care acestea sunt folosite și schimbă alegerile votanților sau le șterg; rezultatul votului poate fi modificat prin hackuirea software-ului de intabulare a rezultatelor; în final, legitimitatea alegerilor poate să fie subminată prin crearea unei stări de confuzie referitoare la rezultatul lor.

Noile tehnologii ale informației și ale comunicării oferă șansa altor state să se amestece în alegerile organizate de statul afectat, acestea putând să suprasolicite serverelele site-urilor, caz incident în

³³Tsagourias, N., *Electoral cyber interference, self-determination and the principle of non-intervention in cyberspace*, White Rose Research Online, 2019, p. 14.

³⁴Michael N. Schmitt, *Foreign Cyber Interference in Elections*, Published by the Stockton Center for International Law, 2021, p. 747.

³⁵Ibidem.

³⁶Jeff John Roberts, *Sneaky Ads on Twitter Tell Voters to Text Votes for Hillary Clinton*, FORTUNE, 2016, disponibil la <https://fortune.com/> (<https://fortune.com/2016/11/03/text-vote-hillary-clinton/>), accesat la data de 25.02.2023.

³⁷Steven Wheatley, *Foreign Interference in Elections Under the Non-Intervention Principle: We Need to Talk About "Coercion"*, Duke Journal of Comparative & International Law, 2020, p. 166.

cadrul alegerilor locale din Bulgaria din 2015 asupra site-ului Comisiei Electorale³⁸, asupra site-ului unui partid politic într-un moment critic în timpul unor dezbateri electorale în Mexic în anul 2018³⁹, sau ca în cazul alegerilor prezidențiale ale Ucrainei din 2014 când hackerii au șters fișierele cheie și au făcut ca sistemul de înregistrare al voturilor să fie inoperabil⁴⁰.

2.3.1. Studii de caz

Atacurile cibernetice au fost în ultimii ani metoda principală a Rusiei de a își realiza operațiunile în Ucraina. Hackerii pro-Kremlin au atacat de-a lungul vremii toate sectoarele esențiale, printre care politică, energie, finanțe, media. CyberBerkut, un grup de hackeri puternic legat de Kremlin, a devenit cunoscut pentru acțiunile sale de Distributed Denial of Service (DDoS), anume un tip de atacuri cibernetice prin care făptuitorul încearcă să indisponibilizeze un anumit serviciu sau rețea pentru utilizatorii săi prin perturbarea serviciului de găzduire a rețelei. CyberBerkut a atacat în timpul alegerilor prezidențiale din Ucraina din 2014 calculatoarele Comisiei Centrale Electorale încât rezultatul afișat era falsificat încât să îl arate învingător pe candidatul de extremă dreaptă, Dmytro Yarosh⁴¹. Efectul unei asemenea mișcări poate fi nociv pentru democrație, născându-se confuzie și lipsă de încredere referitor la rezultatele alegerilor și la legitimitatea acestora, voturile apărând în fața cetățenilor ca fiind manipulate.

În cadrul alegerilor prezidențiale din Statele Unite ale Americii din 2020 a fost răspândită știrea conform căreia alegerile fuseseră fraudate iar rezultatul conform căruia Joe Biden fusese ales președinte nu era rezultatul adevărat iar voința poporului nu fusese respectată. Contextul a fost unul favorabil conspirațiilor, existând un istoric controversat, în care alegerile prezidențiale din 2016 fuseseră profund afectate de știrile controversate despre candidați, de intervenția rusă prin conturi false menite să distribuie informații false legate de candidata Hillary Clinton și prin activități de hacking ale sistemelor informatice aparținând campaniei lui Clinton și partidului-mamă⁴².

³⁸Huge Hack Attack on Bulgaria Election Authorities 'Not to Affect Vote Count', 2015, disponibil la <https://www.novinite.com/> (<https://www.novinite.com/articles/171533/Huge+Hack+Attack+on+Bulgaria+Election+Authorities'+Not+to+Affect+Vote+Count>), accesat la data de 25.02.2023.

³⁹Daina Beth Solomon, *Cyber attack on Mexico campaign site triggers election nerves*, 2018, disponibil la <https://www.reuters.com/> (<https://www.reuters.com/article/us-mexico-election-cyber/cyber-attack-on-mexico-campaign-site-triggers-election-nerves-idUSKBN1J93BU>), accesat la data de 25.02.2023.

⁴⁰Mark Clayton, *Ukraine election narrowly avoided 'wanton destruction' from hackers*, disponibil la <https://www.csmonitor.com/> (<https://www.csmonitor.com/World/Passcode/2014/0617/Ukraine-election-narrowly-avoided-wanton-destruction-from-hackers>), accesat la data de 25.02.2023.

⁴¹Andy Greenberg, *'How an Entire Nation Became Russia's Test Lab for Cyberwar*, *Wired*, 2017, disponibil la <https://www.wired.com/>, (<https://www.wired.com/story/russian-hackers-attack-ukraine/>), accesat la data de 26.02.2023.

⁴²Brian Ross, Rhonda Schwartz and James Gordon Meek, *Officials: Master Spy Vladimir Putin Now Directly Linked to US Hacking*, 2016, disponibil la <https://abcnews.go.com/>, (<https://abcnews.go.com/International/officials-master-spy-vladimir-putin-now-directly-linked/story?id=44210901>), accesat la data de 28.02.2023.

Prin asemenea intervenții în procesul electoral nu numai că se încalcă principiul non-intervenției și este afectată abilitatea statului de a organiza alegerile în mod corespunzător, dar este încălcat și principiul autodeterminării, existând numeroase posibile consecințe: cetățenii nu își mai pot exercita votul; votul lor este modificat astfel încât acesta nu mai este autentic; rezultatele voturilor sunt alterate, voința lor nemaifiind reprezentată, iar alegerile nemaifiind unele libere; este creată o stare de confuzie legată de rezultatele voturilor sau de neîncredere în autoritatea guvernatoare și în caracterul democratic al alegerilor. Toate aceste scenarii pot părea distopice și sunt specifice unui regim autoritar atunci când propriul stat pune în mișcare asemenea măsuri, așa că ipoteza în care un stat străin statului afectat reușește să intervină în cadrul alegerilor este la fel de periculoasă.

2.4. Impactul dezinformării în spațiul cibernetic prin intermediul rețelelor de socializare

După cum se prefigurează pe baza informațiilor prezentate anterior, un alt factor ce poate afecta dreptul popoarelor la autodeterminare este dezinformarea, această devenind o problemă din ce în ce mai stringentă și răspândită în contextul spațiului cibernetic⁴³.

2.4.1. Definiție și analiză a dezinformării

În prezent, nu există o definiție general acceptată a dezinformării⁴⁴. Totuși, în sens larg, dezinformarea cuprinde dezinformarea cu scop strategic (disinformation), informarea greșită (misinformation), dar și informarea rău-voitoare (mal-information). Dezinformarea cu scop strategic reprezintă transmiterea unor informații false în mod deliberat⁴⁵. Astfel, cel care le transmite are conștiința faptului că respectivele informații sunt false. În schimb, informarea greșită se bazează pe faptul că, deși informațiile sunt false, persoana care le diseminează crede că acestea sunt adevărate⁴⁶. În plus, ultima categorie, anume cea a informării răuvoitoare se referă la situația în care sunt folosite informații adevărate cu scopul de a provoca rău unei alte persoane sau entități⁴⁷. În sens restrâns, dezinformarea se referă la prima categorie evidențiată, anume la dezinformarea realizată în scop strategic, urmând a ne raporta la acest sens în continuare.

2.4.2. Impactul efectiv al dezinformării asupra dreptului popoarelor de a se autodetermina

⁴³Jude Blanchette, Scott Livingston, Bonnie S. Glaser, Scott Kennedy, *Protecting Democracy in an Age of Disinformation: Lessons from Taiwan*, Center for Strategic and International Studies (CSIS), 1 ianuarie 2021, pp. 3-4.

⁴⁴Irene Khan, *Disinformation and freedom of opinion and expression, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, 2021, disponibil la [digitallibrary.un.org](https://digitallibrary.un.org/record/3925306?ln=en) (<https://digitallibrary.un.org/record/3925306?ln=en>), accesat la data de 28.02.2023.

⁴⁵UNESCO, *Jurnalism, 'fake news' & dezinformare: manual pentru educația media și învățământul jurnalistic*, p. 49, disponibil la unesdoc.unesco.org (<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000376919>), accesat la data de 25.02.2023.

⁴⁶Ibidem.

⁴⁷Ibidem.

Dezinformarea există dintotdeauna însă, în contextul spațiului cibernetic, ea a reușit să prindă noi proporții⁴⁸. Astfel, este mult mai ușor ca prin intermediul său, să fie diseminate informații false la o viteză mare și către un număr ridicat de persoane⁴⁹.

Această dezinformare se realizează prin diverse mijloace printre care se numără roboții, trollingul și microtargetingul⁵⁰. Roboții reprezintă algoritmi informatici, linii de cod programate să simuleze anumite tipuri de comportamente astfel încât să interacționeze cu alți utilizatori în scopul de a dezinforma⁵¹. Pe de altă parte, pentru ca site-urile care propagă informații false să se asigure că acestea ajung la publicul țintă, ele se folosesc și de metoda microtargetingului. Astfel, bazându-se pe folosirea de „cookies” și pe reținerea preferințelor utilizatorilor, cei care propagă informații false reușesc să găsească mult mai ușor oameni care să fie receptivi la acestea⁵². În plus, trollingul este o metodă prin care anumite persoane denumite „trolls” postează diferite comentarii pe social media fie pentru a întrerupe discuții, fie pentru a diminua credibilitatea unor persoane, fie pentru a intimida alte persoane, tot în scopul de a împiedica o comunicare transparentă⁵³.

Informațiile false astfel transmise au potențialul de a afecta funcționalitatea democrațiilor, drepturile oamenilor și chiar dreptul popoarelor la autodeterminare. Prin intermediul dezinformării, se poate cauza confuzie care să determine o imposibilitate a popoarelor de a se autodetermina conform voinței lor autentice. De asemenea, la același rezultat se poate ajunge și în situația în care dezinformarea este folosită nu doar pentru a cauza confuzie, ci și pentru a manipula popoarele.

Astfel, deși spațiul cibernetic oferă o mulțime de posibilități, el poate propaga și anumite aspecte negative precum dezinformarea, afectând dreptul popoarelor la autodeterminare.

2.5. Studii de caz privind dezinformarea

Pentru a arăta în mod concret impactul pe care dezinformarea cauzată de state îl are asupra dreptului popoarelor de a se autodetermina, considerăm utilă realizarea unei analize asupra unor

⁴⁸Jude Blanchette, Scott Livingston, Bonnie S. Glaser, Scott Kennedy, *Protecting Democracy in an Age of Disinformation: Lessons from Taiwan*, Center for Strategic and International Studies (CSIS), 2021, p. 3.

⁴⁹Kalina Bontcheva and Julie Posetti (eds.), *Balancing Act: Countering Digital Disinformation While Respecting Freedom of Expression*, UNESCO Broadband Commission Report, September 2020, disponibil la [en.unesco.org](https://en.unesco.org/publications/balanceact) (<https://en.unesco.org/publications/balanceact>), accesat la data de 28.02.2023.

⁵⁰Center for Information Technology and Society, *How is Fake News Spread? Bots, People like You, Trolls, and Microtargeting*, disponibil la www.cits.ucsb.edu (<https://www.cits.ucsb.edu/fake-news/spread>), accesat la data de 25.02.2023.

⁵¹Jarred Prier, *Commanding the Trend: Social Media as Information Warfare*, Strategic Studies Quarterly, Vol. 11, No. 4 (WINTER 2017), p. 54.

⁵²Center for Information Technology and Society, *How is Fake News Spread? Bots, People like You, Trolls, and Microtargeting*, disponibil la www.cits.ucsb.edu (<https://www.cits.ucsb.edu/fake-news/spread>), accesat la data de 25.02.2023.

⁵³Jarred Prier, *Commanding the Trend: Social Media as Information Warfare*, Strategic Studies Quarterly, Vol. 11, No. 4 (WINTER 2017), p. 54.

cazuri concrete. Totuși, de menționat este că de cele mai multe ori dezinformarea realizată de state ia forma propagandei, diferența dintre acestea două fiind că de obicei propaganda are la bază o dezinformare, dar o dezinformare care este realizată în scop manipulativ, urmărind să provoace un răspuns emotiv din partea publicului-țintă⁵⁴.

2.5.1. Propaganda Rusiei împotriva Ucrainei

Un prim exemplu sugestiv este acela al propagandei realizate de Rusia pentru a obține susținere din partea ucrainenilor care locuiau în zona Donbas în special.

Încă din 2014, Putin, strategii de propagandă ai Kremlinului și insurgenții din Republicile Populare Donețk și Lugansk s-au referit în mod repetat la „Novorossiya” sau Noua Rusie drept una din justificările invaziei Rusiei⁵⁵. Aceasta ar reprezenta o porțiune largă de teritoriu cucerită de Imperiul Rus în secolul al 18-lea, porțiune care acum reprezintă aproape o treime din teritoriul Ucrainei⁵⁶. Astfel, ei doreau să transmită ideea că această treime din Ucraina ar trebui să aparțină de Rusia, iar pentru a atinge acest scop au încercat printr-o continuă dezinformare să îi convingă pe oamenii din acest teritoriu că Ucraina este guvernată de fasciști. În final, ca proiect ideologic, acesta nu a reușit să prindă în mintea celor care trăiesc pe presupusele sale teritorii din estul și sudul Ucrainei și a fost abandonat de Rusia și de autoritățile „Republicilor Populare” Donețk și Lugansk de îndată ce a devenit incomod din punct de vedere politic. Astfel, Rusia nu a reușit să-i convingă pe ucraineni că sunt victimele „genocidului” și că „fasciștii” controlează guvernul de la Kiev, dar cu toate acestea, ea a depus numeroase eforturi să dezinformeze în scopul acestei propagande.

De asemenea, atât pentru această propagandă, cât și în cadrul altor acțiuni de dezinformare, ea s-a folosit de multiple mijloace printre care se numără și spațiul cibernetic. Principalele metode de dezinformare la care a apelat au fost controlarea presei naționale, încercarea de rebranding a revoluției și a unor aspecte istorice și răspândirea repetată a unor zvonuri false în scopul de a crea confuzie⁵⁷. În plus, Rusia s-a folosit în repetate rânduri de metoda de dezinformare numită trolling, descoperindu-se faptul că multe conturi în spatele cărora se aflau roboți erau gestionate de către

⁵⁴ Steve Neale, *Propaganda*, Screen, 2017, pp. 9-40.

⁵⁵ H. Reisinger, A. Golts, *Russia's Hybrid Warfare: Waging War below the Radar of Traditional Collective Defence*, NATO Research Division, 2014, p. 7.

⁵⁶ Adrian A. Basora, Aleksandr Fisher, *Putin's "Greater Novorossiya" - The Dismemberment of Ukraine*, 2014, disponibil la [www.fpri.org \(https://www.fpri.org/article/2014/05/putins-greater-novorossiya-the-dismemberment-of-ukraine/\)](https://www.fpri.org/article/2014/05/putins-greater-novorossiya-the-dismemberment-of-ukraine/), accesat la data de 27.02.2023.

⁵⁷ Alan Yuhas, *Russian propaganda over Crimea and the Ukraine: how does it work?*, 2014, disponibil la [www.theguardian.com \(https://www.theguardian.com/world/2014/mar/17/crimea-crisis-russia-propaganda-media\)](https://www.theguardian.com/world/2014/mar/17/crimea-crisis-russia-propaganda-media), accesat la data de 27.02.2023.

Agencia de research asupra internetului din Sankt Petersburg⁵⁸.

Ca atare, Rusia reprezintă un exemplu de stat care prin acțiunile sale de dezinformare ar fi putut afecta dreptul popoarelor la autodeterminare. Prin informațiile false propagate, ea ar fi putut influența cetățenii Ucrainei, făcându-i să creadă în conceptul de „Novorossiya” și în faptul că guvernul ucrainean este unul fascist, alterându-le deciziile în privința cursului propriilor dezvoltări politice, culturale și sociale, iar acest lucru ar fi fost mult mai ușor de realizat în contextul spațiului cibernetic.

În plus, Rusia a continuat să propage dezinformarea chiar în urma acestor acțiuni din 2014. În ultimii ani, obiectul dezinformării s-a extins, inițial vizând revizionismul istoric în privința Crimeei, Rusia susținând că aceasta i-a aparținut din totdeauna, iar apoi false acuzații despre cum în guvernul ucrainean ar fi infiltrați neonaziști și despre cum Ucraina și SUA sunt preocupate de realizarea unor arme biologice⁵⁹.

2.5.2. Propaganda realizată de China

China este un stat care deseori folosește mijloace de dezinformare pentru a-și susține și promova interesele, iar odată cu dezvoltarea spațiului cibernetic, ea a început să apeleze din ce în ce mai mult și la astfel de mijloace cibernetice⁶⁰. Una dintre metodele principale este diplomația de tipul „wolf warrior” care presupune faptul că diplomații din China se folosesc de mijloacele de comunicare pentru a combate orice informații care ar putea aduce vreun prejudiciu imaginii Chinei sau orice critică la adresa sa⁶¹. De asemenea, o altă practică folosită este aceea a creării unor conturi false pe Facebook, Twitter și Youtube care să combată orice utilizatori ce critică Republica Populară Chineză. O ultimă metodă folosită este aceea ce poartă denumirea de „keyboard army” și presupune faptul că autoritățile chineze oferă direcții și indicații cetățenilor în legătură cu ce să posteze pe social media.

Un caz concret în care această metodă a fost folosită lezând dreptul la autodeterminare al popoarelor este acela al protestelor din Hong Kong. Astfel, China a încercat să pună accent pe latura de violență a protestelor, propagându-se ideea că aceste proteste reprezintă acțiuni de terorism⁶² și

⁵⁸How Russian bots appear in your timeline, disponibil la www.bbc.com (<https://www.bbc.com/news/technology-41982569>), accesat la data de 27.02.2023.

⁵⁹Disinformation and Russia's war of aggression against Ukraine, disponibil la www.oecd.org, (<https://www.oecd.org/ukraine-hub/policy-responses/disinformation-and-russia-s-war-of-aggression-against-ukraine-37186bde/>), accesat la data de 27.02.2023.

⁶⁰Krassi Twigg, Kerry Allen, *The disinformation tactics used by China*, 2021, disponibil la www.bbc.com (<https://www.google.com/amp/s/www.bbc.com/news/56364952.amp>), accesat la data de 27.02.2023.

⁶¹Wolf warrior diplomacy, disponibil la en.wikipedia.org (https://en.wikipedia.org/wiki/Wolf_warrior_diplomacy), accesat la data de 28.02.2023.

⁶²Javier C. Hernandez, *China Deploys Propaganda Machine to Defend Move Against Hong Kong*, 2020, disponibil la www.nytimes.com (<https://www.nytimes.com>), accesat la data de 01.03.2023.

fiind ignorate motivele protestatarilor, lezându-le astfel libertatea de exprimare⁶³. În plus, aceste acțiuni de dezinformare legate de protestele din Hong Kong au fost urmate chiar de adoptarea unor legi în domeniul securității prin care să se limiteze protestele, ducând la arestarea unor jurnaliști și unor activiști pentru democrație⁶⁴.

De menționat este faptul că acesta este un caz aparte în care este lezat dreptul la autodeterminare al popoarelor prin intermediul dezinformării realizate cu ajutorul spațiului cibernetic, întrucât aici este vorba chiar de propriul stat care realizează această dezinformare. Ca atare, în această situație puterea de reprezentare nu este folosită pentru a exprima voința autentică a poporului, ducându-se la lezarea drepturilor lui.

2.6. Măsuri și aspecte privind răspunderea

Astfel, se ridică problema asupra a ce măsuri pot fi luate în astfel de situații cum au fost cele prezentate anterior, atât care țin de dezinformare, cât și de fraudarea sistemelor electorale și, în plus, se ridică întrebarea dacă ar putea statele fi răspunzătoare chiar și pentru inacțiuni ale lor care să ducă la o propagare a dezinformării.

Pentru început, statele ar putea fi ținute răspunzătoare dacă îndeplinesc atât o condiție de ordin subiectiv, anume o acțiune sau omisiune imputabilă statului, cât și o condiție de ordin obiectiv, anume încălcarea unei obligații internaționale. Cum dreptul la autodeterminare al popoarelor este reglementat în Carta ONU și în diverse acte menționate de-a lungul lucrării, este îndeplinită această condiție, existând obligația statelor de a-l respecta, iar în privința realizării unor acțiuni imputabile statului ne putem imagina numeroase exemple, câteva fiind ilustrate și în situațiile prezentate anterior. Astfel, statele ar putea fi ținute răspunzătoare pentru acțiunile de dezinformare sau propagandă imputabile lor care duc la o încălcare a dreptului popoarelor de a se autodetermina sau chiar pentru acțiuni de hacking care să afecteze procesul electoral și, implicit, dreptul la autodeterminare.

În subsidiar, în situația în care dezinformarea sau fraudarea alegerilor sunt realizate în mod constrângător, s-ar putea atrage răspunderea statului chiar în baza principiului non-intervenției, așa cum am menționat și în secțiunile anterioare.

În privința dezinformării, situațiile în care este vorba de o acțiune efectivă sunt ușor de imaginat, dar

⁶³J. J. Rose, *How China is winning the Hong Kong propaganda war*, 2019, disponibil la www.lowyinstitute.org (<https://www.lowyinstitute.org/the-interpretor/how-china-winning-hong-kong-propaganda-war>), accesat la data de 01.03.2023.

⁶⁴Lindsay Maizland, *Hong Kong's Freedoms: What China Promised and How It's Cracking Down*, 2022, disponibil la www.cfr.org (<https://www.cfr.org/backgrounder/hong-kong-freedoms-democracy-protests-china-crackdown>), accesat la data de 01.03.2023.

ar putea fi statele ținute răspunzătoare și pentru o eventuală omisiune, eventual chiar pentru o omisiune de a reglementa acest domeniu? Considerăm că răspunsul la această întrebare ar putea fi că da, putând fi invocat principiul diligenței (*due diligence*), fundamentat pe suveranitate, care este consacrat în decizia CIJ privind cazul Strâmtoarei Corfu (Marea Britanie c. Albania): „obligația oricărui stat de a nu permite în mod conștient folosirea teritoriului său pentru a fi utilizat în vederea comiterii de acte care să lezeze drepturile altor state”⁶⁵. Astfel, dacă se dovedește cunoștința statului de care aparține făptuitorul actului de dezinformare și pe teritoriul căreia acesta își desfășoară activitatea⁶⁶, se poate angrena răspunderea statului pentru acțiunile ilegale îndeplinite de acesta. În plus, statelor le este recomandat să adopte acte legislative pentru a combate dezinformarea, respectând în același timp drepturile omului, să dezvolte mecanisme de supraveghere a companiilor care se ocupă în principal cu comunicarea în spațiul cibernetic, să evite criminalizarea dezinformării și să nu apeleze la măsuri disproporționale de folosire a internetului și a social media pentru combaterea dezinformării. De asemenea, o serie de recomandări la nivel european sunt cuprinse și într-un raport al Consiliului Europei⁶⁷.

3. Inițiative legale deja existente

3.1. Inițiative la nivelul Națiunilor Unite

Având în vedere importanța protejării dreptului la autodeterminare în contextul spațiului cibernetic care aduce cu sine anumite riscuri, considerăm utilă analiza inițiativelor care există în prezent în acest domeniu.

Documentele ce cuprind măsuri privind criminalitatea cibernetică sunt de interes pentru evidențierea acțiunilor ce se iau pentru protecția dreptului popoarelor de a se autodetermina în contextul actual, întrucât există o legătură strânsă între faptele ce pot să lezeze acest drept și infracțiunile cibernetică. În ce privește dezinformarea, aceasta nu reprezintă în sine un tip de infracțiune cibernetică, însă poate fi un mijloc prin care astfel de infracțiuni să se realizeze, lezând dreptul popoarelor la autodeterminare, iar în privința acțiunilor de fraudare a sistemelor electorale, acestea se realizează, în principiu, prin intermediul infracțiunilor cibernetică, fără a reprezenta în sine un tip de infracțiune cibernetică. Câteva astfel de infracțiuni care pot sta la baza fraudării alegerilor sunt interceptarea neautorizată sau fraudă informatică.

⁶⁵ Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), ICJ Reports 1949, p. 23.

⁶⁶ Manualul Tallinn 2.0, Comentariul 5 la regula 1: „Infrastructura cibernetică este supusă controlului legal al Statului”, „Suveranitatea teritorială a Statului protejează o asemenea infrastructură cibernetică”.

⁶⁷ Claire Wardle, Hossein Derakhshan, *Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making*, 2017, disponibil la www.coe.int (<https://www.coe.int/en/web/cybercrime/the-budapest-convention>), accesat la data de 01.03.2023.

În prezent, nu avem o definiție a criminalității cibernetice sau a atacurilor cibernetice, dar acestea pot fi descrise pe larg ca fiind infracțiuni dependente de spațiul cibernetic, infracțiuni înlesnite de spațiul cibernetic și infracțiuni specifice spațiului cibernetic. Nu avem un Obiectiv pentru Dezvoltare Durabilă care adresează criminalitatea cibernetică, dar aceasta poate să fie considerată un obstacol pentru atingerea unor multiple Obiective ale Națiunilor Unite, în special pentru Obiectivul 16 pentru Pace, Justiție și Instituții puternice⁶⁸ sau pentru subpunctul 16.10 referitor la Accesul public la informații și protejarea libertăților fundamentale⁶⁹.

Adunarea Generală a Națiunilor Unite a votat în decembrie 2019 începerea negocierilor pentru un tratat privind criminalitatea cibernetică, mai exact privind folosirea tehnologiilor informației și ale comunicării cu scop infracțional, care are potențialul să aducă mari dezvoltări în vederea apărării drepturilor omului. Conturarea acestui tratat are în prezent loc de-a lungul mai multor întâlniri, iar Adunarea Generală a votat înființarea unui Comitet Ad Hoc însărcinat cu elaborarea acestei convenții, ce urmează a fi finalizată în 2024⁷⁰. Biroul ONU pentru Droguri și Criminalitate (UNODC) are, de asemenea, un Program Global pentru Criminalitate Cibernetică însărcinat cu asistarea Statelor Membre în vederea combaterii criminalității cibernetice prin oferirea de asistență tehnică și dezvoltarea cunoștințelor și capacităților acestora⁷¹.

3.2. Inițiative la nivel european

Convenția de la Budapesta reprezintă unul dintre cele mai relevante acorduri internaționale privind criminalitatea cibernetică și probele electronice. Chiar dacă acesta a fost negociat de statele membre ale Consiliului Europei, precum și de Canada, Japonia, Africa de Sud și SUA, el este deschis spre aderare oricărui stat, iar un număr tot mai mare de țări din Africa, America și Asia se folosesc de această oportunitate în interesul realizării justiției penale privind criminalitatea cibernetică⁷².

Astfel, Convenția de la Budapesta este un tratat în materie penală de o importanță deosebită, ce cuprinde aspecte legate de incriminarea unei liste de atacuri împotriva și prin intermediul computerelor, de instrumentele de drept procedural care ar putea fi folosite în desfășurarea investigațiilor asupra criminalității cibernetice, dar și aspecte legate de cooperarea polițienească și

⁶⁸United Nations, *Sustainable Development Goals*, disponibil la <https://sdgs.un.org/>, (<https://sdgs.un.org/goals/goal16>), accesat la data de 01.03.2023.

⁶⁹Națiunile Unite, *Obiectivele de Dezvoltare Durabilă*, Subpunctul 16.10: Asigurarea accesului public la informații și protejarea libertăților fundamentale, în conformitate cu legislația națională și acordurile internaționale.

⁷⁰United Nations, *A UN treaty on cybercrime en route*, 2022, disponibil la [unric.org](https://unric.org/en/a-un-treaty-on-cybercrime-en-route/), (<https://unric.org/en/a-un-treaty-on-cybercrime-en-route/>), accesat la data de 01.03.2023.

⁷¹United Nations, *Global Programme on Cybercrime*, disponibil la www.unodc.org (<https://www.unodc.org/unodc/en/cybercrime/global-programme-cybercrime.html>), accesat la data de 02.03.2023.

⁷²Council of Europe, *The Budapest Convention (ETS No. 185) and its Protocols*, disponibil la www.coe.int (<https://www.coe.int/en/web/cybercrime/the-budapest-convention>), accesat la data de 02.03.2023.

judiciară internațională în materie de criminalitate cibernetică și probe electronice⁷³. Acest document s-a dovedit destul de util în contextul în care spațiul cibernetic s-a dezvoltat din ce în ce mai mult în ultimii ani, fiind folosit deopotrivă în operațiunile realizate de state, dar și de indivizi, iar beneficiile acestuia au fost prezentate într-un raport al Consiliului Europei realizat în 2020⁷⁴.

Apoi, ulterior, în 2020, Uniunea Europeană a realizat chiar o strategie în privința securității cibernetice în era digitală, ce pleca de la premisa că toți ar trebui să poată să realizeze în siguranță orice activități în mediul digital, acest lucru fiind posibil prin sporirea securității serviciilor digitale și a dispozitivelor conectate, prin întărirea abilităților colective de a răspunde atacurilor cibernetice majore și prin cooperarea la nivel internațional cu diferiți parteneri astfel încât să se asigure securitatea și stabilitatea cibernetică. Astfel, în baza acestei strategii au fost adoptate multiple documente, printre care și Directiva privind securitatea informației și a rețelelor (NIS) care are, printre altele, ca scop, chiar combaterea dezinformării și creșterea securității în privința alegerilor, protejând astfel și dreptul popoarelor de a se autodetermina.

4. Concluzii

În consecință, prin intermediul acestei lucrări am dorit să punctăm cele mai relevante aspecte legate de principiul autodeterminării, dar și care sunt eventualele pericole pe care evoluția spațiului cibernetic le-a cauzat cu privire la acesta. Principiul autodeterminării este unul complex care trebuie analizat în corelare cu suveranitatea și principiul non-intervenției, concluzia cea mai importantă cu privire la această legătură fiind aceea că atunci când dreptul popoarelor la autodeterminare este lezat prin folosirea constrângerii, răspunderea statului poate fi antrenată atât în baza principiului autodeterminării, cât și în baza principiului non-intervenției, alături de principiul diligenței. De asemenea, el trebuie aplicat în lumina jurisprudenței care evidențiază caracterul său *erga omnes*, faptul că trebuie exercitat în mod liber și autentic și faptul că statele au obligația de a-l promova și respecta. În plus, în privința pericolelor care au apărut odată cu dezvoltarea spațiului cibernetic, cele mai importante sunt riscurile legate de fraudarea alegerilor și dezinformarea, care pot afecta dreptul popoarelor la autodeterminare. Totuși, considerăm important faptul că există inițiative la nivel legislativ atât la nivelul Națiunilor Unite, cât și la nivel european care aduc cu sine promisiunea unor

⁷³Alexander Seger, *The Budapest Convention on Cybercrime: a framework for capacity building*, disponibil la [thegfce.org \(https://thegfce.org/the-budapest-convention-on-cybercrime-a-framework-for-capacity-building/\)](https://thegfce.org/the-budapest-convention-on-cybercrime-a-framework-for-capacity-building/), accesat la data de 02.03.2023.

⁷⁴Council of Europe, *The Budapest Convention on Cybercrime: benefits and impact in practice*, 2020, disponibil la [coe.int \(https://rm.coe.int/t-cy-2020-16-bc-benefits-rep-provisional/16809ef6ac\)](https://rm.coe.int/t-cy-2020-16-bc-benefits-rep-provisional/16809ef6ac), accesat la data de 02.03.2023.

garanții în privința principiului autodeterminării, inițiative care sunt imperios necesare. În plus, la nivel de perspective de viitor, considerăm relevant și necesar ca statele să coopereze atât între ele, cât și cu grupurile de experți înființate până acum, să ia măsuri interne ce țin de combaterea pericolelor referitoare la spațiul cibernetic și să adopte bune practici, iar ca experții să continue cercetarea în acest domeniu, având în vedere că spațiul cibernetic este în continuă dezvoltare și că dreptul la autodeterminare este unul de o deosebită importanță, care întruchipează posibilitatea popoarelor de a-și determina propriul destin fără amestec, constrângere sau subjugare exterioară.

Bibliografie:

Resurse tipărite:

1. Nicolaas Schrijver, *Realizing the Right to Development, Self-determination of peoples and sovereignty over natural wealth and resources*, UN Human Rights Publication, 2013
2. Australian Institute of Aboriginal and Torres, *Unfinished Constitutional Business? Rethinking Indigenous Self-determination* Aboriginal Studies Press, 2005
3. Christiano Thomas, *Self-determination and the Human Right to Democracy*, in Rowan Cruft, S. Matthew Liao, and Massimo Renzo (eds), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Philosophical Foundations of Law, Oxford Academic, 2015
4. İrem IŞIK, Ömer F. BİLDİK, Tayanç T. Molla, *Securing Elections Through International Law: A Tool for Combatting Disinformation Operations?*, *Journal of Strategic Security*, Vol. 15, No. 4, 2022
5. Neil MacFarlane, Natalie Sabanadze, *Sovereignty and self-determination: What are we?*, *International Journal*, Vol. 68, No. 4, 2013
6. Gareth Davies, *Sovereignty and Collaboration: Affordable Strategies in Times of Austerity?*, Air University Press, 2016
7. Michael N. Schmitt *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*. 2nd ed., Cambridge University Press, 2017
8. Jakob R. Augustin, *The Precarious History of the UN towards Self-Determination, The United Nations: Friend or Foe of Self-Determination?*, E-IR Edited Collection, 2020
9. Antonio Cassese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995; Patrick Thornberry, *The Democratic or Internal Aspect of Self-Determination with Some Remarks on Federalism* in *Modern Law of Self-Determination*, edited by Christian Tomuschat, Dordrecht, Boston and London: Martinus Nijhoff, 1992

10. Avner De-Shali, *National self-determination: political, not cultural.*, Political Studies 44.5, 1996
11. Comisia de Drept Internațional, James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002
12. Rezoluția Adunării Generale a ONU nr. 2625 (XXV)/1970
13. Case concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, ICJ Reports 1986
14. Eric Talbot Jensen, *The Tallinn Manual 2.0: Highlights and Insights*, Georgetown Journal of International Law, 2017
15. Tsagourias, N., *Electoral cyber interference, self-determination and the principle of non-intervention in cyberspace*, White Rose Research Online, 2019
16. Michael N. Schmitt, *Foreign Cyber Interference in Elections*, Published by the Stockton Center for International Law, 2021
17. Steven Wheatley, *Foreign Interference in Elections Under the Non-Intervention Principle: We Need to Talk About "Coercion"*, Duke Journal of Comparative & International Law, 2020
18. Jude Blanchette, Scott Livingston, Bonnie S. Glaser, Scott Kennedy, *Protecting Democracy in an Age of Disinformation: Lessons from Taiwan*, Center for Strategic and International Studies (CSIS), 2021
19. Jarred Prier, *Commanding the Trend: Social Media as Information Warfare*, Strategic Studies Quarterly, Vol. 11, No. 4, 2017
20. Steve Neale, *Propaganda*, Screen, 2017
21. H. Reisinger, A. Golts, *Russia's Hybrid Warfare: Waging War below the Radar of Traditional Collective Defence*, NATO Research Division, 2014
22. Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), ICJ Reports 1949

Resurse digitale:

1. Jeff John Roberts, *Sneaky Ads on Twitter Tell Voters to Text Votes for Hillary Clinton*, FORTUNE, 2016, disponibil la <https://fortune.com/> (<https://fortune.com/2016/11/03/text-vote-hillary-clinton/>), accesat la data de 25.02.2023
2. *Huge Hack Attack on Bulgaria Election Authorities 'Not to Affect Vote Count'*, 2015, disponibil la <https://www.novinite.com/> (<https://www.novinite.com/articles/171533/Huge+Hack+Attack+on+Bulgaria+Election+Authorities+'Not+to+Affect+Vote+Count>), accesat la data de 25.02.2023
3. Daina Beth Solomon, *Cyber attack on Mexico campaign site triggers election nerves*, 2018, disponibil la <https://www.reuters.com/> (<https://www.reuters.com/article/us-mexico-election-cyber/cyber-attack-on-mexico-campaign-site-triggers-election-nerves-idUSKBN1J93BU>), accesat

la data de 25.02.2023

4. Mark Clayton, *Ukraine election narrowly avoided 'wanton destruction' from hackers*, disponibil la <https://www.csmonitor.com/> (<https://www.csmonitor.com/World/Passcode/2014/0617/Ukraine-election-narrowly-avoided-wanton-destruction-from-hackers>), accesat la data de 25.02.2023
5. Andy Greenberg, *How an Entire Nation Became Russia's Test Lab for Cyberwar*, Wired, 2017, disponibil la <https://www.wired.com/>, (<https://www.wired.com/story/russian-hackers-attack-ukraine/>), accesat la data de 26.02.2023
6. BRIAN ROSS, RHONDA SCHWARTZ and JAMES GORDON MEEK, *Officials: Master Spy Vladimir Putin Now Directly Linked to US Hacking*, 2016, disponibil la <https://abcnews.go.com/> (<https://abcnews.go.com/International/officials-master-spy-vladimir-putin-now-directly-linked/story?id=44210901>), accesat la data de 28.02.2023
7. Irene Khan, *Disinformation and freedom of opinion and expression, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, 2021 disponibil la digitallibrary.un.org (<https://digitallibrary.un.org/record/3925306?ln=en>), accesat la data de 28.02.2023
8. UNESCO, *Jurnalism, 'fake news' & dezinformare: manual pentru educația media și învățământul jurnalistic*, p. 49, disponibil la unesdoc.unesco.org (<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000376919>), accesat la data de 25.02.2023
9. Kalina Bontcheva and Julie Posetti (eds.), *Balancing Act: Countering Digital Disinformation While Respecting Freedom of Expression*, UNESCO Broadband Commission Report, September 2020, disponibil la en.unesco.org (<https://en.unesco.org/publications/balanceact>), accesat la data de 28.02.2023
10. Center for Information Technology and Society, *How is Fake News Spread? Bots, People like You, Trolls, and Microtargeting*, disponibil la www.cits.ucsb.edu (<https://www.cits.ucsb.edu/fake-news/spread>), accesat la data de 25.02.2023
11. Adrian A. Basora, Aleksandr Fisher, *Putin's "Greater Novorossiya" - The Dismemberment of Ukraine*, 2014, disponibil la www.fpri.org (<https://www.fpri.org/article/2014/05/putins-greater-novorossiya-the-dismemberment-of-ukraine/>), accesat la data de 27.02.2023
12. Alan Yuhas, *Russian propaganda over Crimea and the Ukraine: how does it work?*, 2014, disponibil la www.theguardian.com (<https://www.theguardian.com/world/2014/mar/17/crimea-crisis-russia-propaganda-media>), accesat la data de 27.02.2023
13. *How Russian bots appear in your timeline*, disponibil la www.bbc.com (<https://www.bbc.com/news/technology-41982569>), accesat la data de 27.02.2023
14. *Disinformation and Russia's war of aggression against Ukraine*, disponibil la www.oecd.org, (<https://www.oecd.org/ukraine-hub/policy-responses/disinformation-and-russia-s-war-of-aggression-against-ukraine-37186bde/>), accesat la data de 27.02.2023

15. Krassi Twigg, Kerry Allen, *The disinformation tactics used by China*, 2021, disponibil la www.bbc.com (<https://www.google.com/amp/s/www.bbc.com/news/56364952.amp>), accesat la data de 27.02.2023
16. *Wolf warrior diplomacy*, disponibil la en.wikipedia.org (https://en.wikipedia.org/wiki/Wolf_warrior_diplomacy), accesat la data de 28.02.2023
17. Javier C. Hernandez, *China Deploys Propaganda Machine to Defend Move Against Hong Kong*, 2020, disponibil la www.nytimes.com (<https://www.nytimes.com>), accesat la data de 01.03.2023
18. J. J. Rose, *How China is winning the Hong Kong propaganda war*, 2019, disponibil la www.lowyinstitute.org (<https://www.lowyinstitute.org/the-interpretor/how-china-winning-hong-kong-propaganda-war>), accesat la data de 01.03.2023
19. Lindsay Maizland, *Hong Kong's Freedoms: What China Promised and How It's Cracking Down*, 2022, disponibil la www.cfr.org (<https://www.cfr.org/backgrounder/hong-kong-freedoms-democracy-protests-china-crackdown>), accesat la data de 01.03.2023
20. Claire Wardle, Hossein Derakhshan, *Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making*, 2017, disponibil la www.coe.int (<https://www.coe.int/en/web/cybercrime/the-budapest-convention>), accesat la data de 01.03.2023
21. United Nations, *Sustainable Development Goals*, disponibil la <https://sdgs.un.org/>, (<https://sdgs.un.org/goals/goal16>), accesat la data de 01.03.2023
22. United Nations, *A UN treaty on cybercrime en route*, 2022, disponibil la unric.org, (<https://unric.org/en/a-un-treaty-on-cybercrime-en-route/>), accesat la data de 01.03.2023
23. United Nations, *Global Programme on Cybercrime*, disponibil la www.unodc.org (<https://www.unodc.org/unodc/en/cybercrime/global-programme-cybercrime.html>), accesat la data de 02.03.2023
24. Council of Europe, *The Budapest Convention (ETS No. 185) and its Protocols*, disponibil la www.coe.int (<https://www.coe.int/en/web/cybercrime/the-budapest-convention>), accesat la data de 02.03.2023
25. Alexander Seger, *The Budapest Convention on Cybercrime: a framework for capacity building*, disponibil la thegfce.org (<https://thegfce.org/the-budapest-convention-on-cybercrime-a-framework-for-capacity-building/>), accesat la data de 02.03.2023
26. Council of Europe, *The Budapest Convention on Cybercrime: benefits and impact in practice*, 2020, disponibil la coe.int (<https://rm.coe.int/t-cy-2020-16-bc-benefits-rep-provisional/16809ef6ac>), accesat la data de 02.03.2023

