

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 1/2012
ianuarie-martie

COLEGIUL REDACȚIONAL

DIRECTOR: Prof. dr. Paul VASILESCU

REDACTOR-ȘEF: lector dr. Mircea Dan BOB

SECRETAR DE REDACȚIE: asist. Sergiu GOLUB

MEMBRI:

lector dr. Sergiu BOGDAN

profesor dr. Dan CHIRICĂ

asist. Cosmin COSTAȘ

profesor dr. Mircea MINEA

profesor dr. Liviu POP

conf. dr. Florin STRETEANU

REFERENȚI:

George ANTONIU - profesor, Institutul de cercetări juridice, Academia Română

Michel GRIMALDI - profesor, Université Paris II „Panthéon-Assas”

Vladimir HANGA - profesor dr.doc., Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Bjarne MELKEVIK - profesor, Université Laval, Québec

Benoît MOORE - profesor, Université de Montréal

Jean PINEAU - profesor, Université de Montréal

CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

» Studii: Pierre-Gabriel Jobin - LES RAMIFICATIONS DE L'INTERDICTION D'OPTER. Y A-T-IL UN CONTRAT? OÙ FINIT-IL?	5
» Studii: Adrian Tamba - DESPRE ANTICHREZĂ SAU GAJUL IMOBILIAR / De l'antichrèse ou le gage immobilier.....	28
» Articole: Cosmin Flavius Costas - STUDIU PRIVIND TAXELE SPECIALE INSTITUITE PENTRU ACTIVITĂȚILE DE RIDICARE ȘI BLOCARE A AUTOVEHICULELOR PARCATE PE DOMENIUL PUBLIC / Study Concerning the Special Taxes for the Removal and Blocking of Vehicles Parked on the Public Domain	43
» Articole: Meda Couzens - INTERESUL SUPERIOR AL COPILULUI CA FACTOR DE INDIVIDUALIZARE A PEDEPSEI APLICATE UNEI PERSOANE CONDAMNATE: EXPERIENȚA SUD-AFRICANĂ / The Best Interests of the Child as a Sentencing Factor: the South African Experience.....	52
» Articole: Sergiu-Valentin Gherdan - CONSIDERAȚII ASUPRA INTRĂRII ÎN VIGOARE A LEGII MATERIAL ȘI PROCESUAL FISCALE / Considérations sur l'entrée en vigueur de la loi matérielle et processuelle fiscale	78
» Articole: Liviu Lascu - MODALITĂȚI PRINCIPALE DE COMITERE A INFRAȚIUNILOR, POTRIVIT JURISPRUDENTEI INSTANTELOR PENALE INTERNAȚIONALE: COMITEREA DIRECTĂ SAU AUTORATUL; COMITEREA INDIRECTĂ SAU COMITEREA PRIN INTERMEDIUL ALTEI PERSOANE; PARTICIPAREA LA O „ÎNȚEPRINDERE CRIMINALĂ COMUNĂ” / The Main Modes of Liability for Crime Committing, According to the Jurisprudence of International Criminal Courts: the Direct Commission or the Perpetration; the Indirect Commission or the Commission Through Another Person; the Participation in a „Joint Criminal Enterprise”	110
» Articole: Ovidiu Podaru - UNE VISION COHÉRENTE DE L'ACTIVITÉ DES AUTORITÉS PUBLIQUES SUR LES BIENS QU'ELLES DÉTIENNENT	143
» Articole: Ovidiu Podaru - O VIZIUNE COERENTĂ ASUPRA ACTIVITĂȚII AUTORITĂȚILOR PUBLICE ASUPRA BUNURILOR PE CARE LE DEȚIN	160
» Articole: Paul Popovici - JURĂMÂNTUL MARTORILOR ÎN PROCEDURA ARBITRAJULUI COMERCIAL / The Oath of Witness in Commercial Arbitration Procedure	176
» Articole: Denisa Tincau - NATURA JURIDICĂ A CONTRACTULUI DE ASIGURARE AUTO OBLIGATORIE / The Legal Nature of Compulsory Car Insurance Contract	182

**LES RAMIFICATIONS DE L'INTERDICTION D'OPTER.
Y A-T-IL UN CONTRAT? OÙ FINIT-IL?¹**

Pierre-Gabriel JOBIN*

Abstract: *The rules of the Code dealing with civil liability have been thoroughly reorganized. They are now presented as a unit, made up of two branches: contractual liability and extracontractual liability.*

The reform of the Civil Code also brought another fundamental change. Although there are still a few differences between the two liability regimes, the legislator considerably reduced their number (for instance, the extinctive prescription periods and the conditions of reparation for moratory damages). The contrast between the two branches of liability has been lessened considerably. As a result, judges are now faced much less often with the dilemma of choosing between a contractual rule and an extracontractual rule.

The repercussions of the rule against opting are greatly reduced. It is not easy to find concrete situations where the rule should be applied, since they are so rare. Indeed, there are many decisions where the judge no longer bothers to characterize the situation as contractual or extracontractual, for the good reason that it serves no practical purpose in the case he is deciding.

Establishing the boundaries of the contract in time and space and identifying the parties is not always a problem. For instance, the duty to inform, when the contract is being drafted, is not part of the contract and is governed by extracontractual liability; there is no controversy over this. However, in other contexts, admittedly infrequent, the definition of contractual scope has given rise to rather abundant, and sometimes amazing jurisprudence.

When an obligation can either come under the general duty of prudence laid down in Article 1457 C.C.Q., or constitute an implicit contractual obligation under Article 1434 C.C.Q., the rule against opting indirectly creates some difficulty. The critical expression of this is the duty of security. Indeed, in any matter that involves such an obligation, the court must decide if in that case the victim should base his remedy on the extracontractual regime or whether the matter involves an implicit contractual obligation, giving rise exclusively to contractual liability, due to the rule against opting.

In short, the judge determines whether the obligation that was breached is part of the contract. Is there really a reasonable and logical connection between the obligation and the subject of the contract? If not, then there is no implicit obligation, and liability must be extracontractual. This is a delicate question, and a source of controversy.

Résumé : Dans son article, l'auteur discute de la décision du législateur d'interdire aux parties à un contrat d'opter entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle. L'auteur constate que le Code civil ayant intégré, en grande partie, les règles contractuelles et extracontractuelles, les contrats et les « délits » ne forment plus deux mondes et le contraste entre les deux branches est nettement atténué; les répercussions s'en trouvent donc aussi diminuées. Il observe également que dans plusieurs situations, le tribunal devra déterminer la nature contractuelle ou extracontractuelle de la relation afin, s'il y a contrat, d'en fixer les limites – dans le temps et l'espace – ou de définir l'existence d'une obligation implicite et, éventuellement, son intensité.

Keywords : civil liability, contract, damages, determination

Mots clés: responsabilité civile, contrat, dommages intérêts, détermination

Introduction

Dans un geste assez spectaculaire, la réforme du Code civil a interdit aux parties à un contrat d'opter entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle (art. 1458, al. 2 C.c.Q.). Ce nouveau principe, contraire à la jurisprudence antérieure, porte des noms divers : interdiction d'opter, respect du régime contractuel, règle du non-cumul. Les répercussions de cette initiative du législateur vont dans toutes directions; c'est un musée de curiosités! Avant de les explorer, il est cependant indispensable à une juste compréhension de situer l'interdiction d'option dans le contexte d'autres changements très importants effectués dans le chapitre sur la responsabilité. Ils sont de deux ordres.

En premier lieu, la disposition des règles sur la responsabilité civile dans le Code a été profondément remaniée. Elle se présente désormais comme un *ensemble unifié*, composé de deux branches : la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle².

En effet, le législateur a intégré, dans une très large mesure, les règles contractuelles et extracontractuelles de droit commun³. Arrivent en tête de la section du Code intitulée *Dispositions générales* les articles 1457 et 1458, les deux règles de base de toute responsabilité; ils sont placés côte à côte, ce qui n'est pas le fruit du hasard. La section *Des conditions de la responsabilité* comprend, entremêlées, des dispositions communes aux deux régimes.

Dans les sous-sections sur l'exonération et le partage de la responsabilité, on trouve des règles communes aux deux branches de responsabilité (dont celles sur la force majeure, la clause exonératoire, l'obligation de la victime de réduire sa perte⁴),

des règles propres au régime contractuel (sur l'effet d'un avis de non-responsabilité à l'égard du cocontractant⁵), et enfin au moins une disposition propre à la responsabilité extracontractuelle (sur la validité de l'avis de non-responsabilité à l'égard des tiers⁶).

Le législateur a poursuivi cette intégration des deux régimes dans la sous-section *De l'exécution par équivalent*. La grande majorité des règles qu'il y a placées sont communes aux deux branches de responsabilité (par exemple celles sur le caractère direct du préjudice, la compensation du préjudice futur, l'indemnité additionnelle, les dommages punitifs⁷).

Ainsi, depuis la réforme du Code civil, les contrats et les « délits » ne forment plus deux mondes à part. Dès lors, le principe du respect du régime contractuel s'harmonise avec la conception unitaire de la responsabilité. La formule consacrée « unité de la responsabilité malgré la dualité de régimes juridiques » est encore plus vraie au Québec qu'en France⁸.

La réforme du Code civil a réalisé un autre changement fondamental. Bien qu'il subsiste encore quelques différences⁹ entre les deux régimes de responsabilité⁹, le législateur a considérablement réduit celles qui existaient auparavant (par exemple pour la période de prescription extinctive, les conditions de réparation du dommage moratoire¹⁰). Le contraste entre les deux branches de responsabilité est nettement atténué. Les juges se trouvent donc beaucoup moins souvent qu'autrefois dans le dilemme de choisir entre une règle contractuelle et une autre extracontractuelle.

Les répercussions de l'interdiction d'opter s'en trouvent considérablement diminuées. Il n'est pas facile de trouver des situations concrètes où on doit appliquer l'interdiction, tant elles sont rares. En fait, on relève des décisions assez nombreuses dans lesquelles le juge ne se donne pas la peine de qualifier la situation de contractuelle ou extracontractuelle, pour la bonne raison qu'il n'y a aucun intérêt pratique à le faire en l'espèce.

Dans cette question des ramifications de l'interdiction d'option, il ne s'agit pas de glorifier le contrat pour lui-même. Le but de ce principe est de respecter la volonté et les attentes légitimes des parties, qui ont conclu un accord pour régir une opération (un contrat de service, par exemple) ou une situation (comme la gérance d'une entreprise). Si les parties ont convenu d'une clause d'arbitrage, une clause pénale, une clause sur la loi applicable, etc., elles s'attendent à ce que leur entente soit respectée et elles en ont parfaitement le droit, en vertu de la force obligatoire du contrat. L'interdiction d'opter a comme raison d'être de faire respecter l'intégrité du contrat contre l'intrusion des règles étrangères de la responsabilité extracontractuelle¹¹.

L'interdiction d'option ne présente aucune difficulté pour les juges dans les affaires où la situation peut donner ouverture clairement, d'une part, à une règle légale de la responsabilité extracontractuelle et, d'autre part, une stipulation conventionnelle

ou une disposition légale de la responsabilité contractuelle; le juge n'a pas à choisir : il *doit* appliquer la règle contractuelle. C'est plutôt dans d'autres situations, ambiguës, que l'interdiction d'option a un impact sérieux sur le travail du juge. Selon les circonstances, il devra alors qualifier la relation entre les parties comme étant contractuelle ou extracontractuelle; puis, s'il y a contrat, il devra en fixer les limites; dans certains cas, le juge devra décider d'établir, ou ne pas établir, une obligation implicite; enfin, il lui faudra parfois préciser l'intensité de celle-ci. Des tâches qui ne sont pas de tout repos, comme on le verra.

A) Une situation contractuelle ou extracontractuelle

Une première question se pose : existe-t-il vraiment un contrat entre les parties? En d'autres termes, il s'agit de déterminer quel régime, contractuel ou extracontractuel, appliquer à *l'ensemble de la situation* – on verra plus bas qu'en présence d'un contrat le juge décidera parfois que telle ou telle obligation particulière se situe hors de ses limites et doit être qualifiée d'extracontractuelle. Il n'est pas toujours facile de décider s'il y a eu échange de consentements. La jurisprudence en offre quatre exemples révélateurs.

1. Le contrat de transport de personne

Le transport de personne présente le paradigme de ce type de problème. Il est aussi l'exemple typique d'une solution que le législateur peut apporter à une telle situation embarrassante. Pour des raisons historiques sans doute, le Code civil du Bas-Canada ne prévoyait que le contrat de transport de marchandises¹²; on n'y trouvait aucune disposition sur le transport de personne. De quel recours disposait donc le passager blessé? Après une longue période où la responsabilité extracontractuelle¹³ avait exercé une grande force d'attraction pour toute réparation d'un préjudice non visée directement par un article de loi, la Cour d'appel a voulu donner un coup de barre : elle a proclamé l'existence du contrat de transport de personne ainsi que celle de l'obligation implicite de veiller à la sécurité du passager; désormais le blessé disposait donc d'un recours contractuel contre le transporteur¹⁴. C'était en 1973.

Curieusement, cet arrêt a été plus ou moins ignoré. Les tribunaux, même la Cour d'appel, sont par la suite retournés à la responsabilité extracontractuelle du transporteur dans bien des cas¹⁵. La doctrine, qui avait plaidé vigoureusement pour une responsabilité contractuelle du transporteur¹⁶, semblait donc avoir perdu la bataille. La défaite n'était peut-être pas si cruelle, cependant, du fait que l'option entre les deux régimes était souvent permise à cette époque¹⁷.

La réforme du Code civil allait provoquer un revirement de situation. Le législateur a codifié le contrat de transport de passager lui-même ainsi que l'obligation de sécurité du transporteur¹⁸. De son côté, l'interdiction d'opter (elle aussi introduite par la réforme, rappelons-le) élimine toute responsabilité extracontractuelle du transporteur, du moins vis-à-vis le passager qui défraie son transport. La situation juridique est claire et nette, aujourd'hui. Il n'en reste pas moins, faut-il le constater, que le cheminement a été laborieux.

Le transport gratuit de personne constitue une énigme au Québec comme ailleurs¹⁹? Peut-on parler de « consentement » entre le transporteur et la personne transportée? Pour éviter l'imbroglio juridique de telles situations, la réforme du Code civil a établi une dichotomie entre le transport gratuit et le transport onéreux. Le législateur a d'abord prévu qu'en règle générale, la responsabilité du transporteur à titre gratuit ne pouvait être qu'extracontractuelle; par ailleurs, il a expressément étendu au transport gratuit la nature contractuelle des relations entre le passager et le transporteur en autant que le transport soit exécuté « *par une entreprise de transport dans le cours de ses activités* »²⁰. Ce découpage a un impact significatif : d'un côté, une obligation de résultat est imposée au transporteur à titre onéreux et au transporteur à titre gratuit dans le cours de ses activités; de l'autre côté, seule une obligation de moyens, en responsabilité extracontractuelle, incombe au transporteur à titre gratuit quand il n'agit pas dans le cours de ses activités²¹.

Il est tout à fait justifiable que le transporteur professionnel, dans le cadre de son entreprise, ait les mêmes obligations vis-à-vis du passager payant et du passager non payant; le passager a les mêmes attentes légitimes dans les deux cas. Au contraire, le transporteur à titre gratuit qui agit en dehors du cours de son entreprise rend un service d'ami; sa responsabilité sera donc extracontractuelle et moins lourde. La portée pratique de ces dispositions est cependant modeste puisque la réparation du préjudice corporel subi lors de tout accident de la route est prise en charge par la Société de l'assurance automobile²².

Ce fin découpage des diverses situations de transport conduit naturellement à une application circonstanciée de l'interdiction d'option. Ce n'est qu'après avoir complété l'exercice de la qualification contractuelle ou extracontractuelle que le tribunal appliquera, s'il y a lieu, l'interdiction.

2. Le prétendu contrat d'entraide

Théoriquement, il y a contrat d'entraide, ou d'assistance bénévole, dans les circonstances où une personne en aide une autre à accomplir une tâche sans rémunération. Il arrive que celui qui est venu prêter main-forte se blesse; la question

se pose alors de savoir si son droit à la réparation est contractuel ou extracontractuel. Dans ces situations, les tribunaux français ont eu recours au soi-disant contrat d'entraide et à la responsabilité contractuelle pour indemniser la victime²³. Cette construction n'a pas manqué d'être critiquée par la doctrine; madame Viney est allée jusqu'à écrire que cette solution « relève de la plus haute fantaisie »²⁴. Dans une deuxième étape, les juges français sont donc revenus à la responsabilité délictuelle²⁵. Une telle inconstance dans la jurisprudence est évidemment source d'incertitude du droit et a soulevé l'ire des auteurs²⁶.

Or, au Québec, il est frappant de relever que les tribunaux ne se sont jamais lancés dans pareille aventure; ils ont toujours qualifié l'entraide de relation extracontractuelle. La jurisprudence contemporaine nous en donne des exemples, tel cet homme qui s'est blessé en aidant son beau-frère à fendre le bois de chauffage au moyen d'une machine²⁷. Contrairement à la France, au Québec il n'existe aucune incertitude sur cette qualification et l'interdiction de l'option *n'a aucune incidence* dans les circonstances d'entraide.

3. Une activité sportive ou de loisir

Quand une personne, moyennant paiement, s'engage dans une activité de sport ou de loisir et se blesse, la responsabilité est la plupart du temps contractuelle et se fonde sur une obligation implicite de sécurité. Tels sont les accidents survenus dans un camp de chasse²⁸, un club de motoneige²⁹, et au cours d'une randonnée d'équitation³⁰. Le principe de l'interdiction de l'option s'applique alors. Certes, la jurisprudence n'est pas parfaitement constante³¹, car quelques décisions de première instance ont plutôt recours à la responsabilité extracontractuelle, par exemple pour des activités parascolaires³² ou de ski alpin³³. Mais ce choix est effectué sans motivation par la cour, vraisemblablement parce que l'affaire avait été ainsi plaidée et que le juge n'avait pas soulevé la question à l'audition³⁴.

4. Le contrat de soins hospitaliers

La responsabilité de l'hôpital pour le préjudice subi par un patient en raison de la faute d'un médecin a fait l'objet de débats et de revirements célèbres. Après une très longue période où tout préjudice corporel dans ce contexte faisait l'objet d'une responsabilité extracontractuelle, la théorie d'un contrat intervenu entre l'hôpital et le patient a été retenue par la doctrine³⁵ et de la jurisprudence³⁶. Cette qualification emportait notamment une obligation contractuelle implicite de sécurité et l'application de la responsabilité contractuelle pour autrui.

Depuis les années 80, un nouveau courant doctrinal³⁷, suivi par la jurisprudence³⁸, préconise plutôt un régime de responsabilité extracontractuelle entre le patient et le centre hospitalier, sauf cas particulier. La solution présente certains avantages pratiques. Les médecins et les autres professionnels de la santé œuvrant dans l'hôpital sont ainsi tous soumis au même régime; de plus, la question de l'interdiction d'opter perd toute pertinence dans ce contexte. Toutefois, le patient ne peut invoquer contre l'hôpital ni la responsabilité contractuelle du fait d'autrui ni la responsabilité extracontractuelle du commettant, car il n'existe pas de lien de préposition entre l'hôpital et le médecin; il doit donc démontrer une faute *distincte* de l'institution, telle qu'une gestion déficiente³⁹.

En somme, dans les situations examinées ci-dessus, l'interdiction d'option joue un rôle dans certains cas, mais la difficulté majeure reste plutôt la qualification de l'opération ou la situation comme étant contractuelle ou extracontractuelle.

B) Les limites du contrat

« Définir le cercle contractuel » est une jolie expression qui, en réalité, a un double sens. D'une part, il s'agit de déterminer quelles sont les limites d'un contrat dans le temps, dans l'espace et par rapport aux personnes qui y sont parties; d'autre part, « définir le cercle contractuel » signifie déterminer quelles obligations implicites un contrat doit comprendre. Ce ne sont pas là des tâches faciles. Le juge effectue alors une sorte de chirurgie esthétique pour modeler le contrat et séparer les obligations contractuelles des obligations extracontractuelles.

Fixer les limites du contrat dans le temps et l'espace et en identifier les parties ne posent pas toujours problème. Ainsi, l'obligation d'information, au stade de formation du contrat, n'entre pas dans le contrat et est régie par la responsabilité extracontractuelle⁴⁰; ceci ne porte à aucune controverse.

En revanche, dans d'autres contextes, peu fréquents il est vrai, la définition du cercle contractuel a donné lieu à une jurisprudence assez abondante et parfois étonnante. Qu'on en juge par les cinq cas suivants.

1. Un accident survenant au début ou à la fin d'une opération

Lorsqu'un accident se produit juste au début ou juste à la fin de l'opération visée par le contrat, il est malaisé de le faire tomber à l'intérieur ou à l'extérieur du cadre contractuel. Le transport de personne par train en fournit l'exemple topique : comment qualifier le préjudice subi par le passager qui se blesse sur le quai de la gare avant de monter dans le train ou encore après en être descendu? Sa chute dans la gare elle-même sera-t-elle régie par le contrat?

En jurisprudence française, la sphère contractuelle a eu tendance à se gonfler sans fin pour englober ces situations à la marge du transport, et d'autres opérations objet du contrat qui ne seront pas discutées ici faute d'espace. On a décidé par exemple que les accidents survenant sur le quai d'embarquement ou même dans la gare étaient couverts par le contrat de transport⁴¹. C'était faire dire beaucoup de choses au contrat! Qui pis est, cette qualification a varié d'une époque à l'autre, la Cour de cassation oscillant entre le contractuel et le délictuel⁴². Au caractère artificiel de la qualification contractuelle s'ajoutait donc l'incertitude du droit résultant de cette « valse-hésitation » – ce que n'a pas manqué de dénoncer la doctrine⁴³.

Au Québec, le législateur a anticipé ce problème en précisant que le contrat de transport inclut l'embarquement et le débarquement⁴⁴. *A contrario*, la responsabilité extracontractuelle prend la place qui lui revient pour tout accident survenant avant l'embarquement ou après le débarquement⁴⁵. Mais toute difficulté n'est pas écartée pour autant. Le problème d'identifier précisément, dans les faits, le début et la fin du contrat peut bien se soulever dans le cadre d'autres contrats, et même dans le contrat de transport, par exemple pour le métro⁴⁶.

L'interdiction d'option, quoiqu'importante, n'aura d'incidence que dans les cas où l'accident se situera à l'intérieur du cercle contractuel.

2. La responsabilité d'une partie vis-à-vis un tiers

La responsabilité du contractant vis-à-vis un tiers qui n'a pas reçu le bénéfice attendu de l'exécution du contrat surgit, elle aussi, à la frontière des contrats et de la responsabilité extracontractuelle. On a déjà mis de l'avant l'idée d'une responsabilité contractuelle, fondée sur une stipulation pour autrui *implicite* dans le contrat, en faveur du tiers auquel est destiné le bénéfice prévu au contrat. Ce pourrait être le cas, par exemple, dans le louage d'habitation, pour les membres de la famille du locataire habitant les lieux loués avec lui. Quand les présomptions contre le gardien d'un bien ou le propriétaire d'un bâtiment⁴⁷ ne trouvaient pas à s'appliquer en l'espèce, ce raisonnement permettait au conjoint du locataire de réclamer des dommages-intérêts du locateur, pour avoir manqué à son obligation contractuelle d'entretien⁴⁸. Puisque cette obligation est en une de résultat, cette solution était évidemment plus avantageuse que l'obligation de moyens de l'article 1053 C.c.B.C. Il y a eu autrefois quelques tentatives dans ce sens⁴⁹, mais l'idée a été abandonnée.

Aujourd'hui, le conjoint et les enfants du locataire doivent instituer leur recours contre le locateur en Cour du Québec ou en Cour supérieure, et non à la Régie du logement, puisque la compétence de cette dernière est restreinte au *contrat*

de louage d'habitation; leur recours est donc strictement extracontractuel⁵⁰. À moins de bénéficier des présomptions pesant sur le gardien d'un bien ou le propriétaire d'un bâtiment, ils devront prouver la faute du locateur selon l'article 1457 C.c.Q.

Il est fermement établi que le tiers, victime de l'inexécution du contrat, est exclu du cercle contractuel; son recours est extracontractuel selon les célèbres arrêts *Houle c. Banque canadienne nationale* et *Banque de Montréal c. Bail*⁵¹.

Exceptionnellement, il y aura cependant responsabilité contractuelle dans les rares circonstances où on trouvera une intention de faire une stipulation pour autrui exprimée dans les termes, même ambigus, de la convention. L'ancien arrêt de principe demeure *Boucher c. Drouin*⁵², qui sera cité avec approbation dans *Houle*. Il s'agissait d'un contrat pour le déneigement d'une route; la Cour d'appel a interprété une clause de la convention comme exprimant *l'intention de conférer* aux usagers de la route un *droit* contractuel contre l'entrepreneur en cas d'accident dû au mauvais entretien. Dans ce motif de l'arrêt, il ne s'agissait donc pas d'appliquer la règle des obligations implicites de l'article 1024 C.c.B.C. (1434 C.c.Q.), mais bien d'interpréter les termes de la convention des parties selon les articles 1013 et s. C.c.B.C. (1425 et s. C.c.Q.).

Je reviendrai plus bas sur les cas particuliers de l'invité et du proche du contractant.

Pour savoir s'il y a lieu d'appliquer l'interdiction d'option, il faut donc déterminer d'abord si la convention comporte une stipulation pour autrui. C'est uniquement dans cette hypothèse, rare en pratique, que l'interdiction entrera en jeu, dans l'état actuel du droit.

3. L'indemnisation de la victime par ricochet

Une problématique semblable s'est soulevée à propos de l'indemnisation de la victime par ricochet d'une faute contractuelle. C'est le cas notamment pour le préjudice subi par le conjoint et les enfants de la victime immédiate qui a été blessée et qui, elle seule, est partie au contrat. À une certaine époque, la jurisprudence française a reconnu une stipulation pour autrui *implicite* en faveur des proches du contractant, en particulier dans le contrat de transport de passager⁵³; les juges français présumaient qu'en passant le contrat le transporteur et le passager avaient l'intention de conférer une indemnité à tous les proches de celui-ci en cas d'accident dû à la faute du transporteur – une construction discutable, qui a déplu à la doctrine⁵⁴.

Au contraire, la jurisprudence québécoise majoritaire n'a pas emprunté ce chemin. Au Québec, le recours de la victime par ricochet est tout simplement extracontractuel, en principe. La jurisprudence en matière de transport de passager⁵⁵ et de distribution de produits dangereux⁵⁶ est claire là-dessus. Cependant, elle n'est

pas toujours constante; ainsi, on relève parfois des cas de responsabilité contractuelle à l'égard de l'enfant de la partie contractante⁵⁷ – apparemment un expédient pour éviter des motifs qu'on trouverait trop longs ou délicats. J'y reviendrai.

En principe, l'interdiction d'option ne s'applique donc pas entre la partie au contrat et la victime par ricochet.

4. La responsabilité du fabricant vis-à-vis le sous-acquéreur pour un défaut de sécurité

Depuis la réforme du Code civil, un régime particulier de responsabilité du fabricant pour tout défaut de sécurité confère aux tiers un recours en responsabilité extracontractuelle contre le fabricant⁵⁸. Il vise soit la défectuosité dangereuse d'un produit, soit le défaut d'avertir du danger inhérent à ce produit. Il faut se garder de confondre ce régime avec la règle sur la transmission, à tout acquéreur subséquent, des droits accessoires au bien vendu⁵⁹, dont notamment la garantie des vices due par le fabricant⁶⁰. Dans le premier cas, les droits du sous-acquéreur sont extracontractuels, dans le second, contractuels.

Une étrange situation se produit parfois. Lorsque le produit est affecté d'une défectuosité dangereuse causant préjudice au sous-acquéreur, a priori, les deux régimes ont vocation à s'appliquer. Dès lors, s'il peut indiscutablement fonder sa réclamation sur la règle de la transmission des droits accessoires à l'acquéreur subséquent, peut-il plutôt invoquer la responsabilité du fabricant? En d'autres mots, peut-il opter entre les recours contractuel et extracontractuel? Doit-on lui appliquer l'interdiction d'opter? Pour refuser l'option au sous-acquéreur, on pourrait arguer qu'il est essentiellement « une partie » au contrat intervenu entre le fabricant et le premier acheteur et donc un « faux tiers » par rapport à ce contrat; en effet, peut-on dire, ce sous-acquéreur est le dernier élément de la chaîne de distribution car il est relié au fabricant par une série de contrats par lesquels le bien lui est transmis⁶¹.

Il s'agit là d'un des très rares cas où l'interdiction d'option elle-même soulève une difficulté en jurisprudence et en doctrine. Le droit d'option du sous-acquéreur fait l'objet d'opinions nombreuses et divergentes en doctrine. Selon certains auteurs, qui suivent l'opinion émise dans les *Commentaires du ministre*⁶², le sous-acquéreur doit s'en tenir à la responsabilité contractuelle, à cause précisément de l'existence du lien contractuel créé par l'article 1442 C.c.Q. et de l'interdiction d'opter⁶³. D'après un second groupe, dont je fais partie, le sous-acquéreur jouit ici de l'option, parce qu'il n'existe pas de véritable accord de volonté entre le fabricant et le sous-acquéreur; le recours contractuel direct n'est qu'une fiction légale créée par le législateur⁶⁴.

La jurisprudence semble s'orienter vers une interprétation souple du respect du régime contractuel et, dans ce cas particulier, vers l'octroi de l'option entre le contractuel et l'extracontractuel⁶⁵. À ma connaissance, la question n'est pas encore décidée.

5. La responsabilité vis-à-vis un invité ou un proche du contractant

Un dernier cas de figure doit être signalé. Quel est le fondement de la responsabilité du contractant fautif à l'égard de l'enfant ou de l'invité du cocontractant? C'est une victime *directe* de la faute qui est envisagée ici, car l'enfant ou l'invité est bien la personne qui souffre directement du préjudice causé par la faute contractuelle ou qui est privée de l'exécution du contrat dont elle devait bénéficier⁶⁶. Cette victime n'est pas partie au contrat. Qu'on songe par exemple à l'enfant inscrit par son parent dans une école privée et à la personne invitée à partager un repas par le client d'un restaurant.

On trouve certaines décisions où la responsabilité est contractuelle, par exemple l'enfant d'un parent qui contracte avec la commission scolaire pour des services d'éducation ou de sport⁶⁷ ainsi que l'invité d'un match de hockey⁶⁸. Pourtant, vis-à-vis ces enfants et invités qui devaient recevoir le bénéfice du contrat bien qu'ils n'y soient pas parties, la responsabilité devrait être, en principe, extracontractuelle⁶⁹. Ce sont en effet des tiers, selon la règle générale énoncée plus haut. Cette jurisprudence montre comment est très délicate la qualification dans ces circonstances.

Les tribunaux du Québec sont généralement réfractaires aux obligations implicites en faveur de tierces personnes devant bénéficier du contrat, à moins de s'appuyer sur une stipulation pour autrui dans le texte même de la convention, comme on l'a vu⁷⁰. Toutefois, on pourrait envisager les choses différemment dans le cas de l'invité et d'un proche du contractant : de façon tout à fait exceptionnelle, parfois la responsabilité pourrait plutôt être contractuelle, sur la base d'une stipulation pour autrui implicite qui ne s'appuierait sur aucune clause de la convention. Les juges français sont allés trop loin dans leurs initiatives, mais leur intuition n'était pas toujours irréaliste au départ.

En effet, il y a sans doute lieu de faire une première exception pour le contrat intervenu entre un parent et une institution *privée* d'enseignement (une convention écrite, prévoyant le paiement de frais de scolarité et divers services au bénéfice de l'enfant)⁷¹. L'économie d'une telle convention conduit à une stipulation pour autrui, même implicite, au profit de l'enfant; car qui d'autre que lui peut recevoir le bénéfice du contrat? Cette exception ne saurait cependant être étendue à l'inscription d'un enfant à une commission scolaire.

Une deuxième stipulation implicite pour autrui serait parfois concevable, si elle était employée avec circonspection, dans les situations où le tiers bénéficiaire

profite *directement* du service convenu, *en compagnie du contractant*⁷². Ce serait le cas du client d'un restaurant et de son invité, du locataire qui loue un logement pour lui-même et les membres de sa famille, et encore du passager qui achète deux billets, l'un pour lui-même et un autre pour son conjoint ou son enfant voyageant avec lui⁷³. Même en l'absence d'une clause au contrat, on pourrait voir dans ces circonstances très précises l'intention claire des parties de conférer à l'invité ou au proche les mêmes droits qu'à la partie elle-même. De plus, en cas d'inexécution du contrat, cette analyse favoriserait le traitement uniforme (ici contractuel) des personnes se trouvant dans une même situation de fait⁷⁴.

Pour savoir si l'interdiction d'opter s'applique, il faut donc définir le cercle contractuel. Ce n'est pas une mince affaire. Plaideurs, juges et auteurs y font face à des inconnues et des zones d'ombre. Là réside la véritable difficulté. L'interdiction d'opter ne s'applique que dans les situations, relativement peu nombreuses, où la détermination du contenu du contrat conduit à une obligation contractuelle.

C) L'existence d'une obligation implicite

Quand une obligation peut, soit relever du devoir général de prudence de l'article 1457 C.c.Q., soit constituer une obligation contractuelle implicite selon l'article 1434 C.c.Q., l'interdiction d'opter soulève indirectement une certaine difficulté. La manifestation éclatante en est l'obligation de sécurité. Dans toute affaire qui implique une telle obligation, en effet, le tribunal doit décider si en l'espèce la victime doit fonder son recours sur le régime extracontractuel ou s'il s'agit plutôt d'une obligation contractuelle implicite, donnant ouverture exclusivement à la responsabilité contractuelle en raison de l'interdiction d'opter.

En somme, le juge détermine si le devoir qui a été violé fait partie du contrat. Existe-t-il vraiment un lien raisonnable et logique entre le devoir et l'objet du contrat? Dans la négative, il ne saurait y avoir d'obligation implicite et la responsabilité doit être extracontractuelle. Une question délicate, qui est source de controverses.

Les recueils de jurisprudence font état d'un grand nombre et d'une grande variété d'obligations implicites développées par les tribunaux⁷⁵.

L'un des exemples les plus connus est l'obligation du vendeur d'avertir l'acheteur, lors de la délivrance, de l'existence d'un danger inhérent au bien vendu, tel le risque de prendre un choc électrique lors de son installation⁷⁶. Cette obligation implicite est d'application fréquente, sur la base de l'article 1434 C.c.Q., et, en raison de l'interdiction d'opter, elle donne ouverture uniquement à la responsabilité contractuelle.

On peut aussi citer l'obligation implicite du locateur de fournir au locataire un local en bon état de sécurité, au-delà des obligations explicites du Code au chapitre du louage⁷⁷. Dans la même veine, la jurisprudence impose à l'entrepreneur, à l'égard du client dont les biens sont endommagés lors des travaux, une obligation contractuelle implicite de sécurité pour la manière dont ils sont effectués sur le chantier de construction⁷⁸.

De temps à autre, on relève des hésitations des tribunaux de première instance sur la qualification d'un devoir de sécurité. Dans certaines décisions, le juge fait appel à la responsabilité *extracontractuelle* pour juger d'une affaire qui, selon la jurisprudence majoritaire, devrait relever d'une obligation *contractuelle* implicite de sécurité : les domaines du ski alpin, du louage et d'une activité sportive parascolaire en offrent des exemples⁷⁹.

Il n'y a pas de quoi s'émouvoir de ce phénomène. Voit-on souvent une jurisprudence absolument constante? Quand une question nouvelle apparaît, il se produit toujours des flottements avant que la jurisprudence se fixe. Le vieux réflexe culturel de faire appel à la responsabilité *extracontractuelle* en présence d'un accident joue encore; cette force d'attraction de la responsabilité *aquillienne*, qui a prévalu depuis les premiers jours du *Code civil du Bas-Canada*, continue aujourd'hui de se manifester parfois. La Cour d'appel, dans sa mission d'orienter l'évolution du droit, a un rôle important à jouer ici.

En France, la question des obligations implicites de sécurité a provoqué une fort importante controverse sur la décontractualisation de la réparation du dommage corporel. Effectivement, il existe un indéniable problème dans la qualification de situations à la marge du contrat. La jurisprudence française avait établi de nombreuses obligations implicites très discutables; ainsi, comme on l'a vu, dans le contrat de transport de personne, elle avait trouvé une stipulation implicite pour autrui en faveur des proches de la victime blessée ou décédée des suites d'une faute du transporteur, remplaçant la traditionnelle responsabilité *délictuelle* par la responsabilité *contractuelle*.

De plus, cette jurisprudence avait manqué de constance, tantôt faisant appel aux obligations *contractuelles* implicites et tantôt appliquant les règles de la responsabilité *délictuelle*. Ces dérapages, et plusieurs autres, ont conduit certains auteurs à préconiser l'élimination de toute obligation *contractuelle* implicite de sécurité et même l'élimination de la responsabilité *contractuelle* pour tous les cas d'accidents survenus lors d'un contrat⁸⁰. Toutefois, si les exagérations de cette jurisprudence ont été condamnées, l'idée de saborder les obligations implicites et tout le régime de la responsabilité *contractuelle* n'a certainement pas été retenue par la doctrine française majoritaire⁸¹.

Cette controverse s'est récemment déplacée dans la doctrine québécoise⁸². L'avenir dira si la thèse radicale de la décontractualisation, infructueuse en France, trouvera preneur en terre québécoise.

Comme l'écrivent le juge Baudouin et le professeur Deslauriers, reprenant les propos de la professeure Viney⁸³, il faut faire preuve de modération dans l'établissement d'obligations implicites et dans l'application de l'interdiction d'opter⁸⁴. Les obligations implicites doivent se limiter à celles qui sont dictées par l'esprit de la loi dans le domaine du contrat concerné, ou par l'économie de la convention, ainsi que par le sens commun de la justice. Autrement, c'est la responsabilité extracontractuelle seule qui régira l'accident; la question de l'interdiction d'opter ne se soulèvera même pas.

Contrairement aux tribunaux français, les tribunaux du Québec font preuve de prudence dans l'établissement d'obligations implicites. De nombreux plaidoyers pour la reconnaissance d'une telle obligation sont refusés par les tribunaux d'ici. Un seul exemple suffira : dans un contrat d'entreprise, où le client s'engage à ne payer l'entrepreneur général que si ce dernier lui apporte la preuve que tous les sous-entrepreneurs ont été payés, le droit québécois n'admet pas la stipulation pour autrui implicite, selon laquelle le client se rendrait personnellement et directement responsable à l'égard des sous-entrepreneurs⁸⁵. Il n'existe aucune raison de douter que se produisent au Québec les dérapages de la jurisprudence française.

De plus, lors de la réforme du Code civil, le législateur québécois a clairement manifesté son intention de contractualiser la réparation du dommage corporel dans certains cas. D'abord, cela ressort des versions successives de la disposition qui deviendra l'article 1458 C.c.Q.⁸⁶. Cela ressort aussi de la codification des obligations prétorienne de sécurité dans le louage d'habitation⁸⁷, le contrat de transport de passager⁸⁸ et le contrat de travail⁸⁹; en effet, si le législateur avait été insatisfait de l'œuvre des tribunaux dans l'établissement de ces obligations implicites, il n'aurait certainement pas agi ainsi. Il a légitimé le pouvoir judiciaire d'établir des obligations implicites de sécurité dans les cas appropriés⁹⁰.

Ceci dit, à mon avis, les obligations implicites doivent se limiter à celles qu'une personne raisonnable, placée dans le même contexte, jugerait objectivement comme ayant un lien intrinsèque ou important avec l'opération ou la situation faisant l'objet du contrat. Tous les autres devoirs doivent relever de la responsabilité extracontractuelle. Le domaine de l'interdiction d'opter est ainsi moins vaste qu'il apparaît à première vue.

D) L'intensité d'une obligation implicite

Une fois admise l'existence d'une obligation contractuelle implicite, il faut parfois en déterminer l'intensité : est-elle de moyens ou de résultat? Le fardeau de la preuve est très différent de l'une à l'autre⁹¹ : la qualification a donc des répercussions

directes et très importantes sur la possibilité pour la victime d'obtenir indemnisation. Le recours à la présomption de fait et au renversement du fardeau de la preuve constitue aussi un outil important pour assurer l'indemnisation.

Parfois, les juges décident que l'obligation implicite en est une de résultat; tel est le cas de l'obligation de sécurité de l'hôpital envers le patient, quant au choix et la conception de son équipement et son mobilier⁹². Le plus souvent, ils optent cependant pour une obligation de moyens, par exemple pour la sécurité du client dans une randonnée à cheval quand celui-ci prend peur⁹³.

Une question se pose ici : l'intensité des obligations implicites de même que la présomption de fait sont-elles appliquées correctement par les juges, de manière à assurer l'indemnisation des victimes de façon adéquate? Par une sorte d'automatisme, les tribunaux, à mon avis, ne se posent pas assez souvent la question de savoir s'ils sont en présence d'une obligation de moyens ou de résultat et, dans le premier cas, si une présomption de fait ne pourrait pas se combiner avec l'obligation de moyens⁹⁴. En maniant ces instruments de preuve avec plus de sensibilité, ils pourraient mieux favoriser l'indemnisation des victimes dans certaines situations⁹⁵.

Il faut regretter que les juges, souvent, soient trop timides dans la mise en oeuvre de la politique de justice contractuelle et en particulier celle de l'indemnisation des victimes. Le contrat peut et doit être un meilleur instrument de justice contractuelle : jusqu'ici, l'accent a été mis en particulier sur la lutte contre les pratiques abusives, mais la juste indemnisation de la victime d'un accident survenu dans l'exécution du contrat relève, elle aussi, de la justice contractuelle. On a tendance à l'oublier.

L'aléa et la participation de la victime à assurer sa sécurité⁹⁶ ne doivent plus être les seuls facteurs à considérer quand il s'agit de déterminer l'intensité d'une obligation, qu'elle soit implicite ou explicite⁹⁷. Dans les cas appropriés, ils doivent être conjugués avec une politique d'indemnisation de la victime⁹⁸. En effet, la protection de l'intégrité corporelle constitue une des « nouvelles » politiques de la réforme du Code civil⁹⁹.

On se rappellera le seul reproche sérieux adressé à l'interdiction d'option, soit de diminuer les chances d'indemnisation des victimes. Ce reproche est en partie fondé sur un préjugé, comme on le verra dans un instant. Mais il contient une part de vérité à l'heure actuelle, dans la mesure où les tribunaux ne tirent pas de la responsabilité contractuelle tout le potentiel qui permettrait une juste indemnisation. Si la responsabilité contractuelle ne parvient pas à assurer une indemnisation comparable à celle de la responsabilité extracontractuelle, c'est le principe même de l'interdiction d'opter qui risque d'être encore une fois remis en question dans un avenir plus ou moins rapproché¹⁰⁰.

Il faut revaloriser un certain nombre de règles propres aux contrats. On pense ici, d'abord, à la responsabilité contractuelle du fait d'autrui, dont les conditions sont

moins exigeantes que celles de la responsabilité extracontractuelle du fait d'autrui¹⁰¹. Également, comme on l'a vu l'intensité de l'obligation et la présence d'une présomption favorisent souvent la responsabilité contractuelle plutôt que la responsabilité extracontractuelle.

Dans les critiques de l'interdiction d'option, la croyance s'est répandue que la responsabilité extracontractuelle assurait l'indemnisation des victimes mieux que la responsabilité contractuelle¹⁰². Or, c'est un véritable mythe, qu'a dénoncé la professeure Vézina¹⁰³. En réalité, tout dépend du régime applicable aux circonstances. Dans le louage par exemple, l'obligation du locateur de garantir l'aptitude du bien à son usage et de l'entretenir à cette fin constitue une obligation de résultat¹⁰⁴; s'il y a défaut d'aptitude et qu'un dommage est causé au locataire par le fait autonome d'un bien, il est nettement plus avantageux pour lui d'invoquer cette garantie contractuelle plutôt que la simple présomption de faute de la responsabilité extracontractuelle du gardien d'un bien¹⁰⁵.

Conclusion

Une grande partie de ce qui a été discuté dans ces pages représente la pathologie des rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Dans l'ensemble de la jurisprudence toutefois, les affaires tombent carrément dans le cadre de l'une ou l'autre responsabilité; le tableau ne présente aucun problème majeur digne de ce nom!

Malgré l'interdiction d'opter et la règle des obligations implicites, la responsabilité extracontractuelle conservera toujours un immense champ d'application; beaucoup d'accidents, en effet, surviennent seulement à l'occasion d'un contrat et ne doivent pas faire partie du cercle contractuel. Doivent ainsi rester dans le champ extracontractuel, dans le contexte du louage d'habitation, les querelles personnelles entre le concierge et le locataire, qui dégènerent en insultes, en vexations et parfois en voies de fait¹⁰⁶.

La problématique des rapports entre contrat et responsabilité extracontractuelle n'est pas le pain et le beurre des tribunaux de première instance. Il peut parfois être tentant pour un juge de se laisser convaincre par un plaidoyer émotif en faveur d'une qualification avantageuse pour une partie mais inappropriée aux circonstances. La vigilance est de mise dans ces situations délicates. Nos tribunaux doivent absolument éviter les dérapages de la jurisprudence française; autrement ils risqueraient d'entraîner ici ce que Philippe Rémy a qualifié de chaos du droit français, avec les réactions excessives qui s'en suivraient.

Comme les sociétés humaines et les espèces animales, les systèmes juridiques peuvent s'adapter à presque n'importe quel changement dans leur environnement. Le droit québécois possède certainement l'aptitude à s'adapter au changement que constitue l'introduction de l'interdiction d'option.

- ¹ Material a fost publicat pentru prima oară în "La revue du barreau canadien", vol. 88 nr. 2 sept. 2010, toate drepturile de proprietate intelectuală fiind deținute de autor și de revista menționată (disponibilă online la adresa : www.cba.org).
- * Ad. E., Titulaire émérite de la Chaire Wainwright en droit civil, Faculté de droit, Université McGill, Montréal.
- ² Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile : Principes généraux*, vol. 1, 7^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007 au n^{os} 1-46, aux pp. 28-29 [Baudouin et Deslauriers, *Responsabilité*, vol. 1]; Jean Pineau, Danielle Burman et Serge Gaudet, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2001 au n^o 444, aux pp. 758-59 [Pineau, Burman et Gaudet, *Obligations*]; Claude Masse, « La responsabilité civile » dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil : Obligations, contrats nommés*, vol. 2, Sainte-Foy (Qc), Presses de l'Université Laval, 1993, 235 au n^o 4, à la p. 242 [Masse, « Responsabilité civile »].
- ³ Cette intégration aurait pu être poussée plus loin. Ainsi, deux catégories de victimes d'un défaut de sécurité ont été créées, sans justification, par la responsabilité extracontractuelle du fabricant pour défaut de sécurité (art. 1468 et s. C.c.Q.) d'une part, et, d'autre part, la responsabilité contractuelle du vendeur pour garantie des vices (art. 1726 et s. C.c.Q. et, avec des différences, art. 53 L.p.c.) ou pour avertissement d'un danger inhérent (art. 53 L.p.c. et obligation prétorienne, implicite dans le cadre du Code civil). Voir sur ce sujet Nathalie Vézina, *L'obligation de sécurité. Étude de droit comparé (droits français et québécois)*, thèse de doctorat en droit comparé, Université de Paris II – Panthéon-Assas, 2006 [à paraître aux Éditions Yvon Blais en 2009] aux n^{os} 230, 341, 604 [Vézina, *Obligation de sécurité*].
- ⁴ Art. 1470, 1474, 1479 C.c.Q.
- ⁵ Art. 1475 C.c.Q.
- ⁶ Art. 1476 C.c.Q.
- ⁷ Art. 1607, 1611 al. 2, 1619, 1621 C.c.Q. En fait, la règle particulière sur le caractère prévisible du dommage susceptible de réparation en matière contractuelle (art. 1613 C.c.Q.) est à peu près seule de son genre.
- ⁸ Voir sur ce sujet Baudouin et Deslauriers, *Responsabilité*, vol. 1, *supra* note 1 aux n^{os} 1-45 à 1-48, aux pp. 27-30; Pineau, Burman et Gaudet, *Obligations*, *supra* note 1 au n^o 444, aux pp. 757-67; Masse, « La responsabilité civile », *supra* note 1 au no 17, à la p. 251. Sur l'unité de la responsabilité civile, contractuelle et extracontractuelle, avant la réforme du Code civil, voir Paul-André Crépeau, « Des régimes contractuel et délictuel de responsabilité civile en droit civil canadien » (1962) 22 R. du B. 501.
- ⁹ Voir sur ce sujet Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 6e éd. 2005, par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina, Cowansville (Qc), Yvon Blais, au n^o 792, aux pp. 770-75 [Baudouin, Jobin et Vézina, *Obligations*].
- ¹⁰ Art. 1617, 1618, 2925 C.c.Q. Ce mouvement d'uniformisation avait été amorcé avant la réforme de 1991. Voir sur ce sujet Baudouin, Jobin et Vézina, *Obligations*, *supra* note 8 au n^o 792, aux pp. 774-75.
- ¹¹ Geneviève Viney, « Pour une interprétation modérée et raisonnable du refus d'option entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle » (1994) 39 R.D. McGill 813 à la p. 817 [Viney, « Pour une interprétation modérée »].
- ¹² Art. 1672 et s. C.c.B.-C.
- ¹³ Voir par exemple *Desmeules c. Renaud*, [1950] B.R. 659.
- ¹⁴ *Surprenant c. Air Canada*, [1973] C.A. 107.
- ¹⁵ Voir par exemple *Timm c. Commission de transport de la communauté urbaine de Montréal*, [1986] R.J.Q. 2509 (C.A.), confirmant J.E. 84-738 (C.S.); *Via Rail Canada inc. c. Philibert*, [1985] C.A. 228, confirmant [1983] C.S. 1022 (C.S.). Voir sur cette question Nathalie Vézina, « Le trajet convergent de la

responsabilité civile contractuelle et du contrat de transport de personnes en droit québécois : premier bilan de l'itinéraire » dans Benoît Moore, *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, 577 [Vézina, « Le trajet convergent »].

- ¹⁶ Notamment Paul-André Crépeau, « Réflexions sur le fondement juridique de la responsabilité civile du transporteur de personnes » (1960-61) 7 R.D. McGill 225.
- ¹⁷ *Wabasso Ltd. c. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578, infirmant [1979] C.A. 279, [1977] C.S. 782; *Air Canada c. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 1554, confirmant (1988) 12 Q.A.C. 121, [1987] R.D.J. 232 (C.A.). Consacrant la règle de l'option, l'arrêt *Wabasso* a mis fin à la controverse.
- ¹⁸ Art. 2036 et s., spécialement 2037 C.c.Q.
- ¹⁹ Jacques Auger, « Le transport bénévole : fait juridique ou acte juridique? » (1976) 6 R.D.U.S. 285.
- ²⁰ Art. 2032 C.c.Q. [Nos italiennes].
- ²¹ Art. 2032 et 2037 C.c.Q.
- ²² La *Loi sur l'assurance automobile* s'applique, L.R.Q. c. A-25.
- ²³ Voir par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 27 janvier 1993, *Compagnie Groupe populaire d'assurances c. Caisse primaire d'assurance maladie d'Indre-et-Loire*, Bull. civ. 1993.I.28, n^o 42, Gaz. Pal. 1993.2^e sem. Jur. 434 [note François Chabas]; Patrice Jourdain, « Jurisprudence française en matière de droit civil : Obligation et contrats spéciaux: Responsabilité civile » (1993) 92 R.T.D. civ. 584; Geneviève Viney, « Responsabilité civile » J.C.P. 1993.I.3727 aux n^{os} 4-6, aux pp. 539-40; (1993) Resp. civ. et assur. Commentaires 114 et 115; Muriel Fabre-Magnan, « L'existence d'un accord sur le partage des frais de voyage ne suffit pas à établir un contrat de transport entre les parties », *Chronique de Cass. civ. 1^{er}*, 6 avril 1994, *Stephano c. Spinelli*, J.C.P. 1994.I.3781 au n^o1.
- ²⁴ « [E]nglober dans la catégorie des contrats pareille situation relève, me semble-t-il, de la plus haute fantaisie. En élargissant à ce point le concept de contrat, on lui retire en effet toute spécificité. » Viney, « Pour une interprétation modérée », *supra* note 10 à la p. 821.
- ²⁵ Patrice Jourdain, « L'obligation de sécurité (À propos de quelques arrêts récents) » Gaz. Pal. 1993.2^e sem. Doctr.1171.
- ²⁶ Philippe Rémy a pu écrire que « la concurrence des voies contractuelle et délictuelle de la réparation a ainsi perdu toute cohérence » : « La 'responsabilité contractuelle' : histoire d'un faux concept » (1997) 96 R.T.D. civ. 323 au para 17, à la p. 337 [Rémy, « Faux concept »].
- ²⁷ *Accessoires d'auto Vipa inc. c. Therrien*, [2003] R.J.Q. 2390, REJB 2003-46428 (C.A.), confirmant *Therrien c. Laprise*, [2001] R.J.Q. 202, REJB 2000-21582 (C.S.). Voir également, par exemple, *Boisclair c. Nolet*, 2008 QCCA 2383, EYB 2008-151766; *Chabot c. Chabot*, 2008 QCCS 886, EYB 2008-130847
- ²⁸ *Charette c. Société des établissements de plein air du Québec*, REJB 2004-53225 (C.A.), confirmant J.E. 2001-1514 (C.S.).
- ²⁹ *Gaudreault c. Club Les Neiges Lystania*, [2000] R.R.A. 904 (C.S.), conf. Par [2002] R.R.A. 282 (C.A.).
- ³⁰ Voir par exemple *Desrosiers c. Centre hippique de la Mauricie Inc.*, [2004] R.R.A. 755 (C.A.); *Morin c. Leblanc*, 2007 QCCS 6478, [2007] R.D.I. 128, EYB 2007-128525.
- ³¹ Voir sur cette question Nathalie Vézina, « L'indemnisation du préjudice corporel sur le fondement de l'obligation de sécurité en droit québécois : solution efficace ou défectueuse? » dans Service de la formation continue. Barreau du Québec, *Le préjudice corporel (2006)*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, 115 à la p. 123 [Vézina, « L'indemnisation du préjudice corporel »].
- ³² Voir par exemple *Gingras c. Commission scolaire des Chutes de la Chaudière*, [1998] R.R.A. 625 (C.Q.).
- ³³ Voir par exemple *Dubé c. Domaine de ski Mont-Bruno Inc.*, [2005] R.R.A. 1207 (rés.), J.E. 2005-1541, EYB 2005-92379 (C.S.); également *Goyer c. Tennis 13 inc.*, 2008 QCCS 1651, EYB 2008-132776 (club de tennis).

- ³⁴ Les juges agissent ainsi par insouciance ou ignorance. Cette forme de déviance ne signifie pas, selon moi, qu'ils refusent d'appliquer l'interdiction d'opter. *Contra* Vézina, « L'indemnisation du préjudice corporel », *supra* note 30 à la p. 123.
- ³⁵ Paul-André Crépeau, « La responsabilité civile de l'établissement hospitalier en droit civil canadien » (1981) 26 R.D. McGill 673; Alain Bernardot et Robert P. Kouri, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Revue de droit de l'Université Sherbrooke, 1980 au n° 146, à la p. 103.
- ³⁶ Voir notamment *Houde c. Côté*, [1987] R.J.Q. 723 (C.A.); *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619 (C.A.), inf. pour d'autres motifs par [1992] 1 R.C.S. 351.
- ³⁷ Andrée Lajoie, Patrick Molinari et Jean-Louis Baudouin, « Le droit aux services de santé : légal ou contractuel? » (1983) 43 R. du B. can. 675; Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile : Responsabilité professionnelle*, vol. 2, 7^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007 au n° 2-30, aux pp. 34-35 [Baudouin et Deslauriers, *Responsabilité*, vol. 2].
- ³⁸ Notamment *Hôpital de l'Enfant-Jésus c. Camden-Bourgault*, [2001] R.J.Q. 832 (C.A.) [*Camden-Bourgault*]; voir toutefois le commentaire de Robert P. Kouri, « L'arrêt *Hôpital de l'Enfant-Jésus c. Camden-Bourgault* et le contrat hospitalier occulté : aventurisme ou évolution? » (2004) 35 R.D.U.S. 307.
- ³⁹ Baudouin et Deslauriers, *Responsabilité*, vol. 2, *supra* note 36 aux n°s 2-98 et s., aux pp. 84 et s. Voir aussi sur ce sujet Suzanne Philips-Nootens, Pauline Lesage-Jarjoura et Robert P. Kouri, *Éléments de responsabilité civile médicale. Le droit dans le quotidien de la médecine*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007 au n° 44, aux pp. 34-36; Catherine Dagenais, « La responsabilité contractuelle du fait d'autrui en droit médical et hospitalier » (1998) 32 R.J.T. 1.
- ⁴⁰ Voir par exemple *Baum c. Mohr*, 2006 QCCS 2608, EYB 2006-105409, conf. par 2008 QCCA 718, EYB 2008-132239 (devoir du médecin d'informer son patient des risques inhérents à l'intervention envisagée). Dans des cas relativement peu fréquents où une convention a été conclue pour encadrer et régir les négociations elles-mêmes, la responsabilité est évidemment contractuelle.
- ⁴¹ Cass. civ., 21 novembre 1911, S. 1912.I.73 (note Ch. Lyon-Caen), D. 1913.I.249 (1^{re} esp.); Cass. civ., 27 janvier 1913, S. 1913.I.117 (note Ch. Lyon-Caen), D. 1913.I.249 (2^e esp.); Cass. civ., 21 avril 1913, S. 1914.I.5 (note Ch. Lyon-Caen); D. 1913.I.249 (concl. Sarrut).
- ⁴² Voir par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 17 mai 1961, J.C.P. 1961.II.12217bis (note René Rodière); André Tunc, « Jurisprudence en matière de droit civil : Obligations et contrats spéciaux » (1961) 69 R.T.D. civ. 671 à la 689; Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 1989, Bull. civ. 1989.I.77, D. 1991.Jur.1 (note Philippe Malaurie), Gaz. Pal. 1989.2^e sem. Jur. 632, (note Gilbert Paire); Resp. civ. et assur. 1989.
- ⁴³ « C'est, au gré des espèces, écrira Philippe Rémy à juste titre, la valse-hésitation des responsabilités contractuelle et délictuelle » : Rémy, « Faux concept », *supra* note 25 à la p. 239.
- ⁴⁴ Art. 2036 C.c.Q.
- ⁴⁵ Vézina, « Le trajet convergent », *supra* note 14, à la p. 593.
- ⁴⁶ Déterminer à quel point précis commence ou finit le contrat de transport par métro soulève encore des difficultés en jurisprudence (par ex. pour un accident dans les escaliers mécaniques menant au quai); la responsabilité est le plus souvent extracontractuelle (par exemple *Corviello c. Société de transport de la Communauté urbaine de Montréal*, B.E. 97BE-944 (C.Q.)), parfois contractuelle (par exemple *Étienne c. Société de transport de la Communauté urbaine de Montréal*, J.E. 2003-527 (C.S.)).
- ⁴⁷ Art. 1465 ou 1467 C.c.Q.
- ⁴⁸ Art. 1604, 1605 C.c.B.-C.
- ⁴⁹ Voir par exemple *Collin c. Vadenais*, (1928) 44 B.R. 89, à la p. 102-03, juge Allard, dissident; *Ouimet c. Labbé*, [1965] B.R. 62 à la p. 64, juge Bissonnette. Également, en responsabilité médicale pour un enfant amené en consultation par son parent chez un médecin : *X c. Mellen*, [1957] B.R. 389. Voir aussi sur ce sujet *Rubis c. Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 452.

- ⁵⁰ *La Royale du Canada, compagnie d'assurance c. Monsef*, [1995] R.R.A. 584 (rés.), J.E. 95-939 (C.Q.); *Les Gresley c. Contant*, B.E. 99BE-17 (C.S.); *General Accident, compagnie d'assurance du Canada c. Doré*, [1998] R.J.Q. 3350, REJB 98-09997 (C.Q.); *Mailloux c. Brousseau*, 2006 QCCQ 11297, EYB 2006-111098 (C.Q.).
- ⁵¹ *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554. Toutes les circonstances sont prises en compte comme faits pertinents pour définir la faute, notamment l'existence du contrat, l'obligation contractuelle pertinente à l'affaire et sa violation.
- ⁵² *Boucher c. Drouin*, [1959] B.R. 814. Également *Rubis c. Gray Rocks Inn Ltd.*, *supra* note 48; *Collin c. Vadenais*, *supra* note 48; *Ouimet c. Labbé*, *supra* note 48.
- ⁵³ Cass. civ., 24 mai 1933, D. 1933.I.137 (note Louis Josserand).
- ⁵⁴ Voir notamment sur ce sujet Geneviève Viney, « La responsabilité contractuelle en question » dans *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XX^e siècle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, 921 [Viney, « La responsabilité contractuelle en question »]; Patrice Jourdain, « Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle » dans *Les métamorphoses de la responsabilité*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997, 65; Philippe Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Éditions Litec/Groupe LexisNexis, 2005 au n^o 127, à la p. 73; Muriel Fabre-Magnan, *Les obligations*, Paris, Presses universitaires de France, 2004 au n^o 224, à la p. 598.
- ⁵⁵ *Air Canada c. Marier*, [1980] C.A. 40; commentaire Jean Pineau, « Chroniques régulières. La fausse veuve », (1980) 40 R. du B. 130; Jean Pineau, « À propos de l'affaire Marier » (1981) 26 R.D. McGill 560.
- ⁵⁶ Voir par exemple *Véranda Industries Inc. c. Beaver Lumber Co.*, [1992] R.J.Q. 1763 (C.A.), modifié (*sub. nom Horecki c. Beaver Lumber Co.*) [1991] R.R.A. 234 (C.S.) (conjointe de la victime immédiate). Également, dans un autre domaine, *Bourgouin c. Auberge de jeunesse de Tadoussac inc.*, [1999] R.J.Q. 2439, REJB 1999-14126 (C.S.) (sport organisé; parents de la victime immédiate).
- ⁵⁷ Voir notamment *Hervé Rancourt construction inc. c. Sévigny*, [1989] R.R.A. 751 (C.A.).
- ⁵⁸ Art. 1468, 1469 et 1473 C.c.Q.
- ⁵⁹ Art. 1442 C.c.Q.
- ⁶⁰ Art. 1726 et s. C.c.Q.
- ⁶¹ C'est la célèbre question des « vrais tiers » et des « faux tiers », qui a agité la doctrine française. Voir par exemple sur ce sujet Georges Durry, *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle*, Montréal, Université McGill, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1986 aux n^{os} 206 et s.
- ⁶² Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, Publications du Québec, 1993 à l'art. 1442 [Commentaires du ministre].
- ⁶³ Masse, « Responsabilité civile », *supra* note 1 au n^o 75, aux pp. 299-300; Didier Lluelles et Benoît Moore, *Droit des obligations*, Montréal, Thémis, 2006 au n^o 2958, aux pp. 1778-79 [Lluelles et Moore, *Obligations*]; Jeffrey Edwards, *La garantie de qualité du vendeur en droit québécois*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2008 au n^o 146, à la p. 63. Voir aussi dans ce sens Jacques Deslauriers, *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 à la p. 199; Viney, « Pour une interprétation modérée », *supra* note 10 à la p. 825.
- ⁶⁴ Baudouin et Deslauriers, *Responsabilité*, vol. 2, *supra* note 36 au n^o 2-397, à la p. 359; Vézina, « L'indemnisation du préjudice corporel », *supra* note 30 à la p. 127; Baudouin, Jobin et Vézina, *Obligations*, *supra* note 8 au n^o 796, aux pp. 778-80; Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Michelle Cumyn, *La vente*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007 au n^o 226, aux pp. 312-15 [Jobin et Cumyn, *Vente*].
- ⁶⁵ Voir dans ce sens *Anctil c. Constant*, [1995] R.R.A. 580 (C.Q. civ. (div. pet. cré.)); *Ladouceur c. Brasserie Labatt Ltée*, B.E. 99BE-779 (C.Q. civ. (div. pet. cré.)); *Bérubé c. Moto des Ruisseaux inc.*, J.E. 2003-815, REJB 2003-39887 (C.A.), infirmant [2001] R.R.A. 208, REJB 2001-22304 (C.S.). Voir aussi *contra Axa Assurances inc. c. Jean-Guy Bigras & Fils Ltée*, J.E. 2005-1433, EYB 2005-92389 (C.Q.).

- ⁶⁶ Il pourrait arriver par un concours de circonstances que le tiers, victime directe, soit en même temps une victime par ricochet (ainsi en serait-il de la mère, contractante, et de son fils, tiers, blessés tous deux dans un accident de transport alors qu'ils voyagent ensemble).
- ⁶⁷ Voir par exemple *Roy c. Commission scolaire de Jaques-Cartier*, [1987] R.R.A. 621 (C.S.); *Poulin c. Commission scolaire des Premières Seigneuries*, [2000] R.R.A. 839 (C.Q.). Bien que l'action soit parfois intentée par le parent en qualité de tuteur à son enfant, victime immédiate, et en qualité personnelle, comme victime par ricochet, il y a confusion entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle.
- ⁶⁸ *Gervais c. Canadian Arena Co*, (1936) 74 C.S. 389.
- ⁶⁹ Voir sur cette question Vézina, « L'indemnisation du préjudice corporel », *supra* note 30, aux pp. 128-29; l'auteure soulève aussi la question du fondement d'un droit contractuel d'un enfant ou autre personne protégée (l'enfant a-t-il la capacité de passer ce contrat? est-il représenté par son parent?), une question totalement ignorée dans la jurisprudence.
- ⁷⁰ Notamment *Boucher c. Drouin*, *supra* note 51; *Air Canada c. Marier*, *supra* note 54. Voir aussi dans ce sens *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, *supra* note 50.
- ⁷¹ Cette exception ne saurait cependant être étendue à l'inscription d'un enfant à une commission scolaire : une analogie peut être faite ici avec le raisonnement suivi dans l'arrêt *Camden-Bourgault*, *supra* note 37.
- ⁷² Voir sur cette question Vézina, *Obligation de sécurité*, *supra* note 2 au n° 201; Vézina, « Le trajet convergent », *supra* note 14 à la p. 590.
- ⁷³ Pour le transport, voir sur cette question le passage suivant des *Commentaires du ministre*, *supra* note 61 à l'art. 2032 C.c.Q. : « L'article précise cependant qu'il existe des circonstances où un transport, bien qu'il soit effectué à titre gratuit, demeure régi par les différentes règles énoncées dans le chapitre sixième [sur le contrat de transport]. Il en est ainsi, notamment, des jeunes enfants qui voyagent gratuitement dans les trains, les avions et les autobus exploités dans le cadre d'une entreprise de transport. Il n'y a certes pas lieu d'appliquer à leur endroit un régime différent de celui des autres voyageurs ».
- ⁷⁴ Vézina, *Obligation de sécurité*, *supra* note 2 au n° 201.
- ⁷⁵ Baudouin et Deslauriers, *Responsabilité*, vol. 1, *supra* note 1 au n° 1-56, à la p. 40.
- ⁷⁶ Voir par exemple *Baron c. Super-marché Lavatrie*, [2004] R.J.Q. 3147, J.E. 2004-2241, REJB 2004-54400 (C.Q.); *9096-6672 Québec Inc. c. 9057-4989 Québec Inc.*, EYP 2005-97521 (C.Q.); voir sur ce sujet Jobin et Cumyn, *Vente*, *supra* note 63 au n°113, aux pp. 143-44.
- ⁷⁷ Voir par exemple *Lafleur c. Issa*, [2000] R.J.Q. 87, REJB 1999-16085 (C.S.); *Monin-Spenard c. Maison Carpediem Inc.*, [1987] R.R.A. 663 (C.S.).
- ⁷⁸ Voir par exemple *Construction Laramée Ltée c. Domaine Montebello Inc.*, J.E. 86-767, [1986] R.R.A. 434 (rés) (C.S.), modifié sur un autre point par [1989] R.R.A. 788 (C.A.) (propriétaire agissant comme un véritable entrepreneur).
- ⁷⁹ Voir par exemple *Dubé c. Domaine de ski Mont-Bruno inc.*, *supra* note 32; *Brasseur c. Desrosiers*, [2001] R.R.A. 250 (C.S.); *Gingras c. Commission scolaire des Chutes de la Chaudière*, [1998] R.R.A. 625 (C.Q.). Voir aussi sur ce sujet Vézina, « L'indemnisation du préjudice corporel », *supra* note 30 à la p. 123.
- ⁸⁰ Rémy, « Faux concept », *supra* note 25; Laurence Leturmy, « La responsabilité délictuelle du contractant » (1998) 97 R.T.D. civ. 839; Denis Tallon, « L'inexécution du contrat: pour une autre présentation » (1994) 93 R.T.D. civ. 223; Philippe Le Tourneau et Loïc Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 2002-03 aux n°s 802 et s., aux pp. 238 et s., et éditions antérieures dans lesquelles les mêmes idées avaient été exposées. Ces auteurs avaient aussi d'autres arguments que les dérapages évoqués ici.
- ⁸¹ Viney, « La responsabilité contractuelle en question », *supra* note 53.

- ⁸² Daniel Gardner et Benoît Moore, « La responsabilité contractuelle dans la tourmente » (2007) 48 C. de D. 543. Voir aussi dans ce sens Adrian Popovici, « Tendances récentes du droit de la responsabilité civile au Québec » dans *Les métamorphoses de la responsabilité : Sixièmes Journées René Savatier, Poitiers, 15 et 16 mai 1997*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, 129 [Popovici, « Tendances récentes de la responsabilité civile »]. *Contra* Pierre-Gabriel Jobin, « Amputer la responsabilité contractuelle? Une tourmente inutile et néfaste » (2009) 50 C. de D. 3 [Jobin, « Amputer la responsabilité contractuelle »]; Baudouin et Deslauriers, *Responsabilité*, vol. 1, *supra* note 1 aux n^{os} 1-4 et s., aux pp. 2 et s.; Lluelles et Moore, *Obligations*, *supra* note 62 au n^o 2949, à la p. 1774, et les notes; Jean Pineau, « Brefs propos en l'air sur les avatars de la responsabilité contractuelle » dans Brigitte Lefebvre, dir., avec la collaboration de Sylvie Berthold, *Mélanges Roger Comtois*, Montréal, Thémis, 2007, 469; Vézina, *Obligation de sécurité*, *supra* note 2 au n^o 193. Voir également Baudouin, Jobin et Vézina, *Obligations*, *supra* note 8 au n^o 896, aux pp. 871 et s.
- ⁸³ Viney, « Pour une interprétation modérée », *supra* note 10 aux pp. 825-26.
- ⁸⁴ « [L]a jurisprudence devrait logiquement interpréter le texte [de l'article 1458 C.c.Q.] d'une façon 'modérée' et limiter sa portée aux obligations implicites importantes, de façon à mieux respecter l'esprit de la loi qui est d'honorer la réalité contractuelle et d'éviter que, comme par le passé, la responsabilité qui y est attachée ne soit oubliée au profit des règles de la responsabilité extracontractuelle. » Baudouin et Deslauriers, *Responsabilité*, vol. 1, *supra* note 1 au n^o 1-55, aux pp. 37-38.
- ⁸⁵ Voir par exemple *Distributeur Tapico Itée c. Commission scolaire des Patriotes*, REJB 2001-24422 (C.S.), inf. pour d'autres motifs par REJB 2003-43526 (C.A.). Pour d'autres exemples, voir Baudouin, Jobin et Vézina, *Obligations*, *supra* note 8 au n^o 467, à la p. 480 et jurisprudence citée.
- ⁸⁶ Baudouin et Deslauriers, *Responsabilité*, vol. 1, *supra* note 1 au n^o 1-56, aux pp. 38-40; Vézina, « L'indemnisation du préjudice corporel », *supra* note 30 aux pp. 120-22. Également Jobin, « Amputer la responsabilité contractuelle », *supra* note 81. Dans le processus de réforme du Code Civil du Québec, voir la tentative de soumettre à la responsabilité extracontractuelle la réparation de *tout préjudice corporel* survenant en cours de contrat, i.e. la *décontractualisation totale* de la réparation d'un tel préjudice : P.L. 125, *Code civil du Québec*, 1^{re} sess., 34^e lég., Québec, 1990 (présentation), art. 1454 : « Toute personne a le devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés. Elle est, lorsqu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice, corporel, moral ou matériel, qu'elle cause à son cocontractant et tenue de réparer ce préjudice; ni elle ni le cocontractant ne peuvent alors se soustraire à l'application des règles du régime contractuel de responsabilité pour opter en faveur de règles qui leur seraient plus profitables, *mais si le préjudice est corporel, seules les règles du régime extracontractuel de responsabilité s'appliquent.* » [nos italiques].
- ⁸⁷ Art. 1652.8 et s. C.c.B.-C.; art. 1912 et s., 1972 C.c.Q. Voir par exemple, dans ce sens, *Compagnie 99885 Canada inc c. Monast*, [1994] R.R.A. 217 (C.A.). Voir aussi sur ce sujet Pierre Legrand, « L'obligation de sécurité dans les contrats ou la normativité du non-dit » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1991)*, Montréal, Barreau du Québec, 1991, 729; Pierre-Gabriel Jobin, *Le louage*, 2^e ed., Cowansville (Qc) / Montréal, Yvon Blais / Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1996 aux n^{os} 163-64, aux pp. 407-12, et jurisprudence citée [Jobin, *Louage*].
- ⁸⁸ Art. 2037 CcQ.; *Surprenant c. Air Canada*, *supra* note 13.
- ⁸⁹ Art. 2087 CcQ.; *Québec Asbestos Corp. c. Couture*, [1929] R.C.S. 166.
- ⁹⁰ Baudouin et Deslauriers, *Responsabilité*, vol. 1, *supra* note 1 au n^o 1-57, aux pp. 41-42; Vézina, « L'indemnisation du préjudice corporel », *supra* note 30 aux pp. 120-22.

- ⁹¹ Voir sur ce sujet Baudouin, Jobin et Vézina, *Obligations*, supra note 8 au n° 466, aux pp. 477-78.
- ⁹² Voir par exemple *Rizk c. Hôpital du Sacré-Cœur de Montréal*, [1999] R.R.A. 197, REJB 1998-09902 (C.S.).
- ⁹³ Voir par exemple *Morin c. Leblanc*, supra note 29. Voir sur ce sujet Baudouin et Deslauriers, *Responsabilité*, vol. 1, supra note 1 au n° 1-57, à la p. 41.
- ⁹⁴ Comparer de telles obligations de moyens renforcées par une présomption simple, édictée par le législateur lui-même : art. 1465, 1861 et 1862 C.c.Q.
- ⁹⁵ Voir dans ce sens Baudouin et Deslauriers, *Responsabilité*, vol. 1, supra note 1 au n° 1-57, aux pp. 41-42; Vézina, « L'indemnisation du préjudice corporel », supra note 30 à la p. 137.
- ⁹⁶ Voir sur ce sujet Baudouin, Jobin et Vézina, *Obligations*, supra note 8 au n° 38, aux pp. 43-44.
- ⁹⁷ Sous réserve, évidemment, que le législateur ou les parties aient clairement prévu l'intensité.
- ⁹⁸ Paul-André Crépeau, *L'intensité de l'obligation juridique, ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Cowansville (Qc) / Montréal, Yvon Blais / Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1989 spécialement au n° 86, aux pp. 47-48. Le statut professionnel du débiteur, l'infériorité économique du créancier (notamment le consommateur) sont aussi des facteurs qui ont parfois une incidence: Vézina, « L'indemnisation du préjudice corporel », supra note 30 à la p. 137.
- ⁹⁹ Une de ses manifestations, parmi d'autres, est l'interdiction de toute clause exonératoire en matière de préjudice corporel ou moral (art. 1474 C.c.Q.). Voir entre autres sur ce sujet Jean Pineau, « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec » (1992) R. du B. can. 423; Masse, « Responsabilité civile », supra note 1 au n° 13, aux pp. 248-49.
- ¹⁰⁰ Voir sur cette question Vézina, « Le trajet convergent », supra note 14 à la p. 594. Voir aussi sur ce sujet Jobin, « Amputer la responsabilité », supra note 81.
- ¹⁰¹ Art. 1463 C.c.Q. pour la responsabilité extracontractuelle et, pour la responsabilité contractuelle, notamment *Hervé Rancourt construction inc. c. Sévigny*, supra note 56. Voir sur cette question Baudouin, Jobin et Vézina, *Obligations*, supra note 8 au n°73, à la p. 765.
- ¹⁰² De façon parallèle, il a été mis de l'avant que les présomptions de faute ou de responsabilité, spécialement celles des art. 1463 et s. C.c.Q. concernant les biens, devraient s'appliquer dorénavant autant en responsabilité contractuelle qu'en responsabilité extracontractuelle : Claude Fabien, « Le nouveau cadre contractuel de l'exercice des professions » dans André Poupart, dir., *Le défi du droit nouveau pour les professionnels : le Code civil du Québec et la réforme du Code des professions*, les Journées Maximilien- Caron 1994, Montréal Thémis, 1995, 73; Claude Fabien, « Les présomptions légales de faute et de responsabilité s'appliquent-elles au contrat? » (2006) 85 R. du B. can. 373. Voir aussi dans ce sens Popovici, « Tendances récentes de la responsabilité civile » supra note 81. Cette thèse fort discutable ne semble pas devoir prévaloir en jurisprudence : *Morin c. Leblanc*, supra note 29; *Leblond c. Dionne*, [2006] R.D.I. 227, EYB 2006-102398 (C.A.); *La Mauricienne, société mutuelle d'assurances générales c. 9020-3886 Québec Inc. (Avanti 2000 Inc. c. Lombard (Canada))*, [2005] R.D.I. 30 (C.A.); *Mirault c. Expocité*, J.E. 2000-2063, REJB 2000-21283 (C.Q.); *Lafleur c. Issa*, [2000] R.J.Q. 87, REJB 1999-16085 (C.S.); Nathalie Vézina, « Les articles 1459 à 1469 C.c.Q. et la responsabilité contractuelle : plaidoyer en faveur d'une thèse dite 'restrictive' » (1996) 75 R. du B. can. 604; Baudouin et Deslauriers, *Responsabilité*, vol. 1, supra note 1 aux n°s 1-59 à 1-61, aux pp. 43-46. Voir également Baudouin, Jobin et Vézina, *Obligations*, supra note 8 au n° 794, aux pp. 775-77.
- ¹⁰³ Vézina, *Obligation de sécurité*, supra note 2 aux n°s 175, 209. Voir également Jobin, « Amputer la responsabilité contractuelle » supra note 81.
- ¹⁰⁴ Art. 1854 C.c.Q. Voir par exemple *Corporation Quad inc. c. Groupe immobilier Borex*, 2007 QCCA 1868, [2008] R.D.I. 13.
- ¹⁰⁵ Art. 1465 C.c.Q.
- ¹⁰⁶ Voir par exemple *Montréal (Office d'habitation de) c. Bédard*, 2008 QCCQ 6888, EYB 2008-143497. Voir sur ce sujet Jobin, *Louage*, supra note 86 au n° 174.

DESPRE ANTICHREZĂ SAU GAJUL IMOBILIAR

Adrian TAMBA*

Résumé : De l'antichrèse ou le gage immobilier. *L'antichrèse est une garantie réelle immobilière dont les praticiens sont peu intéressés et qui ne déclenche point les passions de la doctrine (G. Piette, La nature de l'antichrèse, après l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, "Recueil Dalloz" nr. 24/22 juin 2006, p. 1688). Pour ce qui est de notre système juridique, les mots de l'auteur français sont complètement compréhensibles, si on tient compte de la Loi nr. 61/1931 et de l'art. 2385 Nouveau Code Civil.*

Malgré ceci, cette étude est dédiée à l'antichrèse, car nous ne pensons pas qu'un tel droit réel accessoire puisse être condamné à l'oubli. L'analyse entreprise est centrée spécialement sur le droit français et celui roumain.

Tout à tour sont soumises à l'investigation la forme écrite du mot "antichrèse", sa signification, et, ensuite, on passe à des problèmes concernant le contrat de constitution de celle-ci. On continue avec l'approche de l'antichrèse-location, les effets et l'éteignement de l'antichrèse.

Avant les appréciations finales, on peut observer que, bien que le Nouveau Code Civil soit intolérant avec l'antichrèse, le même acte normatif accepte son mécanisme, par l'intermédiaire de la fiducie-sûreté.

Mots clés : *antichrèse, droit réel accessoire de garantie sur un immeuble, se servir d'une chose en échange d'une autre, l'ancien Code Civil roumain, Code Civil français, le Nouveau Code Civil roumain, fiducie-sûreté.*

Cuvinte cheie : *antichreză, drept real accesoriu de garanție asupra unui imobil, servirea de un lucru în schimbul altuia, vechiul Cod civil român, Codul civil francez, Noul Cod civil român, fiducie-garanție*

1. Antichreza – forma scrisă a cuvântului și semnificație. Noul Cod civil¹, astfel cum a fost publicat în „Monitorul Oficial al României”, Partea I, nr. 511 din 24 iulie 2009, cuprindea un text botezat „nulitatea antichrezei”. Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil² reconturează art. 2385: acesta este intitulat „antihreza”³.

În ceea ce ne privește, preferăm să utilizăm termenul în maniera în care o făcea și Codul civil din 1864⁴ (Cartea a III-a, Titlul XVI, art. 1697-1703⁵); altfel zis, nu vom uita slova „c”.

2. Întemeindu-se pe art. 1697 Vechiul C. civ., unii autori au oferit garanției⁶ pe care o analizăm următoarea definiție: contract prin care creditorul dobândește dreptul de a-și însuși fructele naturale sau civile⁷ ale unui imobil ce i-a fost remis de către debitor, cu îndatorirea de a le imputa întâi asupra dobânzilor și abia apoi asupra capitalului⁸. Într-un sens înrudit, suntem instruiți că "*l'antichrèse (...) emporte, outre la dépossession de l'immeuble et son transfert au créancier bénéficiaire (C. civ. art. 2387), le droit pour celui-ci d'en percevoir les fruits qu'il doit imputer sur les intérêts (...) et subsidiairement sur le capital de la dette (art. 2389 al. 1)*"⁹ (antichreza presupune, pe lângă deposedarea de imobil și transferul său către creditorul beneficiar, dreptul acestuia de a percepe fructele, pe care trebuie să le impute asupra intereselor și, subsidiar, asupra capitalului datoriei - trad. ns., A. T.). De origine greacă, antichreza s-a aclimatizat și în dreptul roman. Ea constă într-un soi de schimb de folosință sau o contra (anti) folosință („*contre jouissance*")¹⁰; lămuritor este cuvântul „αντιχρηστ”, care desemna ideea de a se bucura de un bun în locul altuia¹¹ sau "*action de se servir d'une chose en échange d'une autre*"¹² (acțiunea de a se servi de un lucru în schimbul altuia - trad. ns., A. T.). Pe bună dreptate suntem învățați că „*le créancier reçoit la jouissance d'un immeuble en échange de la jouissance, qu'il confère au débiteur, du capital de la dette (...)*"¹³ [creditorul primește folosința unui imobil în schimbul celei a capitalului (de pildă, a unei sume de bani)¹⁴], pe care o conferă debitorului – trad. ns., A. T.].

Doctrina franceză pune în lumină că antichreza este aplicarea tehnicii gajului cu deposedare la un bun imobil¹⁵, însă imediat adaugă că legătura parentală¹⁶ dintre antichreză și amanet a fost ruptă de Ordonanța din 23 martie 2006¹⁷. Consecințele unei asemenea rupturi pot fi decelate fără dificultăți: regimul juridic al antichrezei este mulat pe cel al ipotecii convenționale¹⁸ (art. 2388 C. civ. fr.). De aceea, în viziunea unora¹⁹, nu poate fi decât regretabil că un act normativ recent (art. 10 din Legea nr. 2009-526 din 12 mai 2009) a considerat de cuviință să ofere o nouă denumire dreptului real accesoriu de garanție analizat: gaj imobiliar. Demersul legiuitorului francez din 2009 a fost calificat drept o inovație demagogică, lipsită de orice interes practic, acesta fiind acuzat că, aparent, a ignorat munca întreprinsă de cel din 2006. M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel conchid: un frumos exemplu de ravagii pe care îl poate genera bulimia de reforme.

Din câte am observat noi, Legea nr. 2009-526 modifică art. 2387-2392 C. civ. fr. sub un singur aspect, fără să le fie afectată substanța. În loc de „antichreză” (formulare întâlnită în Ordonanța nr. 2006-346 din 23 martie 2006) este introdusă sintagma „gaj

imobiliar”, în cuprinsul art. 2387 și 2388; privitor la art. 2392, expresia „creditor antichrețist” este înlocuită cu cea de „creditor titular al unui drept de gaj imobiliar”. Chiar și în contextul Legii nr. 2009-526, respectiv al formei actuale a art. 2387-2392 C. civ. fr., ni se pare mult mai potrivit să discutăm despre „antichreză”. Credem că un concept precum acela de „gaj imobiliar” este cel puțin bizar, câtă vreme filiația față de amanet este dată la o parte. Este cu neputință să ne scape conflictul ce se desfășoară în ființa art. 2388 C. civ. fr., care, deși trimite la ipotecă, nu se sfiște să vorbească despre „gaj imobiliar”. De asemenea, literatura de specialitate apărută după legea din 2009 nu repudiază noțiunea de „antichreză”, întrebuițând-o în continuare (astfel procedează Barthélemy Mercadal în lucrarea „*Droit commercial*”, publicată în anul 2011).

3. Contractul de antichreză. Odinioară se susținea că antichreza este „*le nantissement*” ce poartă asupra unui bun imobil²⁰, subliniindu-se că suntem în prezența unui contract real²¹, unilateral²² și accesoriu²³; convenție reală, deoarece se perfectează doar prin remiterea bunului, spre pildă, în mâinile creditorului²⁴; acord de voințe unilateral, întrucât dă naștere la obligații exclusiv în sarcina creditorului antichrețist, care este ținut la conservarea, administrarea și restituirea lucrului²⁵ (anc. art. 2086-2087 C. civ. fr. și 1699-1700 Vechiul C. civ. român). În fine, caracterul accesoriu înseamnă că „*le nantissement*” (antichreza)²⁶ vine să asigure executarea unei obligații principale²⁷.

Totodată, art. 1698 alin. (1) Vechiul C. civ. [anc. art. 2085 alin. (1) C. civ. fr.] impunea contractului forma scrisă, însă aceasta era necesară numai *ad probationem*²⁸.

4. Reținem că, în prezent, antichreza nu mai este un „*nantissement*”²⁹; concluzia se desprinde din parcurgerea art. 2329, 3° și 2355 C. civ. fr. În plus, garanția cercetată și gajul sunt de necomparat, cea dintâi fiind apropiată de ipotecă³⁰. Conform art. 2388 C. civ. fr., „*les dispositions relatives à l'hypothèque conventionnelle prévues au dernier alinéa de l'article 2397 et aux articles 2413, 2414, 2416, 2417 et 2421 sont applicables au gage immobilier* (antichrezei – nota ns., A. T.); *le sont également les dispositions relatives aux effets de l'hypothèque prévues aux articles 2458 à 2460*” (dispozițiile relative la ipoteca convențională prevăzute la ultimul alineat al articolului 2397, respectiv la articolele 2413, 2414, 2416, 2417 și 2421 sunt aplicabile antichrezei; tot astfel sunt prevederile referitoare la efectele ipotecii instituite de art. 2458-2460; trad. ns., A. T.).

Art. 2413 C. civ. fr., la care face referire art. 2388, supune ambele convenții (antichreză și ipotecă) la condiții severe de capacitate³¹. În egală măsură, un autor arată că „*(...) la capacité requise pour constituer une antichrèse est calquée sur celle qui est exigée pour constituer une hypothèque*”³² (capacitatea pretinsă pentru constituirea unei antichreze este modelată pe cea solicitată pentru alcătuirea unei ipotecii – trad. ns.,

A. T.). În opinia noastră, exigențele riguroase care se manifestă pe marginea capacității își găsesc explicația în faptul că ipoteca este clasată printre actele de dispoziție³³; tot astfel se prezintă și antichreza, care, așa cum am văzut, a fost alăturată celei dintâi. Fără să insistăm mai mult asupra problemei, amintim că, în dreptul nostru, un minor ce are capacitate de exercițiu restrânsă nu poate încheia un contract de ipotecă prin care să-și garanteze propriile obligații decât în măsura în care este îndeplinit formalismul de abilitare³⁴ [art. 146 alin. (1)-(2), acest text îndrumându-ne înspre art. 144 alin. (2) Noul C. civ.].

Antichreza, la fel ca ipoteca, este susceptibilă să garanteze una sau mai multe creanțe, prezente sau viitoare, însă, în ultima situație, ele trebuie să fie determinabile (art. 2388 și 2421 C. civ. fr.)³⁵.

5. Subiectul cu adevărat captivant stă în trasarea naturii antichrezei. În altă ordine de idei, iată interogația interesantă: ce fel de contract este antichreza, în zilele noastre ? Răspunsul sau, cel puțin, unul dintre ele, se regăsește în art. 2388 și 2416 C. civ. fr.

În virtutea art. 2416, "*l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte notarié*" (ipoteca convențională nu poate fi consimțită decât prin act notarial – trad. ns., A. T.), linie directoare care guvernează și antichreza. Dispoziția legală consacră caracterul solemn al contractului de antichreză³⁶. Formalismul *ad validitatem* este o chestiune de fond, esențială a actului juridic, deoarece vizează maniera de exprimare a voinței sau modul de exteriorizare a consimțământului³⁷.

Configurația autentică³⁸ este impusă mai ales operațiunilor juridice care ținesc imobile³⁹. Profund edificatoare sunt următoarele norme: art. 10¹ din Legea nr. 114/1996⁴⁰ (vânzarea unei locuințe va îmbrăca forma autentică notarială); art. 2 alin. (1) din Titlul X al Legii nr. 247/2005⁴¹ (convenția prin care se vindea un teren era subjugată tot formei autentice notariale); art. 2378 alin. (1) Noul C. civ. (contractul de ipotecă imobiliară se perfectează în formă autentică notarială); ar fi de remarcat că înscrisul sub semnătură privată se ivește ca fiind suficient pentru "alcătuirea" ipotecii mobiliare (art. 2388 Noul C. civ.).

Într-o asemenea conjunctură, cerința actului notarial în materia antichrezei este relativ coerentă⁴².

6. Revenind la întrebarea expusă mai sus (*supra.*, nr. 5), antichreza compare și ca un contract real. Caracterul transpare din raportul referitor la Ordonanța din 23 martie 2006, adresat președintelui Republicii de către Ministrul Justiției ("*le garde des Sceaux*"): "*contrat réel, elle [l'antichrèse] ne se réalise que par le dessaisissement du débiteur, la remise de la chose*"⁴³ (contract real, antichreza nu se realizează decât prin

remiterea lucrului – trad. ns., A. T.). Dacă ar fi să-i dăm crezare lui G. Piette, această calificare nu merită necesarmente aprobare.

Printre altele, în dreptul francez, este rarism, dacă nu cumva unic, ca un contract să fie deopotrivă solemn și real⁴⁴. Or, exact așa stau lucrurile în cazul antichrezei: convenția este solemnă, întrucât consimțământul se redă numai în formă autentică; ea este și reală, în măsura în care luăm de bun raportul ministrului justiției⁴⁵.

Mai mult, Piette expune un argument de neignorat. Ținând seama de clasificarea tradițională a contractelor, dubla natură a antichrezei stârnește surprindere. Din perspectiva condițiilor de formare, se deosebește între convenții consensuale, solemne și reale⁴⁶. Linia de prim rang este consensualimul⁴⁷ (art. 1178 Noul C. civ.). Excepțional, unele contracte sunt formaliste: cele solemne și cele reale⁴⁸. Forma se poate afirma printr-o solemnitate sau prin remiterea lucrului. Formalitatea este necesitatea uneia sau altele dintre cele două contururi, iar nu a ambelor, cumulativ⁴⁹.

Antichreza, contract solemn real, suscită anumite dificultăți. Ce se va întâmpla dacă părțile își exteriorizează consimțămintele în forma actului notarial, însă imobilul nu este remis material? Dar invers, ce valorează tradițiunea bunului în absența înscrisului autentic? Desigur că impasul va fi evitat, în măsura în care deposedarea și redactarea actului intervin concomitent.

7. Antichreza-locățiu. Această tehnică, izvorâtă din practică, permite creditorului antichrezist să închirieze imobilul grevat însuși constituitorului⁵⁰, cel din urmă fiind ținut la plata chiriilor. Antichreza-locățiu, admisă de jurisprudența franceză⁵¹, a primit o consacrare legislativă clară. Art. 2390 C. civ. fr. indică faptul că *“le créancier peut, sans en perdre la possession, donner l'immeuble à bail, soit à un tiers, soit au débiteur lui-même* (subl. ns., A. T.)” (creditorul poate, fără a pierde posesia, să închirieze imobilul, fie unui terț, fie chiar debitorului – trad. ns., A. T.).

8. Efectele antichrezei. Întâi de toate, creditorul antichrezist are folosința imobilului, putându-l utiliza personal⁵² sau închiria. Corolarul acestei prerogative constă în obligația de a conserva și întreține imobilul [art. 2389 alin. (2) C. civ. fr.].

Veniturile nemișcătorului (spre exemplu, chirii) vor fi afectate, dacă este cazul, cheltuielilor de conservare și întreținere; apoi, ele se impută asupra dobânzilor, iar la urmă, va fi ținut capitalul⁵³ [așadar, percepem că titularul antichrezei are la îndemână folosința imobilului (chiriile) în locul aceleia a capitalului (dobânzile), care, altfel, i-ar fi revenit].

În al doilea rând, creditorul garantat dispune și de un drept de retenție (art. 2391 C. civ. fr.), care se întinde în timp până la plata integrală a datoriei.

În sfârșit, garanția investigată generează alte două atribute, anume preferința și urmărirea. Prima nu este considerată deosebit de interesantă, întrucât întâietatea poate fi obținută de către antichrezist datorită retenției⁵⁴. Dreptul de urmărire se impune recunoscut, deoarece el este o însușire normală a oricărei garanții reale imobiliare⁵⁵.

9. Noul Cod civil respinge pactul comisoriu⁵⁶, indicând că este nescrisă orice clauză prin care, pentru garantarea executării obligației, creditorul își rezervă dreptul de a deveni proprietarul bunului (art. 2433)⁵⁷. Art. 2433 Noul C. civ. este, în esență, o traducere a art. 1801 C. civ. Québec, după care *“est réputée non écrite toute clause selon laquelle, pour garantir l'exécution de l'obligation de son débiteur, le créancier se réserve le droit de devenir propriétaire irrévocable du bien ou d'en disposer”* (este reputată nescrisă orice clauză potrivit căreia, pentru garantarea executării obligației debitorului său, creditorul își rezervă dreptul de a deveni proprietarul irevocabil al bunului sau de a dispune de acesta – trad. ns., A. T.).

Dimpotrivă, Codul civil francez⁵⁸, în anumite condiții, acceptă *lex commissoria*. Dacă ar fi să ne oprim asupra art. 2459 C. civ. fr., vom zări că *“il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué”* (în contractul de ipotecă poate fi convenit că acel creditor va deveni proprietarul imobilului – trad. ns., A. T.). Ținând cont de faptul că art. 2388 C. civ. fr. ne ghidează înspre art. 2459, tragem încheierea că pactul comisoriu poate fi înglobat într-un contract de antichreză. Rezolvarea este în bună măsură opusă celei consfințite de anc. art. 2088 C. civ. fr. (art. 1701 Vechiul C. civ. român), care nega validitatea clauzei în virtutea căreia, în caz de neexecutare a obligației, creditorul devenea proprietarul imobilului⁵⁹; specificăm însă că, inclusiv sub imperiul anc. art. 2088 C. civ. fr., nu era tăgăduită valabilitatea pactului comisoriu⁶⁰ intervenit ulterior convenției de antichreză⁶¹. Așadar, noutatea veritabilă o regăsim în faptul că, azi, *lex commissoria* poate fi concomitentă constituirii antichrezei [art. 2388 și 2459 C. civ. fr.], ceea ce, în realitate, denotă o curată încuviințare a pactului comisoriu.

În definitiv, art. 2460 alin. (1), respectiv alin. (2), teza I și 2388 C. civ. fr. se pun în calea spoliei debitorului, trasând un sistem de evaluare obiectivă a bunului⁶².

10. **Stingerea antichrezei.** Finalul antichrezei se produce mai ales în două ipoteze, enumerate de art. 2392 C. civ. fr. [*“(…)1° par l'extinction de l'obligation principale ; 2° par la restitution anticipée de l'immeuble à son propriétaire”*].

Încetarea antichrezei odată cu obligația principală garantată este dictată imperativ de însăși natura sa de accesoriu.

Restituirea anticipată a imobilului evocă o renunțare⁶³ la dreptul de antichreză⁶⁴ (înapoierea bunului duce la “evaporarea” antichrezei, ceea ce ne îngăduie să sesizăm

mecanismul renunțării la drept; aceasta atrage stingerea dreptului subiectiv⁶⁵). Într-adevăr, calea îi este deschisă antichrezistului, care poate abdica de la o putere individuală ce îi aparține.

11. Atitudinea Noului Cod civil față de antichreză și mecanismul acesteia.

Art. 2385 Noul C. civ. pare categoric: “*clauza prin care creditorul ipotecar este autorizat ca, până la data începerii executării, să posedă imobilul ipotecat sau să-și însușească fructele ori veniturile acestuia se consideră nescrisă*”. Trecând peste unele cuvinte mai puțin potrivite⁶⁶ (precum “ipotecar” sau “ipotecat”, care ar fi trebuit să lipsească din corpul unei dispoziții dedicate antichrezei⁶⁷), am fi tentați să opinăm că legiuitorul nu agreează antichreza. Cu toate acestea, se cade să spunem același lucru și despre mecanismul acesteia ?

În încercarea de a oferi o dezlegare, găsim că este de dorit să ne oprim asupra fiduciei și, în special, a celei cu finalitate de garanție.

12. Originea fiduciei este străveche, această instituție urcând în negura vremii până la Egiptul faraonilor și Grecia antică, nefiind neglijată nici de dreptul roman⁶⁸. Cel din urmă⁶⁹ distingea între *fiducia cum amico* (instrument de gestiune) și *fiducia cum creditore* (unealtă de garanție). În ambele cazuri un constituitor sau fiduciant transfera proprietatea unuia sau mai multor bunuri către un fiduciar, care era ținut să le conserve; activitatea de păstrare era desfășurată de către fiduciar fie în interesul său propriu (*fiducia cum creditore*), fie în cel al unui beneficiar sau al constituitorului însuși (*fiducia cum amico*). Atunci când fiducia era utilizată cu scop de garanție ea putea lua sfârșit prin atribuirea proprietății definitive a bunului în folosul fiduciarului, ceea ce constituia echivalentul unui pact comisoriu⁷⁰.

Fiducia romană era străină patrimoniului de afecțiune, căci bunurile asupra cărora purta nu erau separate de cele ale fiduciarului⁷¹. Prin urmare, așa cum pe drept cuvânt ne este insuflat, fiducia din dreptul roman era diferită de cea actuală în anumite privințe⁷².

13. Fiducia este introdusă în Codul civil francez⁷³ prin Legea nr. 2007-211 din 19 februarie 2007. Actului normativ i s-au reproșat anumite lacune, printre care și inexistența dispozițiilor privitoare la realizarea fiduciei-garanție⁷⁴. Golul este umplut de Ordonanța nr. 2009-112 din 30 ianuarie 2009 [care înglobează în Codul civil francez art. 2372-1 – 2372-6 (fiducia-garanție mobilă) și 2488-1 – 2488-6 (fiducia-garanție imobiliară)], însă aceasta viza doar fiduciile-garanție constituite de persoane fizice (art. 5 și 7 din Ordonanță, respectiv art. 2372-6 și 2488-6 C. civ. fr.). Excluderea fiduciei-garanție care provine de la o persoană morală a fost proclamată puțin justificabilă în

fond⁷⁵. Glasul doctrinei nu a rămas neuzit, așa încât art. 2372-6 și 2488-6 au fost înlăturate de Legea nr. 2009-526 din 12 mai 2009 (art. 138, X). Așadar, s-ar părea că textele privitoare la fiducia-garanție sunt aplicabile și entităților juridice⁷⁶.

14. Noul Cod civil consacră fiducia (art. 773-791), însă, la fel ca în dreptul francez, scopul său poate fi unul de gestiune sau de garanție⁷⁷. Deși există cercetători care se află în dubii cu privire la calitatea de proprietar a fiduciarului⁷⁸, o atare însușire este indeniabilă (proprietatea fiduciarului pare una "degradată"⁷⁹, un soi de "pseudo-proprietate"⁸⁰). Fiduciarul este un proprietar supus unor exigențe de gestiune și, când va veni ziua, de restituire, aceasta fiind viziunea care, la ora actuală, pare corespunzătoare intenției legiuitorului⁸¹.

Să pornim de la următoarea ilustrare, perfect imaginabilă în dreptul român: o instituție de credit îi acordă unei persoane juridice un împrumut pe o durată de 10 ani, iar cea din urmă [art. 776 alin. (1) Noul C. civ.], pentru a garanta obligația de restituire (și, desigur, satisfacerea creanței), îi transferă băncii un teren⁸² (dreptul de proprietate asupra imobilului va face parte dintr-o masă patrimonială distinctă de celelalte drepturi și obligații proprii ale fiduciarului – art. 773 Noul C. civ.); în caz de neexecutare a îndatoririi, fiduciarul-beneficiar⁸³ [art. 776 alin. (2) și 777 Noul C. civ.] va păstra pentru totdeauna nemiscătorul. În același timp, ne vom aduce aminte de faptul că "*beneficiarul (care poate fi același cu cel care va dobândi proprietatea patrimoniului fiduciar la finele contractului sau un altul - constituitorul, fiduciarul sau un terț) poate fi îndreptățit prin contractul de fiducie să beneficieze, în tot sau în parte, de fructele bunurilor din patrimoniul fiduciar (chirii, dividende, dobânzi etc.) pe toată durata existenței acestuia sau pe o altă durată mai mică (...)*"⁸⁴. Așadar, se poate concepe ca fiduciarul-beneficiar (și creditor) să fie îndrituit la fructele civile ale terenului pe întreaga perioadă a fiduciei. Bineînțeles că nimic nu împiedică părțile să stabilească faptul că acestea se vor imputa asupra dobânzilor, iar la urmă, asupra capitalului. Admițând că, în pofida ansamblului juridic perfectat de contractanți, datoria nu este îndepărtată în totalitate și debitorul-constituitor nu execută ceea ce mai dăinuie, fiduciarul-creditor rămâne proprietarul lucrului.

În concluzie, prin intermediul fiduciei-garanție (suportată de Noul Cod civil), se ajunge la mecanismul antichrezei cu pact comisoriu.

15. Aprecieri de final. Antichreza trăiește, în anumite privințe, o altfel de viață în Franța, mai ales datorită Ordonanței nr. 2006-346 din 23 martie 2006. Ea nu mai este un "*nantissement*"; lanțul care o lega de gaj a fost sfărâmat. Cele două garanții reale nu mai sunt membrii aceleiași familii. Antichreza⁸⁵ a fost apropiată de ipotecă, mai exact, de cea convențională. La urmă, vom reține că actul normativ din 23 martie 2006 "*(...) a redonné actualité à cette vieille institution (...)*"⁸⁶, aruncată în neființă de către legiuitorul român din 1931.

Antichreza nu pare pe placul Noului Cod civil român (art. 2385), însă acesta, mai mult sau mai puțin conștient, îi îmbrățișează mecanismul, prin intermediul fiduciei-garanție.

Art. 2433 Noul C. civ. reneagă pactul comisoriu (momentul propice pentru manifestarea sa este ratat); slujindu-ne de doctrina română (D. Alexandresco), jurisprudență⁸⁷ și art. 2460 Noul C. civ. (descifrat cu ajutorul Codului civil german), suntem de părere că această convenție își poate face apariția ulterior contractului de constituire a garanției reale.

* Doctorand, Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; tamba_adrian@yahoo.com.

¹ Legea nr. 287/2009 a fost republicată în "Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 505 din 15 iulie 2011. De altfel, "reimprimarea" a fost dictată de art. 218 din Legea nr.71/2011.

² "Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 409 din 10 iunie 2011.

³ Art. 190 pct. 182 din Legea nr. 71/2011 hotărăște că "la articolul 2.385, denumirea marginală se modifică și va avea următorul cuprins: «Antichreza»".

⁴ În continuare, pentru ușurință în exprimare, Codicele Alexandru Ioan I va fi desemnat prin sintagma "Vechiul C. civ."

⁵ Art. 1697-1703 Vechiul C. civ. au fost abrogate de art. 4 alin. (4) din Legea nr. 61/1931 contra cametei (publicată în "Monitorul Oficial al României", nr. 770 din 2 aprilie 1931).

⁶ În sensul că antichreza este un drept real imobiliar sau o garanție imobiliară, a se vedea, M. B. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, Editura All, *Restitutio*, București, 1998, p. 550, nota 613. La fel, un savant civilist scoate în evidență că antichreza este un drept real accesoriu de garanție sau garanție reală ce poartă asupra unui imobil, a se vedea, J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens. Les obligations*, 1^{re} édition «Quadrige», Presses Universitaires de France, Paris, 2004, p. 1580, nota 700.

⁷ M. B. Cantacuzino, *op. cit.*, p. 549, nota 613. Precizăm că anc. art. 2085 C. civ. fr. (art. 1697 Vechiul C. civ. român) și art. 2389 alin. (1) C. civ. fr. nu disting între felurile fructe care îi revin antichrezistului. De aceea, putem crede că sunt incluse și cele industriale. A se vedea, F. Ciutacu, *Garanțiile de executare a obligațiilor. Garanțiile personale și garanțiile reale*, Editura Themis Cart, Slatina, 2006, p. 561.

⁸ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil*, vol. II, Editura All Beck, *Restitutio*, București, 2002, p. 659, nota 1818.

⁹ B. Mercadal, *Droit commercial*, 19^e édition, Editions Francis Lefebvre, Paris, 2011, p. 1124, nota 58269. Expresia "les intérêts", întâlnită la art. 2389 alin. (1) C. civ. fr., înseamnă "dobânzi" [nu poate să ne scape faptul că unitatea sintactică "sur les intérêts" (anc. art. 2085 C. civ. fr.) a fost redată de către legiuitorul din 1864 prin sintagma "asupra dobânzilor" (art. 1697 Vechiul C. civ.), a se vedea, C. Nacu, *Comparațiune între Codul civil român și Codul Napoléon*, Editura Librăriei Leon Alcalay, București, p. 798-799]. În mod egal, v^o *Interese*, în M. Mureșan, P. Vasilescu, J. Kocsis, M. David, S. Fildan, *Dicționar de drept civil*, Editura Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2009, p. 355.

¹⁰ G. Baudry-Lacantinerie, P. de Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement. Des privilèges & hypothèques et de l'expropriation forcée*, troisième édition, tome premier, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, Paris, 1906, p.159, nota 164.

- ¹¹ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9^e édition, Litec, Paris, 2010, p. 706, nota de subsol 205.
- ¹² G. Cornu (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 9^e édition «Quadrige», Presses Universitaires de France, Paris, 2011, p. 68.
- ¹³ G. Baudry-Lacantinerie, P. de Loynes, *op. cit.*, p. 162, nota 168.
- ¹⁴ De regulă, „*le nantissement*” (așa cum este antichreza) însoțește un contract de împrumut (G. Baudry-Lacantinerie, P. de Loynes, *op. cit.*, p. 7, nota 10). Așadar, antichrezistului îi revine folosința imobilului în locul aceleia a capitalului, ultima fiind reprezentată de fructele civile ce sunt dobânzile [a se vedea, art. 548 alin. (3) Noul C. civ.].
- ¹⁵ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9^e édition, Litec, Paris, 2010, p. 705, nota 940.
- ¹⁶ Relația strânsă dintre antichreză și gaj era emanată de art. 2072 C. civ. fr. Cele două garanții reale erau ramurile „*de la famille des nantissements*” (art. 2071 C. civ. fr. arăta că acestea din urmă sunt contracte prin care un debitor îi remite creditorului său un lucru pentru garantarea datoriei). Astfel, Capitolul I al Titlului XVII („*Du nantissement*”) din C. civ. fr. trata gajul („*le nantissement d'une chose mobilier*”), iar Capitolul II aborda antichreza („*le nantissement d'une chose immobilier*”). Într-adevăr, s-a indicat că „*le nantissement*” poate avea ca obiect fie un mobil (ipoteza gajului), fie un imobil (cazul antichrezei), a se vedea, G. Baudry-Lacantinerie, P. de Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement. Des privilèges & hypothèques et de l'expropriation forcée*, troisième édition, tome premier, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, Paris, 1906, p. 9, nota 13.
- Pe de altă parte, legiuitorul român a întâmpinat greutăți în traducerea cuvântului „*nantissement*”, așa încât amanetului și antichrezei le-au fost dedicate două titluri diferite (XV și XVI), a se vedea, C. Nacu, *Comparațiune între Codul civil român și Codul Napoléon*, Editura Librăriei Leon Alcalay, București, p. 793.
- Astăzi, noțiunea de „*nantissement*” înglobează doar garanțiile asupra mobilelor corporale (art. 2329, 3^o și 2355 C. civ. fr.).
- ¹⁷ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, p. 706, nota 940.
- ¹⁸ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, p. 706, nota 940 și p. 708, nota 942.
- ¹⁹ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, p. 706-707, nota 940.
- ²⁰ G. Baudry-Lacantinerie, P. de Loynes, *op. cit.*, p. 162, nota 168.
- ²¹ G. Baudry-Lacantinerie, P. de Loynes, *op. cit.*, p. 3, nota 6 [„(...) *le nantissement est un contrat réel (...)*”] și p. 162, nota 168; C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 659, nota 1821.
- ²² G. Baudry-Lacantinerie, P. de Loynes, *op. cit.*, p. 197, nota 212 [„(...) *l'antichrèse est un contrat unilatéral*”].
- ²³ L. Gouillouard, *Traité du nantissement et du droit de rétention*, deuxième édition, A. Durand et Pedone-Lauriel (éditeurs), Paris, 1896, p. 214, nota 201.
- ²⁴ G. Baudry-Lacantinerie, P. de Loynes, *op. cit.*, p. 162-163, nota 168.
- ²⁵ G. Baudry-Lacantinerie, P. de Loynes, *op. cit.*, p. 197, nota 212; a se vedea și Cas. I, *decizia nr. 253 din 5 mai 1910*, în C. Hamangiu, N. Georgean, *Codul civil adnotat*, vol. IV, Editura All Beck, *Restitutio*, București, 2002, p. 174 [„*creditorul este ținut a restitui pământul constituit antichreză (...)*”].
- ²⁶ L. Gouillouard, *op. cit.*, p. 41, nota 34.
- ²⁷ L. Gouillouard, *op. cit.*, p. 27, nota 19.
- ²⁸ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, p. 708, nota 942; C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 659, nota 1820; G. Baudry-Lacantinerie, P. de Loynes, *op. cit.*, p. 166, nota 174.
- ²⁹ N. Borgia, *L'autonomie conceptuelle de l'antichrèse, source d'effets imprévus*, „Recueil Dalloz” nr. 30/7 septembre 2006, p. 2090.

- ³⁰ G. Piette, *La nature de l'antichrèse, après l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006*, „Recueil Dalloz” nr. 24/22 juin 2006, p. 1689.
- ³¹ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, p. 707, nota 942 și p. 690, nota 917.
- ³² G. Piette, *op. cit.*, p. 1690.
- ³³ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, p. 690, nota 917 [„cet acte (ipoteka – nota ns., A. T.) est classé parmi les actes de disposition (...)”]. Constituirea unor garanții reale sau drepturi reale accesorii (spre exemplu, ipotecă, a se vedea, J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 1580) este un mod de exercitare a dispoziției juridice din conținutul proprietății, a se vedea, L. Pop, L.-M. Harosa, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Editura Universul Juridic București, 2006, p. 86 și V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, vol. I, Editura Humanitas, București, 2004, p. 232, nota 121. Prin urmare, ipoteca nu poate fi decât un act de dispoziție.
- ³⁴ Formalismul de abilitare este el însuși un act juridic unilateral, o autorizare, fără de care un contract nu este valid, a se vedea, L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile*, vol. II, *Contractul*, Editura Universul Juridic, București, 2009, p. 430, nota 160 și Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 10^e édition, Dalloz, Paris, 2009, p. 154, nota 140.
- ³⁵ G. Piette, *op. cit.*, p. 1690.
- ³⁶ G. Piette, *op. cit.*, p. 1690; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, p. 708, nota 942.
- ³⁷ P. Vasilescu, *Actul juridic civil*, în I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *Introducere în dreptul civil*, ediția a 2-a revăzută și adăugită, Editura Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2008, p. 482; J. Goicovici, *Formalism substanțial și libertate contractuală în dreptul privat contemporan*, „Studia Universitatis Babeș-Bolyai”, *Iurisprudentia*, nr. 2-4/2002, p. 120.
- ³⁸ Constatăm că, în sistemul juridic francez, ipoteca convențională se constituie prin act notarial, care este unul autentic (M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, p. 685, nota 908). A se vedea și Civ. 3^e, 15 févr. 2006, în Fr. Jacob, A. Tisserand-Martin, G. Venandet, G. Wiederkehr, X. Henry, (rédigée avec le concours de), P. Guiomard (rédactrice aux Éditions Dalloz), *Code civil* (édition 2012), 111^e édition, Dalloz, Paris, 2011, p. 2603. Casația franceză a statuat că „une sûreté réelle (...) doit être passée en la forme authentique”; aserțiunea este situată în contextul art. 2416.
- ³⁹ A se vedea, Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 155, nota 143 și exemplele oferite de autori.
- ⁴⁰ Republicată în „Monitorul Oficial al României”, Partea I, nr. 393 din 31 decembrie 1997.
- ⁴¹ „Monitorul Oficial al României”, Partea I, nr. 653 din 22 iulie 2005. Titlul X aparținând Legii privind reforma în domeniile proprietății și justiției, precum și unele măsuri adiacente a fost abrogat de art. 230 lit. aa) din Legea nr. 71/2011.
- ⁴² G. Piette, *op. cit.*, p. 1690.
- ⁴³ G. Piette, *op. cit.*, p. 1691.
- ⁴⁴ G. Piette, *op. cit.*, p. 1691.
- ⁴⁵ G. Piette, *op. cit.*, p. 1691.
- ⁴⁶ Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 11^e édition, Litec, Paris, 2010, p. 49-50, nota 66.
- ⁴⁷ Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *op. cit.*, p. 49, nota 66; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, 1^{re} édition, 1 – *Contrat et engagement unilatéral*, Presses Universitaires de France, Paris, 2008, p. 211, nota 91.
- ⁴⁸ J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 2072, nota 1004.

⁴⁹ G. Piette, *op. cit.*, p. 1692.

⁵⁰ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, p. 709, nota 943; G. Piette, *op. cit.*, p. 1688.

⁵¹ Cour de Cassation, 3^e civ., 18 déc. 2002, obs. V. Avena-Robardet, "Recueil Dalloz" nr. 7/13 février 2003, p. 491. În afacerea citată, SDBO (Société de banque occidentale), la ale cărei drepturi a venit CDR creanțe, a acordat un împrumut unei societăți hoteliere (SHIP), destinat să finanțeze achiziționarea a trei ansambluri hoteliere. În garanție, societatea SHIP a consimțit asupra bunurilor, împreună cu societatea Tapati (proprietara terenului asupra căruia a fost construit unul din cele trei hoteluri), o antichreză. SHIP a păstrat folosința bunurilor, în schimbul unei indemnizații de ocupare.

⁵² Presupunând că obiectul antichrezei este un teren, creditorul poate să-l folosească personal prin aceea că va culege fructele naturale (tot ceea ce lucrul produce spontan, fără munca omului, a se vedea, Fr. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, 8^e édition, Dalloz, Paris, 2010, p. 129, nota 123).

⁵³ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, p. 710, nota 946.

⁵⁴ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, p. 711, nota 948.

⁵⁵ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, p. 711, nota 948; G. Piette, *op. cit.*, p. 1689.

⁵⁶ Totodată, art. 1689 alin. (2) Vechiul C. civ. prohibea pactul comisoriu în materia amanetului. Soluția își găsea explicația în grija legiuitorului față de debitor, care, presat de situația sa economică, putea accepta constituirea gajului în condiții care să-l dezavantajeze (L. Pop, *Drept civil român. Teoria generală a obligațiilor*, Editura Lumina Lex, București, 2000, p. 433). Reliefăm, însă, că neîngăduința nu a fost una absolută. Jurisprudența franceză s-a arătat favorabilă pactului comisoriu atunci când perfectarea sa era posteroară „croirii” gajului, deoarece, într-un asemenea moment, debitorul nu mai putea fi supus unor presiuni, el obținând deja împrumutul (a se vedea, S. Hébert, *Le pacte comissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006*, "Recueil Dalloz" nr. 29/26 juillet 2007, p. 2052-2053 și practica judiciară citată). Validitatea *lex commissoria* consimțită ulterior contractului era propovăduită și de autorii români (a se vedea, D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, tomul X, Atelierele grafice Socec & Co., București, 1911, p. 274). În atare conjunctură, dacă ne vom plasa pe teritoriul art. 2433 Noul C. civ., ar putea prinde viață un pact comisoriu "confectionat" după convenția de ipotecă (în special, mobilară) sau gaj? Noi suntem ispititi să înclinăm înspre afirmativ, bizuindu-ne pe susținerile doctrinei noastre și pe un captivant text din Noul Cod civil.

Art. 2460 Noul C. civ. (referitor la ipoteca mobilară asupra unui lucru corporal și, conform art. 2494, privitor la gaj) lasă loc convenției dintre creditor și debitor (constituitor) încheiată ulterior neexecutării îndatoririi și prin care primul ar deveni proprietarul bunului mobil. Pășind pe tărâmul dreptului comparat, vom pricepe că o asemenea operațiune este un pact comisoriu. În măsura în care parcurgem § 1229 C. civ. german (care are următoarea denumire marginală: "*interdiction du pacte comissoire*"), cunoaștem că "*lorsqu'elle est conclue avant que le droit de vente soit ouvert, est nulle la convention par laquelle au cas où le creancier gagiste serait impayé (...) il deviendrait propriétaire de l'objet du gage (...)*" [dacă este încheiată înainte de nașterea dreptului la vânzare (adică, aprioric neexecutării, așa cum ne lasă să înțelegem titlatura § 1228 B. G. B. și alin. (2) al acestuia), este nulă convenția prin care, în cazul în care creditorul gajist rămâne neplătit, el ar deveni proprietarul obiectului gajului - trad. ns., A. T.]. *Per a contrario*, în sistemul juridic german, va fi valabil contractul care intervine ulterior neexecutării și în temeiul căruia, în cazul menținerii ca neîndeplinită a obligației, creditorul este proprietarul bunului; pe scurt, nu este interzis pactul comisoriu statornic după neexecutare.

Dacă ne uităm în direcția art. 2460 Noul C. civ., luminat de § 1229 C. civ. german, simțim prezența pactului comisoriu, așa încât art. 2433 trebuie citit cu delicatețe.

⁵⁷ Art. 2433 este așezat în Cartea a V-a (Despre obligații), Titlul XI (Privilegiile și garanțiile reale), Capitolul IV (Executarea ipotecii), Secțiunea 1 (Dispoziții generale). Topografia ne sugerează că sunt vizate ipoteca imobiliară și mobilă. Deopotrivă, textul este aplicabil și gajului, în măsura în care nu scăpăm din vedere art. 2494 Noul C. civ.

Mai adăugăm că art. 2433 pare reticent și față de clauza *via parata* (aceasta permite executarea în afara formelor impuse de lege, a se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, p. 815, nota 1087).

⁵⁸ Art. 2348 alin. (1) C. civ. fr. îmbrățișează pactul comisoriu în privința gajului mobilelor corporale: “*il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé*” (se poate conveni, din clipa constituirii gajului sau ulterior, că, în caz de neexecutare a obligației garantate, creditorul va deveni proprietarul bunului gajat – trad. ns., A. T.).

⁵⁹ Cas. I, 92/apr. 4/75, în C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, p. 162 [“(…) legea prin art. (...) 1701 anulează pactul comisoriu prin care un creditor (...) a mai stipulat că la caz de neplată să devină proprietar pe acel obiect (...)”]; L. Gouillouard, *op. cit.*, p. 245, nota 236; T. Huc, *Commentaire théorique & pratique du Code civil*, tome douzième, Librairie Coutillon, Paris, 1899, p. 485, nota 417.

⁶⁰ Pactul comisoriu incident în aria garanțiilor reale nu trebuie confundat cu acela întâlnit cu ocazia rezoluțiunii (clauza rezolutorie expresă), a se vedea, G. Cornu (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 9^e édition «Quadrige», Presses Universitaires de France, Paris, 2011, p. 721-722 și 907. Prin cel dintâi vom înțelege numele tradițional oferit, în materie de garanții, clauzei care atașează neexecutării obligației garantate efectul radical de a-l face pe creditor proprietarul bunului (de pildă, “*du bien gagé*” - art. 2348 C. civ. fr.), a se vedea, G. Cornu (sous la direction de), *op. cit.*, p. 721-722, b /.

⁶¹ L. Gouillouard, *op. cit.*, p. 246, nota 237; T. Huc, *Commentaire théorique & pratique du Code civil*, tome douzième, Librairie Coutillon, Paris, 1899, p. 486, nota 417. Doctrinarii enumerați pomenesc faptul că “*on devra cependant considérer comme valable (...) la dation en paiement* (subl. ns., A. T.) *que ferait le débiteur au créancier antichrésiste de l'immeuble donné en nantissement (...) pourvu qu'elle soit postérieure à la constitution même de l'antichrèse*” și că “*cependant la dation en paiement* (subl. ns., A. T.) *de l'immeuble engagé que le débiteur ferait à son créancier serait valable, pourvu qu'elle soit postérieure à la constitution de l'antichrèse*”, motiv pentru care este imperativ să semnalăm vorbele lui Sophie Hébert: “*au demeurant, la doctrine et la jurisprudence dominantes considèrent que le pacte comissoire réalise moins une vente qu'une dation en paiement*” și “(…) *le pacte comissoire réalisait une dation en paiement*” (S. Hébert, *op. cit.*, p. 2057 și 2058).

⁶² Pentru un plus de detalii, a se vedea, S. Hébert, *op. cit.*, p. 2056.

⁶³ Nu este fără rost să accentuăm că, sprijinindu-se pe anc. art. 2087 alin. (2) C. civ. fr. (art. 1700 Vechiul C. civ. român), autorii evocau renunțarea creditorului la dreptul său de antichreză (G. Baudry-Lacantinerie, P. de Loynes, *op. cit.*, p. 201, nota 216).

⁶⁴ Abandonul unui drept îmbracă haina actului juridic unilateral [D. Chircă, *O privire asupra Noului Cod civil – Titlul preliminar (II)*, “Pandectele Române” nr. 4/2011, p. 122]. În domeniul garanțiilor, s-a afirmat că renunțarea, cauză de stingere, este, teoretic, un angajament unilateral de voință (a se vedea, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, p. 747, nota 996).

⁶⁵ Fr. Terré, *Introduction générale au droit*, 8^e édition, Dalloz, Paris, 2009, p. 461, nota 540.

⁶⁶ De asemenea, probabil era mai acceptabil ca textul închinat antichrezei să fi fost așezat în Capitolul I al Titlului XI din Cartea a V-a și nu în Capitolul III, Secțiunea a 2-a. Chiar și în dreptul francez, unde antichreza este adusă aproape de ipotecă, cele două nu sunt “amestecate” (antichreza se află în Cartea a IV-a, Titlul II, Sub-titlul III, Capitolul II; ipoteca imobiliară este tratată în Cartea a IV-a, Titlul II, Sub-titlul III, Capitolul III).

- ⁶⁷ Pentru lămuriri, este suficient să ne oprim în dreptul lucrării lui Matei Cantacuzino. Analizând antichreza, autorul cuvântează despre "creditorul antichrezist", a se vedea, M. B. Cantacuzino, *op. cit.*, p. 550, nota 613.
- ⁶⁸ Ph. Marini, *Enfin la fiducie à la française !*, "Recueil Dalloz" nr. 20/24 mai 2007, p. 1347.
- ⁶⁹ Ch. Larroumet, *La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques*, "Recueil Dalloz" nr. 20/24 mai 2007, p. 1350.
- ⁷⁰ Ch. Larroumet, *op. cit.*, p. 1350.
- ⁷¹ Ch. Larroumet, *op. cit.*, p. 1350.
- ⁷² D. Chirică, *Fiducia în Noul Cod civil*, în L. Pop (coordonatorul secțiunii "Drept civil"), *Noile Coduri ale României*, Editura Universul Juridic, București, 2011, p. 185, nota de subsol 1.
- ⁷³ Dreptul francez tolerează doar fiducia-gestiune și fiducia-garanție (succesoarele așa-numitelor *fiducia cum amico* și *fiducia cum creditore*), fiind exclusă fiducia-liberalitate, a se vedea, Cl. Witz, *La fiducie française face aux expériences étrangères et à la Convention de La Haye relative au «trust»*, "Recueil Dalloz" nr. 20/24 mai 2007, p. 1370. Art. 2013 C. civ. fr. (introdus prin Legea nr. 2007-211 și rămas neatins) nu lasă loc îndoielilor.
- ⁷⁴ P. Crocq, *Lacunés et limites de la loi au regard du droit des sûretés*, "Recueil Dalloz" nr. 20/24 mai 2007, p. 1354 și 1355.
- ⁷⁵ M. Grimaldi, R. Dammann, *La fiducie sur ordonnances*, "Recueil Dalloz" nr. 10/12 mars 2009, p. 671. Printre altele, prin jocul art. 2372-6 și 2488-6, fiduciile-garanție constituite de persoane juridice erau văduvite de un regim legal.
- ⁷⁶ L. Kaczmarek, *Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération*, "Recueil Dalloz" nr. 27/23 juillet 2009, p. 1850.
- ⁷⁷ D. Chirică, *Fiducia în Noul Cod civil*, în L. Pop (coordonatorul secțiunii "Drept civil"), *op. cit.*, p.189, nota 12.
- ⁷⁸ L. Tec, *Aplicații ale fiduciei în dreptul afacerilor în lumina Noului Cod civil*, în L. Pop (coordonatorul secțiunii "Drept civil"), *op. cit.*, p. 214 și 215. Autoarea arată că "(...) în lipsa unei precizări legale referitoare la calitatea de proprietar temporar a fiduciarului, va reveni doctrinei și jurisprudenței sarcina de a găsi răspunsul corect" și "(...) răspunsurile vor depinde de răspunsul la întrebarea dacă fiduciarul devine sau nu proprietar".
- ⁷⁹ D. Chirică, *Fiducia în Noul Cod civil*, în L. Pop (coordonatorul secțiunii "Drept civil"), *op. cit.*, p. 188, nota 6; Ph. Marini, *op. cit.*, p. 1347.
- ⁸⁰ D. Chirică, *Fiducia în Noul Cod civil*, în L. Pop (coordonatorul secțiunii "Drept civil"), *op. cit.*, p. 188, nota 6.
- ⁸¹ Fr. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, p. 31, nota 25.
- ⁸² Chiar dacă art. 773 Noul C. civ. și 2011 C. civ. fr. folosesc pluralul (transferă drepturi reale – art. 773 sau bunuri – art. 2011), aceasta nu înseamnă că nu ar putea fi transmis un singur bun. În doctrina franceză întâlnim aceste cuvinte: "*la fiducie-sûreté (par laquelle un débiteur transfère à son créancier la propriété d'un bien* (subl. ns., A. T.) *afin de garantir le paiement préférentiel de sa dette*) (...)" [fiducia-garanție (prin care un debitor transferă creditorului său proprietatea unui bun pentru a garanta plata preferențială a datoriei – trad. ns., A. T.)], a se vedea, J. Rochfeld, *Fiducie. Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie*, "Revue trimestrielle de droit civil" nr. 2/2007, p. 415. În exemplul nostru de mai sus, debitorul este constitutor, iar fiduciarul-beneficiar va fi creditorul [altfel zis, "*un débiteur (constituant) transfère la propriété d'un bien (...) à un créancier, agissant en qualité de fiduciaire; afin de garantir le créancier-fiduciaire contre la défaillance du débiteur-constituant, il est stipulé que le créancier est désigné comme bénéficiaire (...)*"], a se vedea, Ph. Raimbourg, M. Boizard (sous la direction de), *Ingénierie financière, fiscale et juridique*, deuxième édition, Dalloz, Paris, 2009, p. 1224, nota 78.13].

⁸³ Un civilist de mare valoare ne învață că "(...) *le fiduciaire peut être bénéficiaire de la fiducie, ce qui correspond à une exigence de la fiducie-sûreté*" (fiduciarul poate fi beneficiarul fiduciei, ceea ce este în concordanță cu o cerință a fiduciei-garanție), a se vedea, Ch. Larroumet, *op. cit.*, p. 1352.

⁸⁴ D. Chirică, *Fiducia în Noul Cod civil*, în L. Pop (coordonatorul secțiunii "Drept civil"), *op. cit.*, p. 193, nota 2.

⁸⁵ Antichreza este o "*sûreté réelle immobilière*" [a se vedea, Codul civil francez, Cartea a IV-a ("*Des sûretés*"), Titlul II ("*Des sûretés réelles*"), Sub-titlul III ("*Des sûretés sur les immeubles*"), Capitolul II]. Deopotrivă, "(...) *une sûreté n'est qu'une espèce de garantie*" [G. Cornu (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 9^e édition «Quadrige», Presses Universitaires de France, Paris, 2011, p. 483, 2]. Așadar, deslușim că antichreza este o "*sûreté réelle*" (o specie de garanție reală); ea asigură realizarea creanței și împlinirea obligației, însă într-un chip caracteristic. Uneori, "*garantie*" este sinonim al "*sûreté*" [G. Cornu (sous la direction de), *op. cit.*, p. 483, 2].

⁸⁶ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *op. cit.*, p. 706, nota 940.

⁸⁷ Trib. Vaslui, "Dreptul" nr. 47/1910, în C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, p. 164 ["*nulitatea pactului comisoriu stabilită de art. 1689 Cod civil, nu atinge convențiile care atribuie proprietatea gajului creditorului, decât atunci când sunt contemporane constituirii gajului, astfel că o datio in solutum după constituirea gajului este valabilă* (subl. ns., A. T.)"].

STUDIU PRIVIND TAXELE SPECIALE INSTITUITE PENTRU ACTIVITĂȚILE DE RIDICARE ȘI BLOCARE A AUTOVEHICULELOR PARCATE PE DOMENIUL PUBLIC¹

Cosmin Flavius COSTAȘ*

Summary: *Study concerning the special taxes for the removal and blocking of vehicles parked on the public domain. As they are always "hungry" for income from new and productive taxes, the Romanian local authorities have paid particular attention to special taxes. In this respect, easy money has been gained from the special taxes associated with the removal and blocking of vehicles parked on the public domain. In this study, the author seeks to establish whether the creation of a local public service by the local authorities is possible and furthermore if the special taxes can be associated with such a public service.*

Keywords: local public service, special taxes, vehicle removal, vehicle blocking, complementary contraventional sanctions, competence

Cuvinte-cheie: serviciu public local, taxe speciale, blocare autovehicule, ridicare autovehicule, sancțiuni contravenționale complementare, competență

I. Considerații teoretice privind regimul juridic al taxelor speciale

1. În conformitate cu prevederile art. 282 alin. (1) din Codul fiscal², "*Pentru funcționarea unor servicii publice locale create în interesul persoanelor fizice și juridice, consiliile locale, județene și Consiliul General al Municipiului București, după caz, pot adopta taxe speciale*". Așa cum o indică art. 282 alin. (2) C. fisc., cadrul juridic al reglementării taxelor speciale este completat de dispozițiile art. 30 din Legea nr. 273/2006 privind finanțele publice locale³, text care a înlocuit, cu începere de la 1 ianuarie 2007, dispozițiile art. 26 din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 45/2003 privind finanțele publice locale⁴.

2. Pornind de la dispozițiile art. 30 din Legea nr. 273/2006, pot fi determinate condițiile și procedura instituirii taxelor speciale. În fond, art. 30 conține mai degrabă reguli procedurale, întrucât există practic *o singură condiție* care justifică instituirea unei asemenea taxe: necesitatea acoperirii cheltuielilor publice generate de funcționarea unui serviciu public local, preexistent sau nou-creat.

Pe baza acestei condiții, autoritățile deliberative ale administrației publice locale (consiliile locale, consiliile județene sau Consiliul General al Municipiului București) pot decide să instituie taxe speciale⁵, cu respectarea *procedurii prevăzute la art. 30 din Legea nr. 273/2006*:

a) instituirea unei taxe speciale trebuie precedată de *crearea unui serviciu public local*, în interesul persoanelor fizice și juridice;

b) potrivit legii, prin *regulamentul* aprobat de autoritățile deliberative, se stabilesc domeniile de activitate și condițiile în care se pot institui taxele speciale, modul de organizare și funcționare a serviciilor publice de interes local pentru care se propun taxele respective;

c) stabilirea taxei speciale se face prin *hotărâre* a consiliului local, consiliului județean sau Consiliului General al Municipiului București, după caz;

d) la elaborarea hotărârii, se va ține seama de faptul că taxele speciale *se încasează numai de la persoanele fizice și juridice care se folosesc de serviciile publice locale* pentru care s-au instituit taxele respective (și care, pentru acest motiv, trebuie să fie determinate sau determinabile) și *numai în măsura în care acestea se folosesc de respectivul serviciu public local*, respectiv de faptul că taxa specială, a cărei valoare poate fi actualizată în fiecare an, va fi folosită *numai pentru susținerea cheltuielilor de înființare, întreținere și funcționare a serviciului public local căreia îi este asociată* (cheltuieli care, la rândul lor, ar trebui prefigurate);

e) procedura instituirii unor taxe speciale este supusă *controlului direct al contribuabililor*, care pot formula *contestații* împotriva hotărârilor prin care s-au stabilit asemenea taxe; legea prevede expres faptul că legislativul local este obligat să dezbată contestațiile permise și să delibereze asupra lor [art. 30 alin. (5) din Legea nr. 273/2006]⁶.

3. Față de prevederile art. 30 din Legea nr. 273/2006, art. 282 C. fisc. conține o dispoziție suplimentară: conform art. 282 alin. (4) C. fisc., este interzisă instituirea și perceperea de taxe speciale concesionarilor din sectorul utilităților publice (gaze naturale, apă, energie electrică), pentru existența pe domeniul public/privat al unităților administrativ-teritoriale a rețelelor de apă, de transport și distribuție a energiei electrice și a gazelor naturale. Această interdicție, logică de altfel, întrucât concesionarii nu sunt în fapt beneficiari ai serviciilor publice respective cărora să li se perceapă o taxă specială, a fost introdusă în Codul fiscal prin Legea nr. 343/2006⁷, cu începere de la 1 ianuarie 2007.

4. Simțind probabil nevoia să accentueze faptul că taxele speciale pot fi percepute numai de la persoanele care beneficiază efectiv de un serviciu public local, legiuitorul a socotit necesar să completeze art. 282 C. fisc., prin Legea nr. 343/2006, cu alin. (3), formulat după cum urmează: „*Taxele speciale se încasează numai de la*

persoanele fizice și juridice care beneficiază de serviciile oferite de instituția/serviciul public de interes local, potrivit regulamentului de organizare și funcționare a acesteia/acestuia, sau de la cele care sunt obligate, potrivit legii, să efectueze prestații ce intră în sfera de activitate a acestui tip de serviciu”.

În ceea ce ne privește, formularea cuprinsă în cea de-a doua parte a art. 282 alin. (3) C. fisc. ne scapă⁸. Apreciem că ar fi fost nevoie de lămuriri suplimentare din partea legiuitorului pentru a putea determina care ar fi „persoanele obligate, potrivit legii, să efectueze prestații ce intră în sfera de activitate a acestui tip de serviciu”. Intuitiv, apreciem că ne-am putea afla în prezența unei erori de concepere a textului de lege, urmărindu-se în fapt să se precizeze că pot încasa taxele speciale și persoanele care sunt obligate prin lege să presteze anumite servicii publice pentru care percep direct o taxă specială. Un exemplu l-ar putea constitui fără îndoială situația concesionarului de servicii publice, care este obligat de contractul de concesiune și chiar și de lege să efectueze prestații ce intră în sfera de activitate a acestui tip de serviciu. În condițiile în care acest concesionar ar primi dreptul de a încasa taxa specială pentru funcționarea serviciului public concesionat⁹, textul art. 282 alin. (3), *in fine*, ar avea aplicabilitate practică.

5. Trebuie observat însă că, la începutul anului 2004, dintre Normele metodologice aferente art. 282 C. fisc., a fost înlăturată o altă prevedere care se referea la interdicția instituirii de taxe speciale într-un anumit domeniu. În forma inițială a Hotărârea Guvernului nr. 44/2004¹⁰, pct. 195 alin. (2) avea următorul conținut: „*Nu se pot institui taxe speciale pentru funcționarea nici unei/unui instituții/serviciu public de interes local având ca plătitori proprietarii ori utilizatorii vehiculelor care circulă pe drumurile publice, indiferent de categoria sau denumirea, precum și de titularul dreptului de proprietate asupra drumului public respectiv*”.

Prin Rectificarea din 24 februarie 2004¹¹, acest text a fost însă eliminat. În raport de dispozițiile art. 69 alin. (2) din Legea nr. 24/2000¹² privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, această eliminare prin „rectificare” este ilegală, întrucât textul menționat interzice expres modificarea actelor normative prin această metodă. Rectificarea este o operațiune care are ca obiect corectarea erorilor materiale și nu abrogarea unor texte de lege.

6. Domeniul taxelor speciale constituie probabil cel mai dinamic domeniu din materia impozitelor și taxelor locale. Reglementările locale sub aspectul instituirii unor taxe speciale abundă, iar instanțele judecătorești au fost, sunt și vor fi în continuare chemate să se pronunțe asupra conformității reglementărilor locale cu dispozițiile art. 282 C. fisc. și cu cele ale art. 30 din Legea nr. 273/2006. De pildă, în decursul timpului, au fost anulate taxe speciale precum:

- taxa de acces în stațiunea Mamaia, reglementată de Consiliul Local Constanța¹³;
- taxa specială pentru încheierea căsătoriei în zilele nelucrătoare, instituită de Consiliul Local Alba Iulia¹⁴;
- taxa specială pentru sport, cultură, artă și știință percepută de Consiliul Local Zalău¹⁵.

II. Despre posibilitatea Consiliilor Locale de a institui taxe speciale pentru activitățile de ridicare și blocare a autovehiculelor parcate pe domeniul public

7. Având în vedere condițiile și procedura stabilite de lege pentru instituirea unor taxe speciale, așa cum sunt acestea reglementate de art. 30 din Legea nr. 273/2006, art. 282 C. fisc. și normele metodologice aferente, și va trebui să ne întrebăm în primul rând dacă *de lege lata* este admisibilă instituirea unor taxe speciale pentru activitățile de ridicare și blocare a autovehiculelor parcate pe domeniul public.

8. În acest context, va trebui să răspundem principal la întrebarea: *poate exista un serviciu public local având drept obiect ridicarea și blocarea autovehiculelor parcate pe domeniul public ?*

În opinia noastră, în stadiul actual al reglementărilor incidente în cauză, răspunsul la această întrebare este unul categoric negativ, întrucât Consiliile Locale nu dispun de dreptul de a dispune ridicarea și blocarea autovehiculelor și nici de acela de a reglementa o procedură de ridicare sau blocare a autovehiculelor. Spre această concluzie conduc cel puțin următoarele argumente:

- Conform art. 64 alin. (1) din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 195/2002¹⁶, Poliția Rutieră poate dispune ridicarea vehiculelor staționate neregulamentar pe partea carosabilă. În conformitate cu dispozițiile art. 97 alin. (1) lit. d) din O.U.G. nr. 195/2002, ridicarea vehiculelor staționate neregulamentar este o măsură tehnico-administrativă care se ia în cazul constatării unei contravenții (staționarea neregulamentară) și care se dispune alături de aplicarea sancțiunii contravenționale.

- Potrivit art. 64 alin. (3) din O.U.G. nr. 195/2002, ridicarea autovehiculelor staționate neregulamentar, dispusă de un agent al Poliției Rutiere în condițiile alin. 1, *“se realizează potrivit procedurii stabilite prin regulament”*. Din lectura Regulamentului de aplicare a O.U.G. nr. 195/2002¹⁷ rezultă cu certitudine faptul că o asemenea procedură nu a fost reglementată până în prezent. În egală măsură însă, din interpretarea textului citat rezultă și faptul că măsurile de tipul ridicării și blocării autovehiculelor sunt de competența exclusivă a Guvernului.

Pe cale de consecință, întrucât legea conferă *expressis verbis* dreptul de a dispune ridicarea sau blocarea autovehiculelor parcate neregulamentar Poliției Rutiere și atribuie competența de reglementare a procedurii specifice Guvernului, este evident faptul că

niciuna dintre aceste prerogative nu intră în competența Consiliilor Locale. În succesiunea imediată a lucrurilor, Consiliul Local nu poate delega ceea ce nu are și nu poate înființa valabil un serviciu public local având ca obiect ridicarea sau blocarea autovehiculelor parcate pe domeniul public.

9. Mai recent, trebuie observat faptul că potrivit art. 7 lit. h) din Legea nr. 155/2010 a Poliției Locale¹⁸, "*Poliția Locală ... constată contravenții și aplică sancțiuni pentru încălcarea normelor legale privind oprirea, staționarea, parcarea autovehiculelor și accesul interzis, având dreptul de a dispune măsuri de ridicare a autovehiculelor staționate neregulamentar ...*". În ceea ce ne privește, apreciem că incidența acestui act normativ nu modifică concluziile anterioare, întrucât:

- Prin art. 7 lit. h) din Legea nr. 155/2010, legiuitorul a conferit Poliției Locale doar o parte din atribuțiile deja stabilite pentru Poliția Rutieră prin art. 64 alin. (1) și (3) din O.U.G. nr. 195/2002, respectiv doar dreptul de a dispune măsuri de ridicare a autovehiculelor staționate neregulamentar¹⁹. Vorbim așadar, în ceea ce privește prerogativa de a dispune ridicarea autovehiculelor, de un veritabil paralelism de competențe.

- În schimb, prin noua reglementare, Consiliul Local (în competența căruia a fost dată posibilitatea de a crea Poliția Locală, fie ca un compartiment funcțional în cadrul aparatului de specialitate al primarului, fie ca o instituție publică de interes local²⁰) nu a dobândit dreptul de a reglementa o procedură de ridicare a autovehiculelor parcate neregulamentar.

Având în vedere aceste elemente, vom conchide că nici ulterior apariției Legii nr. 155/2010 nu s-a creat posibilitatea Consiliilor Locale de a reglementa un serviciu public local având ca obiect ridicarea și blocarea autovehiculelor parcate pe domeniul public.

10. Pentru aceste motive, din moment ce Consiliile Locale nu pot crea în mod valabil un serviciu public local căruia să-i asocieze o taxă specială pentru ridicarea sau blocarea autovehiculelor, apreciem că nu este îndeplinită condiția principală fixată de art. 282 C. fisc. și art. 30 din Legea nr. 273/2006. În aceste condiții, *de plano*, nu pot exista taxe speciale pentru ridicarea sau blocarea autovehiculelor.

11. În context, pot fi avute în vedere și două argumente suplimentare:

- Pe de-o parte, din lectura dispozițiilor O.U.G. nr. 195/2002, ridicarea și blocarea autovehiculelor pot fi calificate drept *sancțiuni contravenționale complementare*, care se dispun de către organul competent alături de o sancțiune contravențională principală. Or, așa cum o confirmă și jurisprudența recentă, Consiliile Locale nu au competența de a institui sancțiuni contravenționale complementare, art. 5 alin. (4) din Ordonanța Guvernului nr. 2/2001²¹ rezervând această posibilitate doar Parlamentului și Guvernului.

Pentru acest motiv, de pildă, prin Decizia Civilă nr. 4829 din 18 noiembrie 2011 (nepublicată), Curtea de Apel Cluj - Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal a anulat Hotărârea Consiliului Local Cluj-Napoca nr. 149/2009, prin care se instituiau drept sancțiuni contravenționale complementare ridicarea, respectiv blocarea autovehiculelor parcate neregulamentar.

În această ambianță, s-ar putea discuta dacă instituirea unei taxe speciale nu reprezintă *per se* o sancțiune contravențională complementară. Deși nu ne-am propus să extindem aici analiza asupra temei, vom reține totuși că inclusiv în acest caz textul art. 5 alin. (4) din O.G. nr. 2/2001 ar interzice instituirea taxei speciale.

- Pe de altă parte, interdicția prevăzută la pct. 195 alin. (2) din Normele metodologice aferente art. 282 C. fisc. - în opinia noastră, datorită faptului că o "rectificare" nelegală nu poate produce niciun efect juridic, textul este în vigoare și la acest moment - împiedică oricum instituirea unei taxe speciale în sarcina proprietarilor sau utilizatorilor de vehicule care circulă pe drumurile publice. Rațiunea acestei interdicții este de altfel foarte simplă: sancțiunea principală a amenzii reprezintă o sancțiune pecuniară suficientă, fără a mai fi nevoie de dublarea acesteia de o taxă specială. De altfel, în sprijinul acestei idei, trebuie observat că în prezent nu există nicio dispoziție legală care să plaseze în sarcina prezumtivilor contravenienți obligația de a suporta costurile asociate punerii în executare a sancțiunilor contravenționale complementare a ridicării sau blocării autovehiculelor parcate neregulamentar pe domeniul public.

III. Observații privind taxele speciale pentru ridicarea sau blocarea autovehiculelor instituite de unele Consilii Locale

12. Prin Anexa 3 la Hotărârea Consiliului Local Cluj-Napoca nr. 438 din 29 noiembrie 2011 au fost instituite mai multe "taxe", grupate în funcție de "serviciul public" prestat ("operațiunea de blocare - deblocare a autovehiculelor", respectiv "activitatea de ridicare, depozitare și transport a autovehiculelor") și de durata de timp pentru care autovehiculul a fost depozitat de către operatorul serviciului public.

Trebuie observat că prin art. 1 și 2 din actul normativ local, Consiliul Local Cluj-Napoca a instituit drept "măsuri contravenționale complementare" blocarea și ridicarea autovehiculelor. Activitățile de blocare, deblocare, ridicare, depozitare și transport a autovehiculelor au fost atribuite direct Regiei Autonome a Domeniului Public Cluj-Napoca. De asemenea, această entitate a dobândit dreptul de a colecta taxele speciale asociate "serviciului public", care se împart între agentul economic autorizat (80%) și bugetul local (20%).

În fine, mai trebuie observat că în practică "taxele" sunt facturate proprietarului autovehiculului ridicat sau blocat, astfel încât alături de contravaloarea taxelor se percepe și taxa pe valoarea adăugată.

13. În ceea ce ne privește, apreciem că reglementarea locală este vădit nelegală, din mai multe motive:

- Datorită interdicției exprese cuprinse în art. 5 alin. (4) din O.G. nr. 2/2001, Consiliul Local Cluj-Napoca nu putea institui în mod valid cele două sancțiuni contravenționale complementare.

- Așa cum s-a demonstrat anterior, Consiliul Local Cluj-Napoca nu putea constitui valabil un serviciu public local care să aibă drept obiect ridicarea și blocarea autovehiculelor. Prin urmare, nici gestiunea unui asemenea serviciu nu putea fi delegată unui operator privat (Regia Autonomă a Domeniului Public Cluj-Napoca).

- "Taxele" menționate în cuprinsul Anexei 3 la H.C.L. nr. 438/2011 nu sunt veritabile taxe speciale, în primul rând pentru că ele nu sunt asociate unui serviciu public local. De altfel, chiar dacă s-ar trece peste acest impediment, trebuie observat faptul că aceste taxe nu sunt corect dimensionate, neexistând niciun indiciu care să ateste faptul că ele sunt la nivelul necesar pentru acoperirea cheltuielilor de funcționare și întreținere a "serviciului public local".

- Aceste "taxe" nu pot fi recalificate drept tarife datorate de proprietarul autovehiculului pentru "servicii" prestate, întrucât între Regia Autonomă a Domeniului Public Cluj-Napoca și proprietarul autovehiculului nu s-a încheiat niciun contract care să dea naștere unei obligații de plată a contravalorii serviciilor. În acest sens, vom nota faptul că nu există o condiție esențială pentru nașterea contractului: consimțământul proprietarului autovehiculului²². Prin urmare, inclusiv perceperea taxei pe valoare adăugată alături de "taxă" reprezintă o aberație juridică.

14. Potrivit Anexei nr. 15 la Hotărârea Consiliului Local Arad nr. 301 din 7 decembrie 2012, se instituie taxa specială de ridicare, taxa specială de depozitare și taxa specială de transport. Potrivit mențiunii din hotărâre, aceste taxe sunt utilizate pentru finanțarea cheltuielilor curente de întreținere și exploatare a serviciului, investiții, cheltuieli de personal, plata orelor suplimentare, plata cursurilor de perfecționare pentru funcționari și orice alte cheltuieli.

Trebuie observat faptul că la nivelul Municipiului Arad a fost organizată o "activitate de ridicare, transport și depozitare a autovehiculelor staționate neregulamentar", gestionată de Serviciul Administrare Parcări, prin Regulamentul aprobat prin Hotărârea Consiliului Local Arad nr. 128 din 31 mai 2007.

Raportat la reglementarea locală, apreciem că taxele speciale sunt de asemenea nelegale întrucât:

- Din moment ce nu există o procedură de ridicare a autovehiculelor reglementată prin hotărâre de Guvern, Consiliul Local Arad nu-și putea stabili propria procedură.
- În lipsa unui serviciu public local, taxele speciale sunt colectate nelegal.
- Chiar dacă aceste elemente de nelegalitate ar fi ignorate, trebuie observat faptul că taxele speciale colectate sunt folosite și pentru alte scopuri decât cele expres și limitativ reglementate prin art. 30 din Legea nr. 273/2006.

* * *

Având în vedere considerațiile anterioare, vom concluziona în sensul că *de lege lata* nu este posibilă instituirea și perceperea de către Consiliile Locale a unor taxe speciale pentru activitatea de blocare și ridicare a autovehiculelor, în principal datorită faptului că legislativul local nu are competența de a gestiona direct sau de a delega gestiunea unui serviciu public local cu acest obiect. Pe cale de consecință, taxele speciale în vigoare sunt nelegale și trebuie eliminate din ordinea juridică cât mai curând posibil.

¹ This work was supported by CNCIS –UEFISCSU, through project number PNII – IDEI 921/2009, code 2432/2008, entitled “The inconsistency of the public authorities in capitalizing the State and local authorities’ property”.

* Asist.univ., doctorand, Facultatea de Drept, UBB Cluj-Napoca; avocat, Baroul Arad; cosminfc@gmail.com.

² Legea nr. 571/2003, publicată în "Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 927 din 23 decembrie 2003, cu modificările și completările ulterioare.

³ Publicată în "Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 618 din 18 iulie 2006, cu modificările ulterioare.

⁴ Publicată în "Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 431 din 19 iunie 2003, aprobată prin Legea nr. 108/2004 ("Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 336 din 16 aprilie 2004), cu modificările ulterioare.

⁵ Atâta timp cât se apreciază că, la nivel local, cheltuielile de funcționare ale serviciilor publice pot fi acoperite din alte venituri bugetare, nu este necesară instituirea unei asemenea taxe.

⁶ Pentru considerații mai largi asupra taxelor speciale asociate unor servicii publice locale, a se vedea Mircea Ștefan Minea, Cosmin Flavius Costaș, *Dreptul finanțelor publice*, vol. I – *Drept financiar*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 244-248.

⁷ Publicată în "Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 662 din 1 august 2006, cu rectificarea publicată în "Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 765 din 7 septembrie 2006.

⁸ În acest sens, expunerea de motive a Guvernului, sinteza dezbaterilor în comisiile de specialitate ale Senatului și Camerei Deputaților și stenograma ședinței Camerei în care a fost adoptată Legea nr. 343/2006 nu ne-au fost de folos.

⁹ Asupra posibilității concesiionarului de a încasa o taxă, în contextul dreptului concesiionarului de a primi o remunerație din partea concedentului, se pronunță de altfel și doctrina [de pildă, Jean-Michel de Forges, *Droit administratif*, 5e édition, Ed. Presse Universitaire de France (P.U.F.), Paris, 1991, p.80; André de Laubadère, *Traité de droit administratif*, 6e édition, Ed. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence (L.G.D.J.), Paris, 1973, p. 357].

- ¹⁰ Publicată în "Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 112 din 6 februarie 2004.
- ¹¹ "Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 161 din 24 februarie 2004.
- ¹² Republicată în "Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 777 din 25 august 2004.
- ¹³ Pentru detalii, a se vedea: Cosmin Flavius Costaș, *Taxele speciale - o enigmă pentru autoritățile publice și instanțele judecătorești*, Notă la Decizia Civilă a Curții de Apel Constanța - Secția Contencios Administrativ și Fiscal nr. 98/C din 5 mai 2006, în Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 6/2006, p. 87-123; Curtea de Apel București - Secția a VIII-a de Contencios Administrativ și Fiscal, Decizia Civilă nr. 799 din 23 martie 2009, în Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 6/2009, p. 65-77.
- ¹⁴ Cosmin Flavius Costaș, *Fiscalitatea locală - între nelegalitatea taxelor speciale și insuficiența resurselor*, Notă la Sentința Civilă nr. 1281/CA din 22 noiembrie 2006 a Tribunalului Alba - Secția Comercială și de Contencios Administrativ, în Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 2/2007, p. 116-123.
- ¹⁵ Curtea de Apel Cluj - Secția Comercială, de Contencios Administrativ și Fiscal, Decizia Civilă nr. 1049 din 19 martie 2009, în Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 5/2009, p. 75-88.
- ¹⁶ Republicată în "Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 670 din 3 august 2006, cu modificările ulterioare.
- ¹⁷ Hotărârea Guvernului nr. 1391/2006, publicată în "Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 876 din 26 octombrie 2006, cu modificările și completările ulterioare.
- ¹⁸ Publicată în "Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 488 din 15 iulie 2010.
- ¹⁹ *Per a contrario*, dreptul de a dispune blocarea autovehiculelor este recunoscut exclusiv Poliției Rutiere. Asupra acestei chestiuni, Curtea de Apel Târgu Mureș - Secția Comercială, de Contencios Administrativ și Fiscal pare să se fi pronunțat în sensul că O.U.G. nr. 195/2002, într-o interpretare strictă, nu permite decât ridicarea autovehiculelor parcate neregulamentar, iar nu blocarea lor (a se vedea Decizia nr. 1337/R din 6 decembrie 2007, nepublicată). Opinia ni se pare și nouă judicioasă, inclusiv dintr-un considerent practic: din moment ce ridicarea autovehiculelor parcate neregulamentar se dispune tocmai pentru a fluidiza traficul, blocarea roților acestora ar fi contrară scopului urmărit de legiuitor.
- ²⁰ Conform art. 4 alin. (1) din Legea nr. 155/2010.
- ²¹ Publicată în "Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 410 din 25 iulie 2001, cu modificările și completările ulterioare.
- ²² În sensul că într-o asemenea situație nu suntem în prezența unui contract forțat tocmai pentru că lipsește consimțământul, a se vedea și Tribunalul Cluj - Secția Civilă, Decizia Civilă nr. 1644/R din 15 decembrie 2010, nepublicată.

**INTERESUL SUPERIOR AL COPILULUI CA FACTOR DE INDIVIDUALIZARE
A PEDEPSEI APLICATE UNEI PERSOANE CONDAMNATE:
EXPERIENȚA SUD-AFRICANĂ**

Meda COUZENS*

Abstract: *The best interests of the child as a sentencing factor: the South African experience.* This article contains a case summary and some comments on the seminal judgment delivered by the Constitutional Court of South Africa in *S v M* (Centre For Child Law As Amicus Curiae). This decision has brought revolutionary changes to the sentencing process of primary caregivers of minor children, so as to bring it in line with the constitutional obligations of the state to protect the right of the child to family care and the best interests of the child. The purpose of the article is to discuss critically the reasoning of the Court in *S v M* and to share with the Romanian audience the contribution of the South African courts to the development of a child-centred approach to the sentencing of primary caregivers of minor children. The article proceeds with a brief presentation of the best interests of the child in light of the United Nations Convention on the Rights of the Child, 1989 (to which both Romania and South Africa are parties), followed by a brief discussion on the status and the role of the best interests of the child in the South African law. Further, a detailed summary of the majority and minority decisions in *S v M* is provided, followed by some critical comments regarding the judgment. A special attention is given to the impact of the constitutionalisation of the best interests of the child on the reasoning of the Court, and to the balancing exercise between the best interests of the child and the right of other members of the society to be protected against crime. The author further reflects on the relevance of the above decision for the Romanian legal researchers and practitioners, in light of the Romanian laws and policies. It is concluded that an innovative interpretation of the current Romanian legislation may lead to a similarly child-centred approach to sentencing as the one reflected in *S v M*. It is also stressed that more clarity is needed in the Romanian context in terms of the role of the best interests of the child (especially with regard to its constitutional status) and its potential legal limitations.

Keywords: *children, the best interests of the child, parents, sentencing*

Cuvinte cheie: *copii, interesul superior al copilului, parinte, individualizarea pedepselor*

Cuprins:

1. Introducere
2. Interesul superior al copilului și Convenția ONU cu privire la drepturile copilului
3. Interesul superior al copilului în legea sud-africană
4. *S vs. M (Centre For Child Law As Amicus Curiae)*
 - 4.1 Opinia majoritară
 - 4.1.1 Obligațiile instanței care aplică o pedeapsă unei persoane ce are copii minori în întreținere
 - 4.1.2 Modul superior în care criteriile de mai sus au fost luate în considerare în prezenta cauză
 - 4.1.3 Ce decizie ar trebui instanța să ia în acest caz?
 - 4.2 Opinia separată
- 5 Comentariu
- 6 Reflecții asupra relevanței cazului *S v M* pentru dezvoltarea drepturilor copilului în România
- 7 Concluzii

1. Introducere

Convenția cu privire la drepturile copilului adoptată de Organizația Națiunile Unite în 1989 (intrată în vigoare în 1990) a marcat un moment revoluționar în evoluția drepturilor copilului. Convenția este un document internațional cu forța juridică obligatorie pentru statele care l-au ratificat¹ și este edificată pe baza a patru principii: nediscriminarea, interesul superior al copilului, supraviețuirea și dezvoltarea copilului precum și participarea copilului în decizii care îl privesc.² Convenția reprezintă un pas esențial făcut de comunitatea internațională în sensul recunoașterii copiilor ca titulari de drepturi fundamentale, iar nu doar ca recipienți pasivi ai protecției oferite de adulți. Convenția a produs efecte pozitive asupra legislației referitoare la drepturile copiilor în statele părți³. Multe dintre drepturile prevăzute în Convenția ONU sunt reflectate în constituțiile naționale, rezultând așadar în garantarea unui statut constituțional acestor drepturi.

O deosebită importanță pentru argumentele prezentate în acest articol o are constituționalizarea principiului interesului superior al copilului, prevăzut în art. 3 al Convenției ONU. Articolul 3 alin. 1 prevede:

În toate acțiunile care privesc copiii, întreprinse de instituțiile de asistență socială publice sau private, de instanțele judecătorești, autoritățile administrative sau de organele legislative, interesele copilului vor prevala.

Un element de dificultate în aplicarea principiului interesului superior al copilului este stabilirea cu exactitate a sferei sale de aplicare, îndeosebi a tipurilor de acțiuni care privesc copilul sau copiii și la care trebuie aplicat acest principiu. Deseori instanțele sunt chemate să decidă, de exemplu, în chestiuni legate de divorț, încredințarea copiilor ori adopții. Luarea în considerare a interesului superior al copilului în deciziile legate de dreptul familiei este puțin contestată. Mai dificilă este stabilirea rolului pe care interesul superior al copilului trebuie să îl joace în contextul deciziilor care exced dreptului familiei.

Acest articol conține câteva reflecții asupra deciziei *S v M* (Centre For Child Law As *Amicus Curiae*)⁴, pronunțate de Curtea Constituțională din Africa de Sud în care această instanță a stabilit că dreptul la îngrijire părintească sau în familie și interesul superior al copilului trebuie luate în considerare în procesul de individualizare a pedepsei aplicate condamnatului care are în îngrijire exclusivă unul sau mai mulți copii. Această discuție este utilă având în vedere interesul recent al comunității internaționale în asigurarea protecției drepturilor copiilor ai căror părinți se află în stare de detenție. Prin Rezoluția 63/241 din 2009, intitulată „Drepturile copilului”, Adunarea Generală a ONU a cerut statelor să ia în considerare impactul pe care detenția părinților îl are asupra copiilor și a invitat statele părți să ia în considerare cu prioritate aplicarea unor sentințe neprivative de libertate în cazul condamnaților care asigură în mod exclusiv sau primordial întreținerea copilului⁵. La 30 septembrie 2011, Comitetul ONU pentru drepturile copilului a organizat o dezbateră generală cu tema „Copiii ai căror părinți se află în stare de detenție”⁶. La data scrierii acestui articol, Comitetul ONU era încă în curs de redactare a rezumatului discuțiilor din 30 septembrie, însă este de așteptat ca acest organism internațional să facă o serie de recomandări statelor părți, unele dintre ele bazate probabil pe abordarea din *S v M*, o decizie care a primit atenție internațională⁷.

Înainte de a trece la analiza deciziei amintite, articolul conține o scurtă prezentare a principiului „interesul superior al copilului”, așa cum este acesta este prevăzut în Convenția cu privire la drepturile copilului, și o trecere în revistă a reglementării constituționale a interesului superior al copilului în Africa de Sud. În partea finală, articolul conține câteva reflecții asupra deciziei din *S v M* în speranța ca acestea vor genera mai multe dezbateri în literatura de specialitate și în practica românească.

2. Interesul superior al copilului și Convenția ONU cu privire la drepturile copilului

Articolul 3 alin. 1 al Convenției ONU – citat mai sus – are o formulare generală și cere ca interesului superior al copilului să i se dea prioritate în toate acțiunile care privesc copiii. Decizia de a redacta textul art. 3 alin.1 în termeni generali, chiar vagi, a

fost una deliberată. Deși au avut opțiunea de a limita aplicarea interesului superior la decizii privind dezvoltarea fizică, mentală, morală, spirituală și socială a copilului, statele părți au ales o formulare generală, care cere luarea în considerare a interesului superior al copilului „în toate acțiunile care privesc copiii”⁸, deci inclusiv în activitățile specifice actului de judecată.

Una dintre dificultățile în aplicarea principiului interesului superior al copilului, așa cum acesta este formulat în Convenția ONU, este definirea sintagmei „toate acțiunile care privesc copiii”. Aplicabilitatea acestui principiu în cazul acțiunilor care privesc copiii în mod direct nu este contestată și este în mod clar acoperită de textul art. 3 alin. 1⁹. Copiii nu trăiesc însă izolați de ceilalți membri ai societății, ei fiind afectați și de acțiuni care nu îi privesc în mod direct, imediat și exclusiv¹⁰. Luarea în considerare a interesului superior al copilului în cazul acestor decizii care privesc copiii în mod indirect este dificilă, pentru că totalitatea acțiunilor care îi afectează pe copii ca membri ai societății este greu de stabilit. Luarea în considerare a interesului superior al copilului este complicată și mai mult de faptul că Convenția ONU se referă – în art. 3 alin.1 – la toate acțiunile care privesc „copiii” (a se remarca folosirea pluralului). Folosirea pluralului este semnificativă în sensul că presupune aplicarea principiului interesului superior atât în cazul deciziilor care privesc copiii în mod individual, cât și în cazul deciziilor care privesc grupuri de copii sau copiii ca grup social ori clasă¹¹. S-a remarcat pe drept cuvânt ca puține acțiuni întreprinse de autorități nu afectează copiii, și drept consecință interesul superior ar trebui să influențeze un număr semnificativ de acțiuni.¹² Într-una dintre lucrările sale, profesorul Freeman sprijină această poziție, motivând că interesul superior ar trebui să joace un rol cât se poate de extins, fără însă a se aplica la absolut toate deciziile¹³.

Numeroase discuții au fost purtate în literatura de specialitate în legătura cu valoarea legală a interesului superior al copilului. În timpul redactării Convenției ONU, unele delegații au indicat că în unele situații interesele copilului/copiilor ar putea veni în conflict cu interesele societății sau cu cele ale justiției, și că uneori alte interese legitime vor căpăta prioritate¹⁴. Textul final al Convenției ONU arată ca deși interesul superior al copilului este un factor primordial în toate acțiunile privind copiii, nu este totuși factorul determinant în toate deciziile care îi privesc.¹⁵

Comitetul pentru drepturile copilului a interpretat principiul interesului superior al copilului într-o manieră extinsă¹⁶. Astfel, în Comentariul General Nr. 5 referitor la măsurile generale de implementare a Convenției¹⁷, Comitetul a indicat că art. 3 al Convenției ONU cere statelor, printre altele, să ia în considerare interesul superior al copilului în toate deciziile care ar putea avea efect asupra copiilor, atât în mod direct, cât și indirect¹⁸. Comitetul a indicat că interesul superior al copilului nu trebuie luat în considerare numai în domeniul dreptului familiei, unde interesul superior era aplicat

în mod tradițional, ci și în adoptarea politicilor sociale, economice și bugetare la nivel național¹⁹. La nivel internațional, organizații precum Banca Mondială, Fondul Monetar Internațional și WTO trebuie să se asigure că activitățile lor de cooperare internațională și de dezvoltare economică dau prioritate interesului superior al copiilor²⁰. Natura atribuțiilor Comitetului – respectiv faptul că acest comitet nu are competența de a primi și de a analiza plângeri individuale²¹ – a împiedicat până în prezent Comitetul să fie cu mult mai specific în privința interesului superior al copilului.

3. Interesul superior al copilului în legea sud-africană

La fel ca și România, Africa de Sud a ratificat Convenția cu privire la drepturile copilului. În urma ratificării, statul a făcut numeroase eforturi să armonizeze legile naționale cu prevederile Convenției²². Parte a acestui efort este și constituționalizarea drepturilor copilului²³. Secțiunea 28 a Constituției Republicii Africa de Sud în vigoare din 1996 enumeră drepturile constituționale specifice copilului²⁴ și prevede că „interesul superior al copilului are o importanță primordială în orice chestiune care privește copilul”²⁵. O consecință importantă a statutului constituțional al principiului interesului superior al copilului este aceea că, în temeiul secțiunii 8(1) a Constituției,²⁶ organele legislative, executive și judecătorești, precum și celelalte organe de stat sunt obligate să țină seama de interesul superior al copilului în activitățile specifice pe care le desfășoară.

Drepturile prevăzute în Constituția Africii de Sud pot fi invocate direct în instanțe. Legile sau actele organelor sau instituțiilor statului care încalcă Constituția sunt invalidate de instanțe, în măsura în care acestea contravin Constituției²⁷. Instanțele au puterea de a adopta orice dispoziție „justă și echitabilă” ce urmărește înlăturarea încălcării Constituției²⁸. Drept urmare, părțile interesate pot ataca în instanță constituționalitatea legilor sau actelor guvernamentale pe motiv că statul a violat prevederile constituționale privitoare la drepturile fundamentale, inclusiv cele privitoare la drepturile copiilor și la interesul lor superior²⁹.

Interesul superior, așa cum acesta este formulat în Constituția sud-africană, îndeplinește trei funcții – de instrument de interpretare a celorlalte drepturi constituționale recunoscute copiilor; de stabilire a conținutului și a limitelor drepturilor constituționale ale altor persoane;³⁰ și de drept fundamental propriu-zis³¹. Formularea categorică a interesului superior al copilului – în sensul că acesta are o importanță primordială în toate chestiunile privitoare la copil – a ridicat întrebări în legătură cu valoarea legală a secțiunii 28(2). Chestiunea centrală este dacă interesului copilului trebuie să i se dea prioritate în toate cazurile în care drepturile și interesele copilului vin în conflict cu alte drepturi și interese legitime. Deși calificarea interesului superior ca drept fundamental propriu-zis nu este la adăpost de orice critică³², avantajul acesteia este că a îngăduit instanțelor să dezvolte o abordare standard care permite limitarea

legitimă a interesului superior al copilului în anumite împrejurări³³. La fel ca orice alt drept fundamental, interesul superior al copilului poate fi limitat în conformitate cu secțiunea 36 a Constituției. În esență, aceasta cere ca limitarea să aibă loc printr-o lege cu aplicabilitate generală și să urmărească un interes legitim, luând în considerare factori precum natura dreptului, importanța scopului urmărit prin limitarea dreptului, gradul limitării, relația dintre limitare și scopul acesteia și existența altor mijloace mai puțin restrictive pentru a promova interesul legitim ce motivează limitarea.

În mod tradițional, interesul superior al copilului a fost avut în vedere în domeniul dreptului familiei și anume în litigii privind încredințarea, dreptul de vizită, întreținerea și adopția minorilor³⁴. Ca urmare a constituționalizării drepturilor copilului, interesul superior al copilului trebuie să primească o importanță primordială în orice chestiune care privește copilul – de drept public sau drept privat³⁵, după cum se va vedea în analiza cazului de mai jos.

4. *S v M (Centre For Child Law As Amicus Curiae)*³⁶

În cazul *S v M*, Curtea Constituțională a Africii de Sud a trebuit să decidă asupra rolului dreptului copilului la îngrijire părintească și a principiului interesului superior al copilului în procesul de individualizare a pedepsei aplicate unei persoane care are în întreținere unul sau mai mulți copii minori³⁷.

La data judecării cauzei de către Curtea Constituțională, inculpata M avea 35 de ani și era mama a trei copii minori cu vârstele de 16, 12 și 8 ani, care se aflau în întreținerea sa exclusivă. În anul 1996, inculpata a fost condamnată pentru săvârșirea unei infracțiuni de înșelăciune la trei ani închisoare, executarea pedepsei fiind suspendată pe durata unui termen de încercare de cinci ani. În anul 1999, inculpata a fost trimisă din nou în judecată pentru comiterea unor noi infracțiuni de înșelăciune. În anul 2002, M a fost condamnată de instanța de fond pentru săvârșirea a 38 de înșelăciuni și a 4 furturi³⁸. Înainte de individualizarea pedepsei, instanța de fond a cerut întocmirea unui raport care să stabilească dacă inculpatei i se poate acorda suspendarea condiționată sub supraveghere, ca alternativă la pedeapsa închisorii. În ciuda raportului care a indicat că M poate fi plasată sub supraveghere, instanța de fond a aplicat o pedeapsă a închisorii de patru ani, cu executare. M a formulat apel împotriva sentinței; instanța de apel a menținut pedeapsa închisorii de patru ani însă a aplicat o prevedere legală care permitea suspendarea restului neexecutat după executarea a opt luni de detenție³⁹. M a atacat și această decizie invocând neconformitatea deciziilor instanțelor cu prevederile constituționale privind protecția drepturilor copilului. În 2007 apelul său a fost judecat de către Curtea Constituțională.

Curtea a trebuit să decidă următoarele aspecte: ce obligații impune interesul superior al copilului unei instanțe care aplică o pedeapsa unei persoane ce are în îngrijire copii minori; dacă aceste obligații au fost respectate în cazul lui M; iar dacă aceste obligații nu au fost respectate, ce decizie ar trebui să ia Curtea⁴⁰.

Instanța a numit un curator pentru a reprezenta interesele copiilor, iar Centrul pentru Drepturile Copilului (Centre for Child Law (afiliat Universității din Pretoria)) a intervenit ca *amicus curiae*. Apelanta, curatorul și *amicus* au susținut că principiul constituțional al interesului superior al copilului obligă instanța să ia în considerare în mod expres și independent⁴¹ efectul pe care o pedeapsă cu privire la libertate l-ar avea asupra minorilor aflați în îngrijirea exclusivă a inculpatei⁴². În speță, luarea în considerare a interesului superior al copiilor inculpatei ar fi condus la suspendarea condiționată a pedepsei. Guvernul a susținut că criteriile pe care instanțele le aplica în mod curent la individualizarea pedepsei iau în considerare interesul superior al copiilor ca element al circumstanțelor personale ale inculpatului⁴³.

Instanța a acordat pe rând atenție celor trei aspecte principale identificate mai sus, care vor fi prezentate în continuare.

4.1 Opinia majoritară

4.1.1 Obligațiile instanței care aplică o pedeapsă unei persoane ce are copii minori în îngrijire

Elementele care trebuie luate în considerare la aplicarea unei pedepse sunt tipul sau natura infracțiunii comise, circumstanțele personale ale inculpatului și interesele comunității⁴⁴. Instanța a trebuit să stabilească dacă aceste criterii satisfac interesul superior al copilului și în ce măsură secțiunea 28 a Constituției aduce un element adițional criteriilor amintite mai sus⁴⁵. Secțiunea 28(2) din Constituție prevede că interesul superior al copilului are prioritate în toate deciziile privitoare la copil. Această formulare tranșantă, care proclamă prioritatea interesului superior al copilului în toate deciziile privitoare la copil, a ridicat probleme în practică vis-a-vis de rolul interesului superior al copilului⁴⁶.

Instanța a remarcat că interesul superior al copilului ghidează hotărârile instanțelor (și are deci valoare de principiu)⁴⁷ și în același timp dă naștere, analizat împreună cu restul secțiunii 28, unor drepturi care pot fi revendicate în instanță⁴⁸. Constituționalizarea drepturilor copilului obligă statul și organele sale (inclusiv instanțele judecătorești) să acorde respectul cuvenit și să ia în considerare drepturile copiilor în îndeplinirea atribuțiilor lor legale⁴⁹. Curtea a indicat că pentru a da satisfacție deplină interesului superior este necesar ca procesul de individualizare a pedepsei aplicate persoanelor care asigură îngrijirea de zi cu zi a minorilor să fie adaptat normelor

constituției – inclusiv interesului superior al copilului.⁵⁰ Constituționalizarea drepturilor copiilor impune ca minorii să nu fie tratați ca anexe ale părinților iar greșelile părinților nu trebuie să se reflecte asupra copiilor⁵¹.

Pentru a se dezvolta normal, copiii au nevoie de un mediu adecvat. Recunoașterea drepturilor legale nu poate crea în sine un mediu ideal în care copiii să se dezvolte optim, însă legea poate să împiedice instituțiile statutului să creeze situații de risc pentru copii. În speță, detenția mamei ar fi expus copiii la pierderea îngrijirii părintești, o intruziune în secțiunea 28(1)(b), care protejează *inter alia* dreptul la îngrijirea părintească și de familie. Prin urmare, secțiunea 28 cere statului să prevină, în măsura posibilului, întreruperea vieții de familie și a îngrijirii părintești⁵².

Instanța a atras atenția asupra faptului că formularea foarte generală a interesului superior al copilului creează riscul „de a promite totul în general și de a da foarte puțin în particular”⁵³. Deși criticată, formularea vagă a interesului superior al copilului este un aspect pozitiv pentru a da flexibilitate prevederii constituționale și a permite evaluarea interesului superior al copilului în fiecare caz în parte⁵⁴. Instanța a remarcat că aplicarea unor criterii rigide pentru stabilirea interesului superior al copilului de dragul certitudinii legale și fără a acorda atenție situației particulare a copilului este contrară interesului superior al acestuia⁵⁵.

Una dintre dificultățile majore în aplicarea interesului superior al copilului este stabilirea forței sale juridice, în special atunci când luarea unei decizii depinde de soluționarea unui potențial conflict între interesele sau drepturile copilului și cele ale altor persoane. Aceasta dificultate izvorăște din formularea categorică a interesului superior al copilului, în sensul că acesta are o importanță primordială în orice decizie care privește copilul⁵⁶. Interpretarea literală a expresiei „în orice decizie care privește copilul” ar duce la concluzia că interesul superior al copilului ar trebui să primeze în toate legile și orice decizie publică din moment ce foarte puține măsuri nu îi privesc pe copii, direct sau indirect⁵⁷. Faptul că sfera de aplicare a interesului superior al copilului este atât de largă nu trebuie să ducă la concluzia că interesul superior va primi prioritate în raport cu oricare alte interese și în toate circumstanțele. Curtea a avertizat că aplicarea excesivă a interesului superior al copilului ar duce la devalorizarea acestui principiu⁵⁸ și la transformarea sa dintr-un instrument de protecție într-o frază retorică⁵⁹.

Instanța a trebuit să stabilească, așadar, în ce măsură se poate da satisfacție interesului superior al copilului (care cere menținerea copilului într-un mediu familial) fără a ignora alte interese constituționale legitime⁶⁰. Amintind jurisprudența anterioară⁶¹, instanța a indicat că interesul superior al copilului nu are valoare absolută. La fel ca alte prevederi privitoare la drepturile fundamentale, aplicarea interesului superior poate fi limitată în condițiile legii, luând în considerare relația dintre interesul superior și alte drepturi constituționale⁶².

Așadar, Curtea a trebuit să stabilească obligațiile instanțelor atunci când inculpatul condamnat pentru săvârșirea unei infracțiuni este o persoană care are în îngrijire unul sau mai mulți copii minori. Instanța a indicat ca decizia pe care o pronunță are valoare de precedent judiciar doar în cazurile în care inculpatul este persoana cu care copilul locuiește și care asigură îngrijirea de zi cu zi a copilului, ca de exemplu asigurarea hranei, creșterea și educarea copilului⁶³. Instanța a indicat în mod expres că decizia nu se aplică persoanei care are obligații de întreținere, dacă aceasta nu este în același timp și persoana care asigură în mod curent îngrijirea copilului⁶⁴.

Curtea a respins argumentul că instanțele iau deja în considerare situația copiilor și îndatoririle părintești ale inculpatului atunci când evaluează circumstanțele personale ale acestuia⁶⁵, și a hotărât că instanțele trebuie să acorde o atenție specială și expresă interesului copiilor. Pentru aceasta este necesar ca instanțele să fie bine informate astfel încât să fie în măsură să cântărească interesele tuturor celor afectați și, în limitele premise de lege, să impună pedeapsa care afectează cel mai puțin copiii⁶⁶. Încălcarea drepturilor copilului nu rezultă din aplicare *per se* a unei pedepse cu privarea de libertate, ci din aplicarea acesteia fără a avea suficiente informații și fără a acorda suficientă atenție intereselor copilului. O atenție specială trebuie acordată intereselor minorilor nu în scopul de a permite părinților vinovați de săvârșirea de infracțiuni să evite aplicarea unei pedepse adecvate, ci cu scopul de a evita pe cât este posibil o situație care dăunează copilului⁶⁷.

Pentru a promova o abordare consecventă a aplicării pedepselor în cazul persoanelor care au în îngrijire copii minori, instanța a formulat următoarele principii generale: instanțele trebuie să stabilească dacă inculpatul are copii minori spre creștere și educare; care va fi impactul unei sentințe cu privire de libertate asupra copiilor; dacă pedeapsa care se impune este o pedeapsă cu privire de libertate, instanțele trebuie să stabilească dacă se impune luarea de măsuri pentru a asigura îngrijirea copilului pe timpul detenției inculpatului; în cazul în care instanța poate impune fie o pedeapsa cu privarea de libertate, fie o pedeapsă fără executare în stare de detenție, opțiunea trebuie să se facă ținând seama de interesul superior al copilului⁶⁸.

Instanța a remarcat că criteriile de aplicare a pedepsei indicate mai sus sunt compatibile cu obligațiile statului de a asigura protecția societății împotriva săvârșirii de infracțiuni⁶⁹. Fiecare caz se va judeca pe baza situației de fapt, aplicând principiul proporționalității. Instanțele vor cântări două valori în conflict, respectiv necesitatea de a asigura menținerea îngrijirii copilului în familie⁷⁰ și obligația statului de a pedepsi săvârșirea infracțiunilor⁷¹. Luarea în considerare a copiilor ca factor independent la stabilirea pedepsei aplicabile va avea loc doar atunci când conform precedentelor existente instanța poate opta între o pedeapsă cu privarea de libertate și una cu executare în libertate⁷². Cu alte cuvinte, instanța nu va aplica o pedeapsă cu executare în stare de libertate în cazul în care acest lucru nu este posibil în condițiile legii.

Precedentele aplicate de către instanțe la momentul judecării prezentei cauze prevedeau luarea în considerare a situației copiilor, însă îngăduiau acest lucru doar prin prisma gravității efectelor despărțirii de copii asupra părintelui condamnat⁷³. Copiii au un drept constituțional de a fi îngrijiți în familie⁷⁴. Instanțele sunt obligate să țină cont de prevederile din Constituție referitoare la drepturile fundamentale în procesul de soluționare a cauzelor⁷⁵. Așadar, dreptul copilului de a fi îngrijit în familie și interesul superior al copilului trebuie aplicate și în procesul de individualizare a pedepsei, urmând ca efectele privării de libertate a părintelui să fie evaluate și din perspectiva copilului⁷⁶. Deși instanțele nu vor putea în toate cazurile să protejeze copiii împotriva efectelor negative ale privării de libertate a părinților, ele au obligația constituțională de a lua în considerare interesele copiilor la momentul individualizării pedepsei⁷⁷ și de a reduce pe cât posibil efectele negative ale detenției asupra acestora⁷⁸.

4.1.2 Modul în care criteriile de mai sus au fost luate în considerare în prezenta cauză

Instanța a trecut apoi la evaluarea modului în care interesul superior al copiilor și dreptul lor de a fi crescuți într-un mediu familial au fost luate în considerare la aplicarea pedepsei în cazul curent. Curtea a indicat că instanța de fond nu a evaluat calitatea alternativelor de îngrijire a minorilor în cazul condamnării la pedeapsa închisoării a inculpatei, nu a luat în considerare efectele separării minorilor (în cazul în care aceștia vor trebui plasați la persoane/instituții diferite) și efectele pe care schimbarea domiciliului le are asupra educației lor și a altor activități. Instanța de fond nu a cerut și nu a avut la dispoziție vreun raport de asistență socială sau alte mijloace prin care să obțină informații despre impactul unei pedepse cu privarea de libertate asupra minorilor⁷⁹. Lipsa acestor informații nu putea permite instanței luarea unei decizii în deplină cunoștință de cauză cu privire la situația minorilor aflați în întreținerea exclusivă a mamei⁸⁰. Pentru aceste motive, apelul inculpatei a fost admis.

4.1.3 Ce decizie ar trebui instanța să ia în acest caz?

Curtea a optat pentru reținerea cauzei spre rejudecare și aplicarea pedepsei⁸¹. Pentru că inculpata era recidivistă, a comis infracțiunile de-a lungul unui interval mare de timp și în timpul suspendării pedepsei anterioare, iar infracțiunile au fost săvârșite cu intenție și prin abuzarea încrederii victimelor, instanța a decis să mențină pedeapsa închisorii de patru ani⁸². Instanța a suspendat restul neexecutat al pedepsei (inculpata a petrecut trei luni în arest preventiv) și a emis un ordin de punere a inculpatei sub supraveghere corecțională⁸³.

Curtea a indicat că în ciuda faptului că inculpata a fost un exemplu necorespunzător pentru copiii săi, ea este totuși cea mai potrivită persoană să asigure îngrijirea copiilor⁸⁴. Probele depuse la dosar indică faptul că inculpata este singura persoană care se ocupă de întreținerea copiilor,⁸⁵ că le conferă acestora securitate emoțională și că starea sa de detenție i-ar afecta pe copii din punct de vedere emoțional, fizic, material, educațional și social⁸⁶. Starea de detenție a inculpatei ar duce la îndepărtarea copiilor din mediul lor și la schimbarea școlilor; ar crea dificultăți în privința transportului la școală și ar conduce la separarea celor trei frați⁸⁷. Societatea comercială pe care o deține inculpata și-ar înceta existența în absența acesteia, aspect care ar duce la imposibilitatea de plată a ratelor la casă și la vânzarea silită a casei, ce va rezulta în evacuarea copiilor. De asemenea, în perioada detenției, inculpata nu va putea produce venituri pentru întreținerea copiilor⁸⁸.

Deși importanți, factorii de mai sus nu au fost decisivi în aplicarea unei pedepse cu executare în stare de libertate. La aceștia se adaugă alți factori care sugerează că o pedeapsă fără privare de libertate este în interesul general⁸⁹. Astfel, inculpata și-a luat angajamentul să repare dauna produsă⁹⁰, va presta servicii comunitare și va continua să desfășoare o activitate ce produce beneficii societății⁹¹. De asemenea, este în interesul societății să se reducă numărul de persoane aflate în regim de detenție și care pot fi reeducate în societate, ca de exemplu inculpata⁹².

4.2 Opinia separată

Decizia Curții nu a fost unanimă, trei judecători făcând opinie separată. Cei trei judecători au fost de acord cu raționamentul juridic pe care s-a bazat decizia majoritară, însă au avut un punct de vedere diferit în ceea ce privește aplicarea acesteia la situația de fapt⁹³. Judecătorii aflați în minoritate au precizat că factorii care trebuie luați în considerare la aplicarea unei pedepse fără privare de libertate sunt vârsta și nevoile speciale ale copiilor aflați în întreținere, caracterul inculpatului, gravitatea și caracterul repetat al infracțiunilor săvârșite și conduita reprobabilă a inculpatului⁹⁴.

Aplicând aceste criterii la situația de fapt, judecătorii au indicat că săvârșirea repetată de infracțiuni de același tip în timpul cât inculpata se afla în libertate (ca urmare a suspendării pedepsei anterioare) și faptul că minorii erau adolescenți duc la concluzia că se impunea o pedeapsă cu privarea de libertate⁹⁵. Aceiași judecători s-au referit pe larg la interesele societății și la importanța acestora în procesul de individualizare a pedepsei⁹⁶. Conform acestora, este în interesul societății ca statul să mențină încrederea publicului în sistemul de justiție penală. În contextul numărului crescut de infracțiuni împotriva patrimoniului, este important ca instanța să ia în considerare necesitatea aplicării stricte a pedepsei și să stimuleze folosirea de metode care să ducă la descurajarea

săvârșirii de noi infracțiuni⁹⁷. Instanțele trebuie să creeze condițiile necesare pentru ca poliția și sistemul judiciar să ia măsurile necesare pentru protecția economiei și a intereselor individuale⁹⁸. Deși instanțele au obligația să adopte o poziție care pune copilul pe prim plan și trebuie să analizeze interesele copilului în mod judicios, pe baza situației de fapt, o pedeapsă cu privarea de libertate s-ar fi impus⁹⁹.

5. Comentariu

Hotărârea Curții Constituționale în cauza *S v M* este de o importanță majoră pentru practica judiciară în Africa de Sud prin aceea că stabilește principiul conform căruia drepturile copiilor și interesul lor superior trebuie luate în considerare la aplicarea pedepsei persoanelor care au în îngrijire copii minori. O deosebită însemnătate are faptul că instanța a luat în considerare drepturile copilului într-o cauză în care minorii nu erau părti¹⁰⁰. Instanța a recunoscut că deși neimplicați în mod direct, copiii ar fi afectați de decizia instanței cu privire la individualizarea pedepsei mamei - privarea de libertate a acesteia ducând la pierderea cel puțin temporară a îngrijirii părintești, asigurată în exclusivitate de către inculpată.

Principiile stabilite în *S v M* se aplica numai în cazurile în care persoana căreia i se aplică pedeapsa asigură îngrijirea de zi cu zi a copilului¹⁰¹. Trebuie subliniat că principiile stabilite în *S v M* se aplică nu doar în cazul părinților biologici, ci a oricărei alte persoane care asigură îngrijirea de zi cu zi a unui sau a mai multor minori. Hotărârea răspunde în acest fel realităților sociale din Africa de Sud, unde mulți copii nu trăiesc cu părinții biologici, ci se află în îngrijirea membrilor familiei extinse.

Instanțele sunt conștiente de însemnătatea menținerii unui echilibru între interesele copiilor și cele ale societății în procesul de individualizare a pedepsei. Jurisprudența recentă a Curții Constituționale indică faptul că unul dintre factorii importanți luați în considerare în aplicarea pedepsei este disponibilitatea celuilalt părinte de a prelua îndatoririle privitoare la îngrijirea copilului/copiilor¹⁰². Când celălalt părinte poate asigura îngrijirea copiilor, instanțele nu par dispuse să dispună o pedeapsă neprivativă de libertate pentru că impactul asupra copiilor este atenuat de prezența celuilalt părinte.

Odată stabilit că decizia de individualizarea a pedepsei îi afectează pe copii, instanța a fost obligată să aplice prevederile secțiunii 28(2) a Constituției și să țină cont de interesul superior al copilului¹⁰³. Această abordare indică faptul că Curtea este în favoarea unei interpretări generoase a prevederii privind interesul superior, astfel încât acesta să se aplice la cât mai multe decizii posibile¹⁰⁴. Cu toate acestea, instanța a remarcat pericolul extinderii exagerate a aplicării interesului superior al copilului¹⁰⁵, care ar duce la devalorizarea principiului și la transformarea sa într-un simplu exercițiu

de formalism juridic sau administrativ. Din păcate, instanța nu a oferit mai multă claritate în privința a ce ar putea constitui aplicarea excesivă a interesului superior al copilului¹⁰⁶. Așadar, întrebări încă planează, de exemplu, asupra luării în considerare a interesului superior în procesul legislativ, în privința actelor administrative ori a deciziilor care nu privesc în mod exclusiv și primordial copiii¹⁰⁷.

S v M confirmă jurisprudența anterioară a Curții în sensul că formularea categorică din secțiunea 28(2) a Constituției nu trebuie interpretată în sensul că interesul superior al copilului va primi prioritate în toate cazurile. Impactul interesului superior poate fi limitat în mod justificat potrivit clauzei constituționale care se referă la limitarea drepturilor fundamentale¹⁰⁸. O asemenea abordare s-a dezvoltat pornind de la ideea că secțiunea 28(2) nu are doar valoare de principiu, ci este și un drept de sine stătător, care poate fi limitat în condițiile legii¹⁰⁹. Această poziție este în acord cu art. 3 alin. 1 al Convenției ONU, care statuează că interesul superior al copilului este *unul dintre* factorii primordiali, iar nu *factorul* primordial. Această formulare admite, așadar, existența unor situații în care alte interese legitime ar putea să aibă prioritate în raport cu interesele copilului.

Luarea în considerare a interesului superior al copilului în procesul de individualizare a pedepsei subliniază conflictul între interesul superior al copilului și interesul societății de a pedepsi comiterea de infracțiuni. În cele mai multe cazuri este în interesul copiilor să rămână în îngrijirea părinților. După cum a arătat Curtea în acest caz, luarea în considerare a intereselor copiilor nu înseamnă ignorarea intereselor societății. Luarea în considerare a interesului superior al copilului va opera în contextul principiului legalității. Instanțele vor putea impune numai pedepsele prevăzute de lege, și nu li se poate cere aplicarea unei pedepse care nu este prevăzută pentru fapta comisă de inculpat.

Situațiile în care o pedeapsă privativă de libertate este singura pedeapsă posibilă sau adecvată nu sunt excluse, iar jurisprudența Curții dovedește acest lucru¹¹⁰. Chiar și atunci când instanța decide aplicarea unei pedepse privative de libertate, interesul superior al copilului va avea anumite consecințe. În asemenea cazuri, instanțele trebuie să obțină informații complete cu privire la impactul asupra copiilor a unei pedepse cu executare în regim de detenție aplicate părintelui. Ele trebuie să se asigure că pe timpul detenției părintelui, copiii vor beneficia de îngrijirea necesară. În acest sens, instanțele au cerut serviciilor sociale să monitorizeze situația copiilor și să se asigure că aceștia sunt îngrijiți în mod adecvat¹¹¹ sau au dispus menținerea legăturilor personale între minori și părintele deținut¹¹².

Impactul interesului superior al copilului în procesul de individualizare a pedepsei este cel mai semnificativ atunci când instanța are de ales între pedepse alternative privative și neprivative de libertate. În acest caz, o pedeapsă neprivativă de libertate va fi alegerea cea mai potrivită. Opinia separată indică faptul că planează

încă un dubiu asupra impactului social al acestui mod de individualizare al pedepsei. În special, rezerve au fost exprimate în opinia separată cu privire la crearea unei percepții că persoanele care au copii minori în îngrijire vor fi tratate cu indulgență de sistemul penal. În decizia majoritară s-a arătat însă că luarea în considerare a interesului superior al copilului în procesul de individualizare al pedepsei nu este o favoare acordată părintelui, ci este rezultatul impactului pe care constituționalizarea drepturilor copilului îl are asupra activității instanțelor. O pedeapsă neprivativă de libertate nu este în mod necesar una mai ușoară. Pe lângă condițiile impuse de instanțe, părinții vor fi obligați de împrejurări să explice copiilor motivul condamnării lor, iar aceasta constituie o lecție de viață pentru copii și părinți. Instanța a mai subliniat că pedepsele cu executare în libertate, atunci când acestea sunt corect aplicate, promovează inclusiv interesele societății prin evitarea supra-aglomerării închisorilor, prin menținerea condamnatului în forța de muncă activă și îngăduindu-i acestuia să contribuie la viața economică și socială, precum și prin evitarea cheltuielilor legate de plasarea copiilor în grija statului.

Decizia în *S v M* a revoluționat sistemul de individualizare a pedepselor aplicate condamnaților care au copii minori în îngrijire. Premisele care au îngăduit instanței dezvoltarea normelor legale în direcția amintită sunt înrădăcinate în sistemul de drept sud-african. Astfel, drepturile constituționale, incluzând dreptul copilului de a beneficia de îngrijire într-un mediu familial și interesul superior al copilului, trebuie respectate de instanțe în procesul de judecată¹¹³. În al doilea rând, controlul de constituționalitate în Africa de Sud privește nu numai conformitatea actelor normative cu Constituția, dar și verificarea caracterului constituțional al conduitei/ activităților organelor și instituțiilor statului, inclusiv a instanțelor. Această competență largă a îngăduit Curții Constituționale să stabilească dacă în procesul de individualizare a pedepsei instanțele sesizate anterior au ținut cont de normele constituționale privind drepturile copiilor și interesul lor superior.

6. Reflecții asupra relevanței cazului *S v M* pentru dezvoltarea drepturilor copilului în România

În pofida elementelor care disting sistemul de drept românesc de cel sud-african¹¹⁴, elementul comun esențial este angajamentul luat prin ratificarea de către cele două țări a Convenției ONU cu privire la drepturile copilului de a respecta și proteja interesul superior al copilului în toate deciziile care îl privesc. *S v M* arată că Curtea Constituțională a Africii de Sud, prin interpretarea largă a prevederii constituționale care protejează interesul superior al copilului, a hotărât că instanțele trebuie să țină cont de acest principiu în activitatea de soluționare a oricăror cauze care îi afectează pe copii, inclusiv la individualizarea pedepsei celor care au copii în îngrijire.

S v M ridică cel puțin două întrebări pentru cercetătorul și pentru instanțele românești: dacă interesul superior al copilului are statut constituțional în România și dacă instanțele românești au obligația de a lua în considerare drepturile copiilor și interesul lor superior în procesul de aplicare a pedepsei persoanelor care au în îngrijire minori.

Răspunsul la prima întrebare are importanță în special pentru legiuitor, care este chemat să emită legi care să se conformeze prevederilor constituționale. O lectură sumară a art. 49 al Constituției României, care prevede că „copiii și tinerii se bucură de un regim special de protecție și de asistență în realizarea drepturilor lor”, arată că interesul superior al copilului nu este prevăzut în mod expres de Constituția României. Jurisprudența Curții Constituționale a României indică însă că Curtea, în interpretarea normelor constituționale, acordă prioritate prevederilor internaționale în materia drepturilor fundamentale, atunci când acestea sunt mai favorabile¹¹⁵. Se poate susține că art.3 alin. 1 al Convenției ONU cu privire la drepturile copilului – care recunoaște principiul interesului superior al copilului – trebuie folosit de către Curtea Constituțională ca instrument de interpretare a art. 49 alin. 1 al Constituției, astfel încât textul amintit să reflecte obligația statului de a respecta principiul interesului superior al copilului. Un pas în această direcție s-a făcut prin Decizia CC 38 din 1995¹¹⁶, unde Curtea Constituțională a indicat, cu referire la Convenția ONU cu privire la drepturile copilului, că:

Prevederile convenției se impun legiuitorului, deoarece potrivit art.20 din Constituție, reglementările constituționale referitoare la drepturile omului vor fi aplicate în concordanță cu Declarația Universală a Drepturilor Omului, cu pactele și tratatele la care România este parte, dispozițiile cărora au prioritate față de legea internă. În spiritul acestor acte internaționale, potrivit art.45 din Constituție copiii și tinerii se bucură de un regim special de protecție și asistență pentru realizarea drepturilor lor.

Lipsa statutului constituțional expres al interesului superior al copilului în legea românească este însă atenuată prin Legea 272/2004¹¹⁷, care prevede în art. 2 alin 1. că „[p]rezenta lege, orice alte reglementări adoptate în domeniul respectării și promovării drepturilor copilului, precum și orice act juridic emis sau, după caz, încheiat în acest domeniu se subordonează cu prioritate interesului superior al copilului”. O analiză mai aprofundată a statutului constituțional al principiului interesului superior al copilului este însă necesară, discuția de mai sus având doar scopul declanșării unui dialog pe această temă.

Cea de-a doua întrebare care se ridică din *S v M* se referă la existența unei obligații legale a instanțelor românești de a lua în considerare dreptul la viața de familie și interesul superior al copilului în aplicarea pedepsei persoanei care are unul sau mai mulți copii în întreținere. Situația familială a inculpatului, inclusiv îndatoririle sale legate de minorul/minorii aflați în îngrijire, constituie unul dintre factorii luați în considerare în prezent de către instanțe în individualizarea pedepselor. Instanțele trebuie să țină cont

de gravitatea infracțiunii și de periculozitatea infractorului, care se apreciază, printre altele, și în funcție de situația sa familială¹¹⁸. De asemenea, când pentru infracțiunea săvârșită legea prevede pedepse alternative, instanțele trebuie să țină cont de situația familială și în alegerea uneia dintre pedepsele alternative¹¹⁹. Se observă că deși legea cere luarea în considerare a situației familiale a inculpatului, nu se cere în mod expres luarea în considerare a drepturilor și a interesului superior ale copilului. Există, așadar, riscul ca în analiza situației familiale drepturile și interesele copilului să fie marginalizate. Elementul de noutate adus de *S v M* în legea sud-africană este acela de a impune instanțelor analiza separată și explicită a situației copiilor, iar nu doar ca membri ai unității familiale. Se poate susține că o asemenea obligație se impune și instanțelor românești prin art. 2 alin. 3 al Legii 272/2004 care prevede că principiul interesului superior al copilului prevalează, printre altele, în deciziile care privesc copiii, soluționate de instanțele judecătorești. În opinia autorului, o hotărâre de condamnare a unei persoane care are în îngrijire un copil minor este fără îndoială o decizie care îl privește pe copil, în sensul articolului de mai sus. Dacă această abordare este împărtășită, se poate susține mai departe ca neluarea în considerare a drepturilor și interesului superior al minorilor constituie motivul de recurs prevăzut în art. 385/9 alin. 1 pct. 14 al Codului de procedură penală, respectiv acela că instanța de fond a aplicat o pedeapsă greșit individualizată în raport cu prevederile art. 74 al Codului penal.

Construcția propusă mai sus nu este la adăpost de critică. În primul rând, ea cere instanțelor să extindă rolul lor activ dincolo de soluționarea acțiunii penale și a acțiunii civile care constituie obiectul procesului penal. Instanțele ar putea fi reticente să adopte o asemenea poziție, temându-se de încălcarea principiului legalității. După cum se va arăta în continuare, deși instanțele nu sunt complet lipsite de mijloace pentru a obține informații cu privire la situația copiilor, este puțin probabil că instanțele vor merge la fel de departe ca instanțele sud-africane în a dispune ca serviciile de protecție a copiilor să vegheze asupra situației copiilor sau în a dispune facilitarea contactului dintre copii și părinți pe durata detenției acestuia din urmă.

Deși autoritatea tutelară sau serviciile de protecție a copilului nu sunt chemate în instanță pentru a da informații asupra situației copiilor și a consecințelor detenției părintelui asupra lor, instanța are la dispoziție mijloace procedurale de informare în această privință. În cazul amânării sau a întreruperii executării pedepsei cu închisoarea sau detențiunea pe viață¹²⁰, deși textul legal nu prevede întocmirea unui raport de anchetă socială, acest raport este cerut de către instanțe ca material probator al circumstanțelor care motivează cererea condamnatului. La fel s-ar putea proceda când este vorba de analiza situației minorilor inculpatului și a impactului pe care o pedeapsă privativă de libertate îl are asupra lor. O altă posibilitate este aceea de a apela la serviciile de protecție a victimelor și reintegrare socială a infractorilor. Potrivit art.11

alin. 1 lit. g al Ordonanței Guvernului Nr. 92/2000 modificată, serviciile de mai sus pot întocmi referate de evaluare a inculpaților, la cererea organelor de urmărire penală sau a instanțelor. Instanțele pot, așadar, solicita serviciilor amintite redactarea unui raport detaliat care să conțină informații despre situația copiilor și impactul pe care eventuala detenție a inculpatului îl va avea asupra lor. Rolul important al serviciilor de probațiune în individualizarea pedepselor este reflectat în politica penală recentă a guvernului. În mai 2011, Ministerul Justiției a inițiat proiectul Legii privind organizarea și funcționarea sistemului de probațiune. Conform art. 32 lit. b al proiectului amintit, serviciul de probațiune „sprijină instanța de judecată în procesul de individualizare a pedepselor și măsurilor educative”. Articolul 38 alin.1 propune ca procurorul sau instanța să poată cere serviciului de probațiune întocmirea unui referat de evaluare a inculpatului, care să conțină, printre altele, informații cu privire la responsabilitățile familiale ale inculpatului (art. 39 alin. 1). Așadar, atât legea actuală cât și proiectul de lege prevăd posibilitatea implicării serviciilor de probațiune în procesul de individualizare a pedepsei aplicate inculpaților care au minori în îngrijire. Mai dificilă va fi situația în care instanța decide executarea de către inculpat a pedepsei în regim de detenție, însă constată că minorii au nevoie de îngrijire pe perioada executării pedepsei de către părinte. Rămâne de văzut în ce măsură instanțele consideră că este de datoria lor să se asigure că minorii au îngrijirea adecvată pe perioada detenției părintelui lor. În opinia autorului, instanțele ar putea, de exemplu, să sesizeze autoritatea tutelară sau serviciile de protecție socială, aducând la cunoștința acestora condamnarea inculpatului și cerându-le să evalueze situația copiilor și să ia măsuri ca aceștia să nu fie privați de îngrijirea necesară pe perioada detenției părintelui. În acest fel, principiul celerității procesului penal nu va fi afectat și se înlătură riscul ca situația copiilor să ajungă la cunoștința serviciilor sociale mult după condamnarea părintelui.

Desigur, luarea în considerare a principiului interesului superior al copilului la individualizarea pedepsei aplicate persoanei care are în îngrijire unul sau mai mulți minori ridică problema riscului „deturnării” acestui principiu de către adulți, în vederea obținerii unui tratament penal mai favorabil. Instanțele din Africa de Sud sunt destul de conservatoare în aplicarea precedentului stabilit în *S v M*, optând pentru executarea pedepsei în regim de detenție atunci când aceasta se impune, în cazul în care celălalt părinte poate prelua îngrijirea copilului/copiilor¹²¹. Problema mai abstractă ridicată de rolul principiului interesului superior la individualizarea pedepsei este aceea a rezolvării conflictului dintre interesul superior al copilului, care de cele mai multe ori va cere menținerea în libertate a inculpatului, și interesele societății, care în unele cazuri impun sancționarea aspră a inculpatului. În dreptul sud-african, instanțele au considerat că interesul superior al copilului, este, printre altele, un drept de sine stătător care poate fi limitat în conformitate cu secțiunea 36 a Constituției Republicii Africa de Sud. În dreptul românesc, interesul superior al copilului este ferm recunoscut de Legea 272/2004 ca

principiu aplicabil deciziilor care privesc minorii. În ce măsură poate fi interesul superior al copilului restricționat este o chestiune care necesită atenția instanțelor și a cercetătorilor în drept.

În final, trebuie menționat ca luarea în considerare a interesului superior al copilului la aplicarea pedepsei unei persoane care are unul sau mai mulți copii în îngrijire nu este neapărat o noutate în dreptul românesc. În *Sabou și Pîrcălab împotriva României*¹²², primul reclamant a susținut, printre altele, că interzicerea automată a drepturilor sale părintești ca pedeapsă accesorie la pedeapsa închisorii conform vechiului Cod penal a constituit o încălcare a articolului 8 al Convenției europene a drepturilor omului și a libertăților fundamentale¹²³. Invocând jurisprudența anterioară, Curtea a arătat ca în cauzele privitoare la interzicerea drepturilor părintești „examinarea elementelor care servesc cel mai bine intereselor copilului este întotdeauna de o importanță fundamentală..., că interesul copilului trebuie considerat ca fiind primordial și că doar un comportament deosebit de nedemn poate determina ca o persoană să fie privată de drepturile sale părintești în interesul superior al copilului”¹²⁴.

Deși cazul *Sabou și Pîrcălab împotriva României* a marcat un progres în privința drepturilor copilului¹²⁵, hotărârea nu s-a bazat pe o analiză detaliată a drepturilor copilului, făcând referire la acestea mai degrabă prin prisma atingerii aduse drepturilor părintelui. În *S v M* și jurisprudența similară, pe de altă parte, drepturile copilului și interesul său superior au căpătat mai multă atenție. Chiar dacă în unele cazuri executarea pedepsei în regim de detenție nu poate fi evitată, abordarea din *S v M* obligă instanțele la reducerea impactului negativ al hotărârilor judecătorești asupra copiilor. Cazul *Sabou și Pîrcălab împotriva României* este important însă prin aceea că a recunoscut importanța interesului superior al copilului în procesul aplicării unei pedepse persoanei care exercită drepturile părintești. CEDO a subliniat de asemenea importanța contribuției instanțelor în stabilirea a ce este în interesul superior al copilului al cărui părinte este pe punctul de a fi condamnat. CEDO a stabilit că impunerea de drept a pedepsei accesorii a interzicerii drepturilor părintești, fără ca instanțele să mențină vreun control asupra aplicării acestei pedepse, constituie o încălcare a articolului 8 al Convenției.

Un ultim aspect care merită atenție în *S v M* este contribuția organizațiilor non-guvernamentale la promovarea și protecția drepturilor copilului. După cum s-a indicat anterior, Centrul pentru drepturile copilului (the Centre for Child Law) care funcționează în cadrul Facultății de Drept a Universității din Pretoria a intervenit în acest caz în calitate de *amicus curiae*. Argumentele prezentate de *amicus* au contribuit în mod semnificativ la adoptarea unei decizii care acordă o poziție centrală drepturilor și interesului superior al copilului. Africa de Sud are o societate civilă activă și multe organizații non-profit se angajează în litigii strategice pentru promovarea și respectarea

drepturilor constituționale. Pentru copii, acest aspect are importanță crucială. Copiii sunt puțin informați cu privire la conținutul drepturilor lor constituționale și nu au mijloacele financiare să se angajeze în litigii împotriva statului. Mediul legal flexibil îngăduie însă organizațiilor non-guvernamentale fie să promoveze litigii în numele celor care nu își pot apăra singuri drepturile¹²⁶, inclusiv copiii, sau să intervină ca *amicus* pentru a informa instanțele cu privire la aspecte de specialitate ale acestor organizații. Succese notabile au fost obținute de organizații non-guvernamentale, de exemplu, în declararea neconstituționalității dispozițiilor unei legi care prevedea un regim sancționator sever pentru minorii cu vârste cuprinse între 16 și 18¹²⁷, obligarea statului la distribuirea gratuită de medicamente care previn transmiterea virusului imuno-deficitar dobândit de la mama la nou-născut,¹²⁸ îmbunătățirea tratamentului aplicat minorilor neacompaniați¹²⁹, și îmbunătățirea standardului de îngrijire în școlile de reeducare pentru minorii care au săvârșit infracțiuni¹³⁰.

7. Concluzii

România și Africa de Sud sunt state părți la Convenția ONU cu privire la drepturile copilului, având așadar ca aspirație comună respectarea angajamentului de a proteja drepturile copilului pe plan național. Unul dintre principiile fundamentale ale Convenției este acela al interesului superior al copilului, care conform art. 3 alin. 1 al Convenției este un factor primordial în luarea de decizii care privesc copilul. Hotărârea Curții Constituționale a Africii de Sud în *S v M* reflectă contribuția instanțelor sud-africane la asigurarea unui impact cât mai vast principiului interesului superior al copilului în toate deciziile care îi privesc pe copii.

În *S v M*, Curtea a examinat implicațiile dreptului copiilor la îngrijire într-un mediu familial și a interesului lor superior în procesul de aplicare a pedepsei unei persoane care are copii minori în întreținere. Instanța a decis că acestea trebuie luate în considerare de către instanțe în mod independent, și nu doar ca elemente care conturează circumstanțele personale ale inculpatului. Aceasta necesită ca instanța să fie bine informată cu privire la situația copiilor și la impactul unei pedepse privative de libertate asupra lor. Instanța a hotărât ca atunci când este posibil, trebuie aplicată o pedeapsă neprivativă de libertate, astfel încât copiii să nu fie privați de îngrijirea părintească. Instanța a arătat însă că în unele situații detenția persoanei ce asigură îngrijirea copilului nu va putea fi evitată. În aceste situații, instanțele trebuie să ia măsuri de atenuare a efectelor detenției asupra copiilor. O varietate de măsuri poate fi folosită în acest scop, de la supravegherea de către serviciile sociale la facilitarea menținerii legăturilor personale dintre copii și persoana deținută și facilitarea reîntregirii familiei.

S v M ridică câteva întrebări interesante pentru doctrina și jurisprudența românească. În primul rând, *S v M* invită la reflecție asupra rolului interesului superior al copilului în legea română și indică potențialul acestui principiu de a fi utilizat în afara sferei sale tradiționale de aplicare, respectiv dreptul familiei. O altă problemă majoră ridicată de *S v M* este aceea a posibilității de limitare a impactului obligației de a da prioritate interesului superior al copilului în cazul în care drepturile și interesele acestuia se afla în conflict cu alte interese legitime. Instanțele din Africa de Sud au considerat că interesul superior al copilului poate fi limitat prin aplicarea clauzei generale de limitare a drepturilor fundamentale. O asemenea abordare s-ar putea să nu fie aplicabilă în contextul legal românesc, având în vedere că interesul superior al copilului are valoare de principiu legal și nu acela de drept fundamental. O limitare a aplicării acestui principiu pare a fi conținută în Legea 272/2004, care arată că interesul superior al copilului va prevala în „domeniul respectării și promovării drepturilor copilului”¹³¹ și în „demersurile și deciziile care privesc copiii”¹³². Așadar, sfera de aplicare a principiului interesului superior va depinde de interpretarea textelor amintite de către instanțele și autoritățile publice românești. Evident, o interpretare restrictivă va duce la restrângerea sferei de aplicare a acestui principiu și îi va diminua impactul. Este de amintit că la nivel internațional, se pledează pentru o aplicare generoasă a principiului interesului superior al copilului, astfel încât un număr cât mai mare de decizii care privesc copiii să cadă în sfera sa de aplicare¹³³.

În continuare, raționamentul din *S v M* invita la o examinare critică a dispozițiilor legale cu privire la individualizarea pedepselor aplicate persoanelor care exercită îngrijirea de zi cu zi a copiilor, pentru a stabili în ce măsură aceste prevederi se conformează cu angajamentul statului de a acorda o protecție prioritară drepturilor și intereselor copiilor. În opinia autorului, deși imperfectă, schema legislativă actuală permite instanțelor cel puțin să obțină informații în legătură cu situația copiilor inculpatului și a impactului unei potențiale condamnări a acestuia la o pedeapsă privativă de libertate. Pe de altă parte, este însă incert în ce măsură instanțele își vor asuma un rol în atenuarea consecințelor negative ale detenției asupra copiilor.

Acest articol este departe de a clarifica probleme legale identificate, iar autorul nu și-a propus să dea răspunsuri categorice acestora. Mai degrabă, intenția care a stat la baza acestui articol a fost de a genera interes și discuții în privința rolului drepturilor copilului și a principiului interesului său superior în sistemul românesc de drept.

- * Senior Lecturer, Faculty of Law, University of KwaZulu-Natal, Durban, South Africa; Couzensm@ukzn.ac.za. Autorea dorește să mulțumească doamnei Maria Erika Rusu și doamnei conf.univ. dr. Eugenia Florescu pentru comentariile constructive pe marginea acestui articol.
- ¹ Toate țările au ratificat Convenția ONU, cu excepția USA și Somalia. România a ratificat Convenția în 1991, iar Africa de Sud în 1995.
- ² Committee on the Rights of the Child *Guidelines for the submission of initial reports*, 1991, paragraful 13.
- ³ UNICEF, Innocenti Research Centre, *Law Reform and Implementation of the Convention on the Rights of the Child* (2007) http://www.unicef.org/southafrica/resources_8172.html (vizitat 5 septembrie 2011).
- ⁴ 2008 (3) SA 232 (CC).
- ⁵ UN General Assembly, Resolution adopted by the General Assembly 63/241. *Rights of the Child* (2009) paragraful 47(a) <http://www.un.org/en/ga/63/resolutions.shtml> (vizitat 22 noiembrie 2011).
- ⁶ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/discussion2011.htm> (vizitat 21 noiembrie 2011).
- ⁷ Chesa Baudin: "Children of Incarcerated Parents: A Child's Constitutional Right to a Family Relationship" în *The Journal of Criminal Law and Criminology*, nr. 1/ 2011; Ann Skelton, Prezentare adresată Comitetului ONU pentru drepturile copilului cu ocazia zilei de discuții generale intitulate "Copii cu părinți încarcerați", care a avut loc la 30 septembrie 2011 (<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/discussion2011.htm> vizitat 21 noiembrie 2011).
- ⁸ Philip Alston: "The best interests principle: Towards a reconciliation of culture and human rights" 1994 (8) *International Journal of Law, Policy and the Family*, nr. 8/1994, pg.10; Michael Freeman: "Article 3: The Best Interests of the Child" in Alen, Vande Lanotte, Verhellen, Ang, Berghmans and Verheyde (ed) *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* ed. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, pg. 26-27.
- ⁹ Decizii ca de exemplu cele privind încredințarea minorului, adopția, legăturile personale cu minorul.
- ¹⁰ De exemplu, o hotărâre de a amplasa o șosea aglomerată prin mijlocul unui sat sau o decizie privind concentrația admisă de gaze poluante emise de automobile îi afectează pe copii, deși în nici unul din aceste cazuri copiii nu sunt ținta procesului decizional.
- ¹¹ Vezi Philip Alston, *op. cit.*, pg. 14-15.
- ¹² Michael Freeman *op. cit.*, pg. 46.
- ¹³ *Ibidem*.
- ¹⁴ *Ibidem* pg. 61.
- ¹⁵ Distincția este mai ușor de observant în textul original în limba engleză, conform căruia principiul interesului superior al copilului este "a primary consideration" și nu "the primary consideration". Vezi și Michael Freeman *op. cit.*, pg. 60.
- ¹⁶ Vezi de asemenea Michael Freeman *op.cit.*, pg. 46.
- ¹⁷ CRC Committee, *General Comment No. 5 (2003) General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6) CRC/GC/2003/5* <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm> (vizitat 5 septembrie 2011).
- ¹⁸ *Ibidem* paragraful 12.
- ¹⁹ *Ibidem* paragraful 51
- ²⁰ *Ibidem* paragraful 64.
- ²¹ Aceasta situație va putea fi rectificată în curând, odată cu adoptarea celui de-al treilea Protocol Opțional la Convenția ONU cu privire la drepturile copilului. Acest Protocol va permite Comitetului pentru drepturile copilului să primească plângeri individuale împotriva statelor părți, pentru încălcarea drepturilor garantate în Convenție.
- ²² De exemplu, Children's Act 38 din 2005, Child Justice Act 75 din 2008.

- ²³ Capitolul 2 al Constituției Africii de Sud este intitulat "Bill of Rights". Conține 27 de drepturi substanțiale și 6 prevederi operaționale care ghidează aplicarea acestor drepturi.
- ²⁴ Secțiunea 28.
- ²⁵ Secțiunea 28(2). Traducerea aparține autorului. Textul original al secțiunii 28(2) prevede "A child's best interests are of paramount importance in every matter concerning the child".
- ²⁶ Secțiunea 8(1).
- ²⁷ Toate instanțele superioare au competență constituțională (instanțele de nivel inferior se numesc magistrates' courts și au competență similară cu a judecătorilor). Aceste instanțe includ High Courts, Supreme Court of Appeal și Constitutional Court. O decizie de neconstituționalitate a unei legi poate fi pronunțată de către High Court sau de către Supreme Court of Appeal, dar trebuie confirmată de către Curtea Constituțională înainte de a produce efecte legale.
- ²⁸ Secțiunea 38 coroborată cu secțiunea 172(1).
- ²⁹ În multe decizii instanțele au folosit interesul superior al copilului pentru a stabili dacă acțiunile sau inacțiunile guvernului sunt constituționale. Vezi, de exemplu, *Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others (Lesbian and Gay Equality Project as Amicus Curiae)* 2003 (2) SA 198 (CC) cu privire la adopția copiilor de cupluri de același sex; *Minister for Welfare and Population Development v Fitzpatrick and Others* 2000 (7) BCLR 713 (CC) cu privire la legalitatea adopțiilor internaționale când Africa de Sud este țară de origine; *Director of Public Prosecutions, Transvaal v Minister of Justice and Constitutional Development, and Others* 2009 (4) SA 222 (CC) cu privire la ascultarea minorilor în procedurile judiciare.
- ³⁰ De exemplu, situațiile în care drepturile părinților sunt limitate pentru a da prioritate intereselor sau drepturilor copiilor.
- ³¹ Adrian Friedman, Angelo Pantazis și Skelton Ann "Children" în Stu Woolman, Teunis le Roux și Jason Brickhill (ed): *Constitutional Law of South Africa* ed a 2-a, ed. Juta, Claremont, 2009 pg. 47-1.
- ³² Pentru o abordare critică, vezi Meda Couzens: "The best interests of the child and its collective connotations in the South African law" în *Tydskrif vir Hedendaagse Romeinse-Hollandse Reg*, nr. 2/2010 pg. 266.
- ³³ De exemplu, *Sonderup v Tondelli and Another* 2001 1 SA 1171 (CC); *De Reuck v Director of Public Prosecutions (Witwatersrand Local Division) and Others* 2003 (12) BCLR 1333 (CC).
- ³⁴ Ann Skelton: "Severing the Umbilical Cord: A subtle jurisprudential shift regarding children and their primary caregivers" în *Constitutional Court Review*, nr. 1/2008 pg. 359.
- ³⁵ *Ibidem*.
- ³⁶ 2008 (3) SA 232 (CC). Pentru alte articole care discută decizia amintită, vezi Ann Skelton, *op. cit. supra* n. 36; Enid Coetzee: "Can the application of the human rights of the child in a criminal case result in a therapeutic outcome?" în *Potchefstroom Electronic Law Journal*, nr. 3/2010; Deon Erasmus: "'There is something you are missing: What about the children?': Separating the rights of children from those of their caregivers" în *South African Public Law*, nr. 25/2010.
- ³⁷ *S v M*, paragraful 1.
- ³⁸ Prejudiciul total s-a ridicat la cca 29 000 ranzi sud-africani (aproximativ 2 500 euro).
- ³⁹ *S v M*, paragraful 3.
- ⁴⁰ *S v M*, paragraful 5.
- ⁴¹ Este insuficient, de exemplu, ca în procesul individualizării pedepsei să se ia la cunoștință că inculpatul are copii minori în întreținere, fără ca impactul asupra copiilor a unei sentințe cu privarea de libertate să fie explorat în detaliu.
- ⁴² *S v M*, paragraful 7.
- ⁴³ *S v M*, paragrafele 8 și 29.

⁴⁴ *S v M*, paragraful 10 indicând *S v Zinn* 1969 (2) SA 537 (A) ca precedent.

⁴⁵ *S v M*, paragraful 11.

⁴⁶ *S v M*, paragraful 13.

⁴⁷ Ann Skelton, *op. cit. supra* n. 36, pg. 355.

⁴⁸ *S v M*, paragraful 14.

⁴⁹ *S v M*, paragraful 15. Vezi și secțiunile 7(2) și 8(1) din Constituție.

⁵⁰ *S v M*, paragraful 16

⁵¹ *S v M*, paragraful 18.

⁵² *S v M*, paragraful 20.

⁵³ *S v M*, paragraful 23.

⁵⁴ *S v M*, paragraful 24.

⁵⁵ *S v M*, paragraful 24.

⁵⁶ *S v M*, paragraful 25.

⁵⁷ *S v M*, paragraful 25.

⁵⁸ Se poate intui că instanța se teme în primul rând de aplicarea interesului superior al copilului în decizii care au puțină legătura ori relevanță pentru copii.

⁵⁹ *S v M*, paragraful 25.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Vezi *Minister for Welfare and Population Development v Fitzpatrick and Others* 2000 (7) BCLR 713 (CC); *Sonderup v Tondelli and Another* 2001 1 SA 1171 (CC); *De Reuck v Director of Public Prosecutions (Witwatersrand Local Division) and Others* 2003 (12) BCLR 1333 (CC).

⁶² *S v M*, paragraful 26

⁶³ *S v M*, paragraful 28.

⁶⁴ *S v M*, paragraful 28.

⁶⁵ *S v M*, paragraful 29.

⁶⁶ *S v M*, paragraful 33.

⁶⁷ *S v M*, paragraful 35.

⁶⁸ *S v M*, paragraful 36

⁶⁹ *S v M*, paragraful 37.

⁷⁰ *S v M*, paragraful 38.

⁷¹ *S v M*, paragraful 39.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *S v M*, paragraful 41.

⁷⁴ Secțiunea 28(1)(b).

⁷⁵ Secțiunea 8(1).

⁷⁶ *S v M*, para. 41-42.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *S v M*, paragraful 42.

⁷⁹ *S v M*, paragraful 46.

⁸⁰ *S v M*, paragraful 48.

⁸¹ Raportul curatorului *ad litem*, două rapoarte ale asistenților sociali (unul depus de către stat și altul de către curator).

⁸² *S v M*, paragraful 65.

⁸³ *S v M*, paragraful 66.

⁸⁴ *S v M*, paragraful 70.

⁸⁵ Inculpata primea ocazional ajutor din partea familiei sale.

⁸⁶ *S v M*, paragraful 67.

⁸⁷ *Ibidem.*

⁸⁸ *S v M*, paragraful 68.

⁸⁹ *S v M*, paragraful 71.

⁹⁰ *S v M*, paragraful 72.

⁹¹ *S v M*, paragraful 73.

⁹² *S v M*, paragraful 75.

⁹³ *S v M*, paragraful 106.

⁹⁴ *S v M*, paragraful 110.

⁹⁵ *S v M*, paragraful 110.

⁹⁶ *S v M*, paragraful 116.

⁹⁷ *Ibidem.*

⁹⁸ *Ibidem.*

⁹⁹ *S v M*, paragraful 122.

¹⁰⁰ A se compara, de exemplu, situația din *S v M* cu cazurile în care se pune problema aplicării interesului superior în procesul de individualizare a pedepsei unui minor în conflict cu legea penală.

¹⁰¹ Interesant este că judecătorii aflați în minoritate au găsit că acest aspect pledează pentru privarea de libertate pentru că minorii erau deja aproape de adolescență (vârstele erau de 16, 12 și respectiv 8).

¹⁰² În *S v S* (Centre for Child Law as *Amicus Curiae*) 2011 (7) BCLR 740 (CC), inculpata în vârstă de 33 de ani, căsătorită și mamă a doi copii minori a fost condamnată de instanța de fond la 5 ani închisoare pentru săvârșirea unei tentative la înșelăciune și a unor infracțiuni de fals. Conform sentinței, după o perioadă de detenție, inculpata va deveni eligibilă pentru lăsarea în libertate sub supraveghere până la executarea completă a pedepsei. Inculpata a declarat apel împotriva sentinței, motivând că în aplicarea pedepsei nu s-a ținut cont de principiile stabilite în *S v M*, care ar fi impus alegerea unei pedepse cu lăsarea în libertate. Curtea Constituțională (în opinia majoritară) a respins apelul, făcând o distincție între situația de *S v M* și cazul current. Astfel, inculpata în *S v M* avea grija exclusivă a copiilor săi, pe cand în cazul current inculpata era casatorită iar soțul s-a arătat disponibil să aibă grija copiilor pe durata detenției inculpatei. Pentru a atenua efectele detenției asupra celor doi copii minori, instanța a dispus ca un asistent social să viziteze regulat familia, pentru a se asigura că copiii sunt îngrijiți adecvat (paragraful 66).

¹⁰³ Instanța a analizat în detaliu cum *in casu* o pedeapsă a închisorii ar afecta copiii inculpatei, menționând în acest context pericolul de a pierde locuința ca urmare a neplății ratelor bancare, lipsa mijloacelor de întreținere, reducerea calității îngrijirii de care copiii ar beneficia în cazul privării de libertate a mamei, faptul că copiii se aflau la o vârstă la care îndrumarea părintelui este foarte importantă.

¹⁰⁴ Vezi și Michael Freeman *op. cit.*

¹⁰⁵ Instanța a menționat că este greu de imaginat vreo acțiune guvernamentală care nu afectează copiii, fie în mod direct sau indirect (paragraful 25).

¹⁰⁶ Meda Couzens *op. cit.*

¹⁰⁷ De exemplu, amplasarea unui drum, a unui cinema, sau a unui birt.

¹⁰⁸ Secțiunea 36.

¹⁰⁹ Vezi *supra n. 33 și 34.*

¹¹⁰ În *S v S* (Centre for Child Law as *Amicus Curiae*) 2011 (7) BCLR 740 (CC), Curtea Constituțională a hotărât că aplicarea pedepsei cu închisoare pentru săvârșirea infracțiunilor de fals și tentativă la înșelăciune de către inculpata recidivistă, care locuia cu soțul și era mamă a doi copii minori (8 și 5 ani la data emiterii hotărârii) nu a adus atingere drepturilor copiilor. În acest caz, soțul inculpatei (și tatăl copiilor) a indicat

că va asuma îngrijirea copiilor câtă vreme inculpata va fi privată de libertate. În *S v Howells* 1999 (1) SACR 675 (C), instanța a hotărât că inculpata – divorțată și mamă a trei copii minori – poate fi condamnată numai la pedeapsa închisorii, având în vedere starea de recidivă, și scopul comiterii infracțiunii. Instanța a luat în considerare interesul copiilor și dreptul lor de a fi crescuți într-un mediu familial. Instanța a luat la cunostință cu regret faptul că minorii vor fi luați în grija statului, o situație care nu era de dorit. Cu toate acestea, instanța a considerat că interesul copiilor nu poate prevala în acest caz asupra intereselor societății de a pedepsi numărul crescut al infracțiunilor de corupție.

¹¹¹ *S v S* paragraful 67. În *S v Howells*, instanța a solicitat intervenția serviciilor de asistență socială, cărora le-a cerut să stabilească situația copiilor, să ia măsuri ca aceștia să fie îngrijiți în timpul absenței mamei, să asigure menținerea unui contact regulat și frecvent a copiilor cu mama lor, și să faciliteze reunificarea copiilor cu mama lor după eliberarea mamei (pg. 683C–F).

¹¹² *S v Howells*. Menținerea legăturilor personale constituie o măsură potrivită considerând faptul că rolul părinților include nu numai asigurarea celor necesare traiului minorilor, dar și oferirea de sprijin moral, sfaturi sau afecțiune care nu sunt incompatibile cu privarea de libertate a părintelui.

¹¹³ Secțiunea 8(1).

¹¹⁴ Este evident că există diferențe majore între sistemul juridic românesc și cel din Africa de Sud. Africa de Sud este o țară cu un sistem juridic care aparține familiei sistemului de drept de tip *common law*. În Africa de Sud controlul de constituționalitate se extinde nu numai la actele normative, ci și la activitatea organelor statului, inclusiv a instanțelor. Un element important al distincției dintre cele două sisteme de drept este constituționalizarea interesului superior al copilului în secțiunea 28(2) a Constituției Africii de Sud, care a avut o importanță determinantă în *S v M* prin aceea că instanțele aveau obligația să ia în considerare drepturile copilului și interesul său superior în actul de judecată.

¹¹⁵ Ioan Muraru, Nasty Marian Vlădoiu, Andrei Muraru și Siviu-Gabriel Barbu: *Contencios constitutional*, ed. Hamangiu, 2009 pg. 254. Această poziție este în conformitate cu art. 11 și 20 ale Constituției României.

¹¹⁶ Publicată în Monitorul Oficial nr.274 din 24.11.1995.

¹¹⁷ O altă problemă interesantă în dreptul românesc este ridicată de lipsa unui statut constituțional clar al principiului interesului superior al copilului. Conform art. 2 alin. 1 al Legii 272/2004, orice reglementări în domeniul respectării și promovării drepturilor copilului par să oblige legiuitorul precum și alte organe de stat să țină cont de interesul superior al copilului atunci când emit reglementări în domeniul de mai sus. Consecința acestei prevederi pare a fi că în procesul de legiferare în domeniul respectării și promovării drepturilor copilului, interesul superior al copilului trebuie respectat. Cu toate acestea, sancțiunea în cazul nerespectării acestui principiu de către legiuitor este neclară având în vedere că Curtea Constituțională nu poate exercita control de constituționalitate asupra unor asemenea legi decât în cazul în care Curtea va interpreta art. 49 alin. 1 al Constituției în așa fel încât acesta să includă principiul interesului superior al copilului.

¹¹⁸ Conform art. 74 alin. 1 lit.g al Codului Penal.

¹¹⁹ Articolul 74 alin. 2 din Codul Penal.

¹²⁰ Articolele 453 și 455 din Codul de procedură penală reactualizat.

¹²¹ *S v S*.

¹²² CEDO Cererea nr. 46.572/99, hotărârea din 28/09/2004 publicată în Monitorul Oficial, partea I, nr. 484 din 8 iunie 2005.

¹²³ *Sabou și Pârcălab împotriva României* paragraful 3. Instanța de fond l-a condamnat pe reclamant pentru infracțiunea de calomnie la o pedeapsă de 10 luni închisoare și la pedeapsa accesorie prevăzută de articolul 71 coroborat cu art. 64 din Codul penal, și anume interzicerea, pe timpul detenției, a dreptului la exercitarea profesiei, precum și a drepturilor părintești și a celor electorale (paragraful 16). Articolul 64(1) al Codului Penal în vigoare la acea dată prevedea că "Pedeapsa complimentară a

interzicerii unor drepturi constă în interzicerea unuia sau unora dintre următoarele drepturi: a) dreptul de a alege și de a fi ales în autoritățile publice sau în funcții electivă publice; b) dreptul de a ocupa o funcție implicând exercițiul autorității de stat; c) dreptul de a ocupa o funcție sau de a exercita o profesie de natura aceleia de care s-a folosit condamnatul pentru săvârșirea infracțiunii; d) drepturile părintești; e) dreptul de a fi tutore sau curator”. Articolul 71 prevedea că “(1) Pedepsa accesorie constă în interzicerea tuturor drepturilor prevăzute în art. 64. (2) Condamnarea la pedeapsa închisorii atrage de drept interzicerea drepturilor arătate în alineatul precedent din momentul în care hotărârea de condamnare a rămas definitivă și până la terminarea executării pedepsei, până la grațierea totală sau a restului de pedeapsă [...].”

¹²⁴ *Sabou și Pîrcălab împotriva României* paragraful 47.

¹²⁵ Actualul Cod penal nu mai prevede interzicerea automată a pedepsei accesorii a interzicerii drepturilor părintești pe durata pedepsei închisorii. A se vedea art. 65 alin.1 și alin. 2. lit. e Codul penal.

¹²⁶ Secțiunea 38(b) a Constituției Republicii Africa de Sud.

¹²⁷ *Centre for Child Law v Minister of Justice and Constitutional Development and Others* 2009 (6) SA 632 (CC).

¹²⁸ *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* 2002 (5) SA 721 (CC).

¹²⁹ *Centre For Child Law And Another V Minister Of Home Affairs And Others* 2005 (6) SA 50 (T).

¹³⁰ *Centre for Child Law and Others v MEC for Education, Gauteng, and Others* 2008 (1) SA 223 (T).

¹³¹ Articolul 2 alin. 1.

¹³² Articolul 2 alin. 3.

¹³³ Vezi partea a 2-a a acestui articol. Vezi și Meda Couzens *op. cit.* pentru o trecere în revistă a poziției în același sens a Comitetului ONU pentru drepturile copilului.

CONSIDERAȚII ASUPRA INTRĂRII ÎN VIGOARE A LEGII MATERIAL ȘI PROCESUAL FISCALE¹

Sergiu-Valentin GHERDAN*

Rezumat: *Prezentul studiu își propune să analizeze mecanismele specifice a intrării în vigoare a legii material și procesual fiscale, având în vedere existența unor dispoziții speciale care tratează expres aceste aspecte, cuprinse în art. 4 din Codul fiscal, respectiv în art. 3 din Codul de procedură fiscală, norme cărora poate prea puțini autori de specialitate le-au oferit atenția cuvenită.*

Materialul reprezintă o încercare a creionării regulilor trasate de aceste prevederi legale, discutându-se aplicabilitatea regulii promovării proiectului de modificare a Codului fiscal și a Codului de procedură fiscală cu 6 luni înainte de intrarea actului respectiv în vigoare și incidența regulii conform căreia orice modificare și completare a dreptului primar fiscal va intra în vigoare începând cu data de 1 ianuarie a anului următor adoptării. Totodată, s-a analizat și forța juridică a dispozițiilor art. 4 din Codul fiscal și a art. 3 din Codul de procedură fiscală, determinându-se situații în care aceste norme sunt susceptibile să producă efectele scontate de către legiuitor și, dimpotrivă, ipotezele în care acestea reprezintă realmente „litere moarte”. Nu în ultimul rând, s-a cercetat dacă aceste prevederi legale sunt susceptibile a fi considerate ca înglobând într-însele principiul european al încrederii legitime.

În egală măsură, s-a însușit și oferit o soluție de lege lata, inspirată din dreptul comparat, pentru a putea stopa practica legislativă caracterizată de o severă instabilitate, ca urmare a prea numeroaselor modificări intempestive a legislației fiscale în cursul exercițiului unui an fiscal, surprinzându-se astfel inocenții contribuabili.

Résumé: Considérations sur l'entrée en vigueur de la loi matérielle et processuelle fiscale. *La présente étude se propose d'analyser les mécanismes spécifiques générés par l'entrée en vigueur de la loi matérielle et processuelle fiscale, tenant compte de l'existence des certaines dispositions spéciales qui traitent expressément ces aspects, prévues à l'article 4 du Code fiscal, respectivement à l'article 3 du Code de procédure fiscale, des normes qui, peut-être, n'ont pas reçu l'attention méritée de la part des auteurs de spécialité.*

L'étude essaie de crayonner les règles tracées par ces dispositions légales, en discutant l'applicabilité de la règle concernant la promotion du projet de modification du Code fiscal et du Code de procédure fiscale six mois avant l'entrée en vigueur de cet acte normatif et l'incidence de la règle selon laquelle toute modification et tout complément du droit primaire fiscal doit entrer en vigueur le 1^{er} janvier de l'année suivant son adoption. En même temps, l'article analyse la force juridique des dispositions prévues à l'article 4 du Code fiscal et à l'article 3 du

Code de procédure fiscale, en identifiant des situations dans lesquelles ces normes sont susceptibles de produire les effets estimés par la loi et, par contre, les hypothèses dans lesquelles ces-ci représentent des vraies „lettres mortes”. Dernièrement, l'article examine si les dispositions légales en cause sont susceptibles d'être considérées en tant qu'englobant le principe européen de la confiance légitime.

En plus, l'étude s'approprie et propose une solution de lege lata, inspirée du droit comparé, afin de stopper la pratique législative caractérisée par une sévère instabilité, à cause des nombreuses modifications intempestives de la législation fiscale pendant l'exercice d'une année fiscale, en surprenant ainsi les contribuables innocents.

Abstract: *This study seeks to analyse some specific issues pertaining the mechanism of commencement of the material and procedural fiscal law, starting from some particularly influential special provisions contained in art. 4 of the Fiscal Code and art. 3 of the Fiscal Procedure Code respectively – provisions that have been rather neglected by the specialist literature.*

The paper attempts to delineate the rules of the aforementioned legal provisions by discussing the applicability of the rule by which a project that modifies the Fiscal Code or the Fiscal Procedure Code must be promoted 6 months before it enters into force. The study also examines the adequacy of the subsequent rule by which any change or addition in the fiscal law takes effect starting with the 1st of January of the following year. At the same time, the legal force of the stipulations incurred by art. 4 of Fiscal Code and art. 3 of the Fiscal Procedure Code have been examined, and situations in which these norms may produce legal effect and also the circumstances that make them ineffective were identified. Lastly, these legal provisions have been closely looked at to determine if they incorporate the European principle of legitimate expectations.

In particular, a solution de lege lata has been offered, inspired by the comparative law, meant to stop the legal practice that has become extremely unstable due to a huge amount of unforeseen changes that take effect during the fiscal year, thus surprising the innocent tax payers unaware most of the time.

Cuvinte-cheie: drept material fiscal; drept procesual fiscal; ordonanțe de guvern; ordonanțe de urgență; principiul încrederii legitime; vacatio legis; preeminența dreptului; neconstituționalitate.

Mots clés: droit matériel fiscal; droit processuel fiscal; ordonnance de gouvernement; ordonnance d'urgence; principe de la confiance légitime; vacatio legis; prééminence du droit; inconstitutionnalité.

Keywords: material fiscal law; procedure fiscal law; government ordinance; emergency ordinance; legitimate *expectations* principle; vacatio legis; rule of law; unconstitutionality.

1. Introducere. Anul 2003 reprezintă un punct de reper în materia dreptului material și procesual fiscal, în cursul acestuia fiind adoptate atât actualul Cod fiscal², cât și actualul Cod de Procedură fiscală³.

Dreptului primar fiscal, caracterizat anterior adoptării acestor acte normative printr-o instabilitate severă ca urmare a prea numeroaselor modificări legislative⁴, s-a încercat a i se aduce un corectiv, legiuitorul trasând în cuprinsul ambelor acte normative anumite reguli privitoare la intrarea în vigoare a legii material ori procesual fiscale.

Astfel, art. 4 Cod fiscal, cu denumirea marginală „modificarea și completarea Codului fiscal” arată că „(1) Prezentul cod se modifică și se completează numai prin lege, promovată, de regulă, cu 6 luni înainte de data intrării în vigoare a acesteia; (2) Orice modificare sau completare la prezentul cod intră în vigoare cu începere din prima zi a anului următor celui în care a fost adoptată prin lege”, formulare identică regăsită în cuprinsul art. 3 al Codului de procedură fiscală⁵.

Așadar, ambele acte normative formulează anumite principii în ceea ce privește problematica modificării Codului fiscal ori a celui de procedură fiscală⁶ ce pot fi rezumate astfel:

a) orice modificare sau completare a Codului fiscal ori a Codului de procedură fiscală poate fi efectuată „numai prin lege”;

b) legea de modificare sau completare a acestor acte normative trebuie promovată, de regulă, cu cel puțin 6 luni înainte de data intrării acesteia în vigoare;

c) legea de modificare ori completare este necesar a intra în vigoare cu începere din prima zi a anului următor celui în care a fost adoptată prin lege.

Din păcate, practica legislativă relevă faptul că aceste deziderate sunt nesocotite atât de către Parlament, prin intermediul activității de legiferare întreprinse de acesta, precum și de către Guvern, acest din urmă organ uzând, în special, de numeroase ordonanțe de urgență pentru a modifica ori completa cele doua acte normative amintite. De altfel, de la intrarea sa în vigoare, Codul fiscal a suferit peste 90 de modificări⁷, în timp ce Codul de procedură fiscală a fost modificat și completat în „doar” 46 de cazuri⁸, lucru care i-a determinat pe unii autori să constate existența unui veritabil haos fiscal⁹. Din prea dese modificări ale acestor acte normative, exemplele în care art. 4 C. fisc., respectiv art. 3 C. pr. fisc. au fost respectate *întru totul* de către legiuitor sunt absolut inexistente.

2. Rațiune. Art. 4 C. fisc. și art. 3 C. pr. fisc. reprezintă materializarea principiului *certitudinii* fiscale, exprimând necesitatea asigurării unei stabilități legislative¹⁰ în ceea ce privește domeniul dreptului fiscal. Datorită consecințelor patrimoniale însemnate care se pot răsfrânge asupra contribuabililor, s-a dorit ca orice măsură care ar avea drept efect completarea ori modificarea Codului fiscal ori a celui de procedură fiscală

să fie supusă unei publicități corespunzătoare încă dinainte de momentul producerii efectelor unei astfel de măsuri, prin obligativitatea promovării proiectului de lege cu cel puțin 6 luni anterior intrării actului normativ în vigoare.

În al doilea rând, deschisă fiind încă dinainte de anul 2003 „hemoragia”¹¹ ordonanțelor de urgență¹², legiuitorul celor două acte normative fiscale a impus modificarea ori completarea acestora „numai prin lege”, pentru a da forță prevederilor art. 61 din Constituția României republicată¹³, presupunând că doar Parlamentul, în calitatea sa de „unică autoritate legiuitoare”¹⁴ [art. 61 Constituția României, republicată], este îndrituit a interveni în domeniul dreptului fiscal primar, pornindu-se de la premisa că proiectele de lege adoptate de către acest organ sunt supuse unei analize mai atente în comparație cu actele normative aparținând Guvernului.

În al treilea rând, prin statuarea necesității ca orice modificare a acestor două acte normative să producă efecte cu începere de la data de 1 ianuarie a anului următor s-a dorit a se evita crearea unei incertitudini fiscale¹⁵ determinate de instabilitatea legislativă ce s-ar naște prin modificarea normelor aplicabile contribuabililor în timpul exercițiului unui an fiscal.

Toate aceste măsuri au drept scop final asigurarea unei sarcini a contribuabilului cu un caracter clar, transparent și precis, pentru ca acesta să poată cunoaște fără ambiguitate drepturile și obligațiile sale și să dispună în consecință¹⁶.

§ 1. Orice modificare sau completare a Codului fiscal ori a Codului de procedură fiscală poate fi efectuată numai prin lege

3. *Modificarea Codului fiscal ori a celui de procedură fiscală „numai prin lege”.*
4. *Modificarea ori completarea C. fisc./C. pr. fisc. prin intermediu ordonanțelor de guvern*
5. *Modificarea ori completarea C. fisc./C. pr. fisc. prin intermediu ordonanțelor de urgență.*
6. *Observație.*

3. Modificarea Codului fiscal ori a celui de procedură fiscală „numai prin lege”.

Modificarea acestor acte normative nu trebuie confundată cu adoptarea, modificarea ori completarea legislației secundare emisă în aplicarea Codului fiscal ori a celui de procedură fiscală (Hotărâri de Guvern, norme metodologice, ordine și instrucțiuni ministeriale etc.)¹⁷. Pe de altă parte, în ceea ce privește situațiile în care însăși legiuitorul permite modificarea acestor coduri prin alte norme decât legile (ca de exemplu art. 176 C. fisc. ori art. 292 C. fisc., prevederi care permit modificarea Codului fiscal și prin intermediul Hotărârilor de Guvern), respectivul mandat de legiferare acordat organului executiv, constituind o derogare de la principiul modificării Codului fiscal numai prin lege, determină posibilitatea Guvernului de a interveni în domeniul normelor dreptului fiscal prin intermediul unor acte normative cu forță inferioară legii¹⁸.

O discuție suscitată de textul art. 4, alin. (1) C. fisc., respectiv art. 3, alin. (1) C. pr. fisc. este aceea a posibilității modificării ori completării acestor acte normative prin intermediul unor ordonanțe de urgență ori a unor ordonanțe de guvern.

În principiu, din punct de vedere strict teoretic, considerăm că acest lucru este posibil¹⁹ (*infra*, nr. 4-5).

4. Modificarea ori completarea C. fisc./C. pr. fisc. prin intermediu ordonanțelor de guvern. Cât timp domeniul fiscal nu este rezervat legilor organice, interdicția adoptării unei legi de abilitare a Guvernului în această materie nu subzistă [art. 115, alin. (1) Constituția României, republicată²⁰].

Intervenția executivului asupra Codului fiscal ori a celui de procedură fiscală prin intermediul ordonanțelor de Guvern este posibilă doar dacă sunt respectate condițiile, deopotrivă de fond și de formă ale delegării legislative. Astfel, este necesar ca domeniul pentru care s-a dat delegarea să fie expres calificat ca domeniu rezervat legii ori în acesta să fie intervenit deja o reglementare prin lege²¹ (condiție îndeplinită în ceea ce privește dreptul material și procedural fiscal) fiind necesară stabilirea expresă prin legea de abilitare a domeniului și a datei până la care se pot emite ordonanțe²² [art. 115, alin. (2) Constituția României, republicată]²³.

În concluzie, de la prevederile art. 4 C. fisc. și art. 3 C. pr. fisc. – dispoziții normative având forța juridică a unor legi ordinare – este posibilă derogarea tot prin intermediul unei astfel de norme²⁴, modificarea ori completarea acestor coduri putând fi, atât din punct de vedere teoretic cât și practic, efectuată prin intermediul unor ordonanțe de guvern²⁵.

5. Modificarea ori completarea C. fisc./C. pr. fisc. prin intermediu ordonanțelor de urgență. În egală măsură, cât timp sunt respectate dispozițiile art. 115, alin. (4), (5) și (6) Constituția României²⁶, o ordonanță de urgență ar putea determina modificarea ori completarea Codului fiscal ori a celui de procedură fiscală.

După cum s-a subliniat și în doctrină²⁷, principalul impediment al legiferării prin intermediul ordonanțelor de urgență este reprezentat de identificarea unei „situații extraordinare a cărei reglementare nu poate fi amânată”²⁸ [art. 115, alin. (4), teza I din Constituția României, republicată], Guvernul având obligația de a motiva urgența²⁹ în cuprinsul actului normativ³⁰.

Complicitatea Curții Constituționale în aprecierea debordant de largă a „situațiilor excepționale” care să determine posibilitatea legiferării prin intermediul ordonanțelor de urgență a determinat ca această formă de legiuire să devină din excepție, o veritabilă regulă³¹. De altfel, instanța de contencios constituțional nu a constatat până în prezent, în nici una din ipostazele celor 59 de modificări și completări

ale Codului fiscal ori a Codului de procedură fiscală prin ordonanțe de urgență, neconstituționalitatea unui astfel de act normativ ca urmare a lipsei unei situații exorbitante³² care să deschidă posibilitatea adoptării respectivelor ordonanțe³³.

De aceea, deși posibilă strict din punct de vedere teoretic, adoptarea ordonanțelor de urgență în materia dreptului fiscal ar trebui să aibă, din punct de vedere practic, o cadență extrem de rară, direct proporțională cu existența unor situații extraordinare, nesusceptibile de amânare. Așadar, în ciuda posibilității modificării Codului fiscal sau a Codului de procedură fiscală prin intermediul ordonanțelor de urgență, din punct de vedere practic o astfel de intervenție ar presupune respectarea unor condiții riguroase dificil de întrunit. În măsura în care Curtea Constituțională și-ar exercita cu conștiinciozitate rolul de „garant al supremației Constituției” [art. 142, alin. (1) Constituția României, republicată] intervenția Guvernului în materia dreptului fiscal prin adoptarea unor ordonanțe de urgență ar fi limitată drastic la ipotezele, extrem de puține la număr, în care ar fi îndeplinită condiția urgenței [art. 115, alin. (4) Constituția României, republicată], doar în aceste circumstanțe asemenea ordonanțe de „urgență” găsindu-și legitimitate constituțională.

6. Observație. Subscriem la opinia exprimată în doctrină³⁴ conform căreia, deși intervenția Guvernului în materie fiscală este posibilă dintr-un punct de vedere strict teoretic, atât prin intermediul ordonanțelor de guvern ori pe calea adoptării ordonanțelor de urgență, această ingerință este *indezirabilă*, practica legislativă arătând că, de cele mai multe ori, conținutul unei ordonanțe este modificat radical prin legea de aprobare. Ba chiar mai periculos, o ordonanță intrată în vigoare poate fi respinsă prin lege de către Parlament, situație care pune problema delicată a efectelor juridice produse pe perioada de aplicare a ordonanței³⁵ [art. 115, alin. (8) Constituția României, republicată]³⁶, existând chiar ipoteze concrete³⁷ în care două ordonanțe de urgență au modificat succesiv legislația fiscală, iar Parlamentul a decis să se pronunțe asupra acestora printr-o singură lege, preluând textele dintr-o ordonanță ca amendamente la cealaltă ordonanță³⁸!

După cum expresiv se arată, aceste situații „nu fac decât să genereze incertitudine și instabilitate într-un domeniu ale cărui repere ar trebui să fie certitudinea și stabilitatea pe termen lung”³⁹.

§ 2. Legea de modificare sau completare a Codului fiscal sau a Codului de procedură fiscală trebuie promovată, de regulă, cu cel puțin 6 luni înainte de data intrării acesteia în vigoare

7. *Promovarea proiectului de lege cu cel puțin 6 luni înainte de data intrării în vigoare a legii. Regulă. 8. Derogare. 9. Derogare. Continuare. 10. Observație.*

7. Promovarea proiectului de lege cu cel puțin 6 luni înainte de data intrării în vigoare. Regulă. În considerarea necesității existenței unei transparențe normative fiscale care să determine posibilitatea contribuabililor de a se informa din timp în legătură cu *intenția* legislativului de a modifica normele dreptului primar fiscal, redactorii Codului fiscal și a Codului de procedură fiscală au dorit să accentueze necesitatea promovării proiectului ori a propunerii legislative de completare ori modificare a acestor acte cu cel puțin 6 luni înainte de intrarea în vigoare a unui asemenea act.

Inserând sintagma „de regulă” în cuprinsul textelor de lege sus-amintite, legiuitorul a dorit să precizeze *expressis verbis* că o derogare de la acest principiu este posibilă.

8. Derogare. Dintr-un punct de vedere riguros teoretic, chiar și în eventualitatea absenței existenței sintagmei „de regulă” în cuprinsul textelor art. 4, alin. (1) C. fisc. și art. 3, alin. (1) C. pr. fisc., considerăm că ar fi fost posibilă derogarea de la aceste prevederi legale, orice alt act normativ cu forță juridică cel puțin egală cu a Codului fiscal ori a Codului de procedură fiscală putându-se abate de la normele cuprinse în cele două coduri⁴⁰. Ne întemeiem această afirmație pe considerentul că un astfel de act normativ care modifică, completează ori derogă de la aceste coduri nu este obligat la supunere față de vreunul din acestea din urmă; atât cele două coduri, pe de o parte, cât și actul modificator, pe de altă parte, sunt plasate pe același palier al piramidei ierarhiei forței juridice a actelor normative⁴¹, căci o lege ordinară care modifică/completează/derogă de la dispozițiile Codului fiscal ori a celui de procedură fiscală⁴² are „obligație de conformitate” doar în raport cu legea fundamentală, între prevederile a două legi ordinare neputând exista raporturi de subordonare.

Prin urmare, orice prevedere cuprinsă într-un act normativ având cel puțin forța juridică unei legi ordinare poate să deroge⁴³ de la dispozițiile Codului fiscal ori a Codului de procedură fiscală care impun promovarea proiectului de lege cu 6 luni înainte de data intrării în vigoare a actului de modificare ori completare.

9. Derogare. Continuare. Asupra acestui punct de vedere s-ar putea totuși obiecta, cel puțin în raport de dispozițiile Codului fiscal, căci art. 1, alin. (3) al acestui act normativ arată că „în materie fiscală, dispozițiile prezentului cod *prevalează* (s.n. – S.G.) asupra oricăror alte prevederi din alte acte normative, în caz de conflict între acestea aplicându-se dispozițiile Codului fiscal”. Deși prin această dispoziție legală s-a dorit plasarea Codului fiscal pe un pedestal, ca reglementare supremă în domeniul fiscalității⁴⁴, în ceea ce ne privește opinăm că acest lucru este imposibil de realizat întru totul, cel puțin nu prin intermediul unei legi ordinare.

Apreciem că, în egală măsură, observația de mai sus (*supra*, nr. 8) își păstrează valabilitatea. Astfel, cum Codul fiscal este adoptat printr-o lege ordinară, prin adoptarea unui act normativ ulterior având tot forța juridică a unei legi ordinare se poate deroga, expres sau implicit⁴⁵, de la dispozițiile acestui cod⁴⁶. Pentru aceste motive, în situația în care Parlamentul adoptă o lege de modificare a Codului fiscal cu nerespectarea regulii promovării proiectului de lege cu cel puțin 6 luni înainte de data intrării în vigoare a acestuia ori cu nerespectarea regulii intrării acestui act în vigoare la data de 1 ianuarie a anului următor modificării efectuate⁴⁷, o astfel de conduită reprezintă cel puțin o derogare implicită de la prevederile art. 4 C. fisc., neputându-se susține „prevalența” dispozițiilor Codului fiscal asupra legii⁴⁸ ulterioare⁴⁹.

În concluzie, raportându-ne strict la ipoteza modificării Codului fiscal ori a celui de procedură fiscală prin intermediul actelor normative având cel puțin forța legii ordinare, am putea fi înclinați să concluzionăm că prevederile alin. (1) al art. 4 C. fisc., respectiv alin. (1) al art. 3 C. pr. fisc. ar fi *inutile*, nu neapărat datorită faptului că ar conține sintagma „de regulă”, ci deoarece, chiar și în lipsa acesteia, ar fi fost aparent lipsite de orice forță juridică⁵⁰; un act normativ (având cel puțin forța legii ordinare) care nu ține cont de art. 4, alin. (1) C. fisc. ori de art. 3, alin. (1) C. pr. fisc. derogă implicit, prin această ignorare, de la acestea⁵¹.

10. Observație. Distinct de cele discutate mai sus (*supra*, nr. 7-9) formularea art. 4, alin. (1) C. fisc. respectiv a art. 3, alin. (1) C. pr. fisc., întărește și observațiile noastre referitor la caracterul nu doar indezirabil, ci practic quasi-imposibil al legiferării prin intermediul ordonanțelor de urgență în materia dreptului fiscal, datorită existenței *rarisime* a unor situații caracterizate în mod verosimil ca fiind „excepționale” (*supra*, nr. 5 și 6) care să deschidă posibilitatea adoptării unei ordonanțe de urgență în concordanță cu dispozițiile constituționale în materie. Formularea art. 3, alin. (1) C. pr. fisc. și a art. 4, alin. (1) C. fisc. ne arată că același punct de vedere l-au avut și redactorii acestor coduri, căci instituind „recomandarea” promovării proiectului de modificare sau completare a Codului fiscal ori a celui de procedură fiscală cu 6 luni înainte de momentul intrării acestuia în vigoare [art. 4, alin. (1) C. fisc; art. 3, alin. (1) C. pr. fisc.], redactorii actelor normative au realizat că devine aproape imposibil din punct de vedere practic ca o ordonanță de urgență să se alinieze acestei „recomandări”. Dezbaterea timp de 6 luni a unui proiect al unei ordonanțe de urgență ori stabilirea momentului intrării acesteia în vigoare peste mai multe luni de la momentul publicării în Monitorul Oficial, în vederea respectării „recomandării” enunțate de art. 4, alin. (1) C. fisc. respectiv art. 3, alin. (1) C. pr. fisc., ar releva într-o manieră irefutabilă lipsa urgenței adoptării unui astfel de act normativ.

Absența unei „situații extraordinare a cărei reglementare nu poate fi amânată” ar trebui să determine Curtea Constituțională, sesizată în acest sens, să pronunțe neconstituționalitatea unei astfel de ordonanțe de urgență pentru transgresarea art. 115, alin. (4) a Constituției României, republicate (*supra*, nr. 5).

§ 3. Legea de modificare sau completare a Codului fiscal sau a Codului de procedură fiscală intră în vigoare cu începere din prima zi a anului următor celui în care a fost adoptată

11. Orice modificare sau completare intră în vigoare cu începere din prima zi a anului următor adoptării sale. 12. Susțineri doctrinare. 13. Rezerve față de aceste susțineri. Argumente. 14. Interogație

11. Orice modificare sau completare intră în vigoare cu începere din prima zi a anului următor adoptării sale. Art. 4, alin. (2) C. fisc., respectiv art. 3, alin. (2) C. pr. fisc. arată că „orice modificare sau completare la prezentul cod intră în vigoare cu începere din prima zi a anului următor celui în care a fost adoptată prin lege”, respectiv începând cu data de 1 ianuarie a anului ulterior adoptării.

Rațiunea existenței acestei dispoziții este reprezentată de necesitatea stabilirii cu claritate a exigențelor fiscale pe care contribuabilii trebuie să le respecte⁵², în special urmărindu-se evitarea modificării prevederilor Codului fiscal ori a celui de procedură fiscală în cursul exercițiului unui an fiscal, spre a asigura contribuabililor un climat de previzibilitate pe tot parcursul perioadei respective.

12. Susțineri doctrinare. Unii autori au subliniat că, în ceea ce privește art. 3, alin. (2) C. pr. fisc. „dispozițiile referitoare la data intrării în vigoare a modificărilor aduse Codului de procedură fiscală au vocație generală de aplicare, ele urmând a fi avute în vedere ori de câte ori actul normativ modificator nu conține prevederi exprese derogatorii sub acest aspect”⁵³.

Conținutul art. 4, alin. (2) C. fisc. i-a determinat pe alți autori să denumească „regula” intrării în vigoare a actului care modifică ori completează Codul fiscal cu începere din prima zi a anului următor adoptării ca fiind o „regulă absolută”⁵⁴, susținându-se în continuare acestui punct de vedere că, pentru ca o lege ori o ordonanță (simplă sau de urgență) să intre în vigoare anterior datei de 1 ianuarie a anului următor adoptării sale ar fi necesară formularea unei derogări exprese de la art. 4, alin. (2) C. pr. fisc.⁵⁵

13. Rezerve față de aceste susțineri. Argumente. În ceea ce privește aserțiunea conform căreia dispozițiile referitoare la data intrării în vigoare a modificărilor aduse Codului de procedură fiscală „au vocație generală de aplicare, ele urmând a fi avute în

vedere ori de câte ori actul normativ modificator nu conține prevederi exprese derogatorii sub acest aspect”⁵⁶ apreciem că acest punct de vedere nu poate fi acceptat, în raport de art. 78 din Constituția României, republicată. Astfel, dispozițiile legii fundamentale arată că legea promulgată de către Președintele României intră în vigoare fie (1) la 3 zile de la publicarea acesteia în Monitorul Oficial ori (2) la o dată ulterioară prevăzută în *textul* acesteia, în timp ce ordonanțele de urgență intră în vigoare la data publicării acestora în Monitorul Oficial, sub rezerva depunerii spre dezbateră la Camera parlamentară competentă a fi sesizată [art. 115, alin. (5), teza I din Constituția României, republicată]. Afirmatia autorului citat n-ar putea fi validată, căci dispozițiile cuprinse în Codul fiscal ori în Codul de procedură fiscală nu pot genera transgresarea normelor constituționale referitoare la momentul incipient al producerii de efecte a unui act normativ. Prin urmare, considerăm că alin. (2) al art. 4 C. fisc., respectiv alin. (2) al art. 3 C. pr. fisc. prezintă probleme de constituționalitate în raport de art. 78 și art. 115, alin. (5) a legii fundamentale, căci respectivele prevederi cuprinse în Codul fiscal și în Codul de procedură fiscală reglementează în genere problematica intrării în vigoare a actelor normative în materia dreptului primar fiscal, instituind reguli paralele și în contradicție cu cele cuprinse în Constituția României⁵⁷.

În al doilea rând, regula intrării în vigoare a legii material ori procesual fiscale cu începere din prima zi a anului următor celui în care a fost adoptată nu poate fi numită, din punct de vedere terminologic, o „regulă absolută”, căci cât timp o „regulă” poate prezenta „derogări”⁵⁸ aceasta nu-și merită atributul de „absolut”.

Nu în ultimul rând, lăsând la o parte discuția referitoare la constituționalitatea acestor norme fiscale, avem rezerve și în raport de opinia conform căreia ar fi posibil a se deroga de la prevederile art. 4, alin. (2) C. fisc. [și implicit, de la art. 3, alin. (2) C. pr. fisc.] doar în mod *expres*⁵⁹. Chiar pornind de la premisa constituționalității acestor prevederi aparținând dreptului fiscal, considerăm că este posibilă derogarea *implicită* de la dispozițiile art. 4, alin. (2) C. fisc. ori art. 3, alin. (2) C. pr. fisc, legiuitorul putând interveni în domeniul reglementat de aceste coduri modificându-le ori completându-le printr-un act juridic având cel puțin forța legii ordinare care nu conține mențiuni referitoare la data intrării acesteia în vigoare. O astfel de derogare *implicită* a legiuitorului de la respectivele dispoziții cuprinse în Codul fiscal sau în Codul de procedură fiscală este posibilă, căci între acte normative având forța juridică a unor legi ordinare⁶⁰ nu pot fi stabilite raporturi de subordonare⁶¹ (*supra*, nr. 8). Într-o atare ipoteză, actul care modifică ori completează Codul fiscal ori Codul de procedură fiscală va intra în vigoare nu „cu începere din prima zi a anului următor” adoptării acestuia, ci în 3 zile de la data publicării sale în Monitorul Oficial [art. 78 din Constituția României, republicată].

14. Interogație. Să fie, așadar, atât alin. (1) a art. 4 C. fisc. și a art. 3 C. pr. fisc., cât și alin. (2) a art. 4 C. fisc., respectiv a art. 3 C. pr. fisc., prevederi lipsite de orice rațiune, care nu produc nici un fel de efecte juridice, constituind simple „deziderate legiferate”?

§ 4. Analiza art. 4 al Codului fiscal și a art. 3 al Codului de procedură fiscală.

15. Utilitatea art. 4, alin. (1) C. fisc. și a art. 3, alin. (1) C. pr. fisc. 16. Utilitatea art. 4, alin. (2) C. fisc. și a art. 3, alin. (2) C. pr. fisc. 17. Principiul încrederii legitime. 18. Analiza rațiunii, sensului a art. 4, alin. (1), teza a II-a și a alin. (2) C. fisc., respectiv a art. 3, alin. (1), teza a II-a și alin. (2) C. pr. fisc. Forța lor juridică. 19. Concluzii.

15. Utilitatea art. 4, alin. (1) C. fisc. și a art. 3, alin. (1) C. pr. fisc. După cum am subliniat anterior, art. 4, alin. (1) C. fisc., respectiv art. 3, alin. (1) C. pr. fisc. ar apărea oarecum ca fiind lipsite de orice aplicabilitate cât timp un act normativ având cel puțin forța juridică a legii ordinare din urmă va putea deroga de la acestea, fie expres, fie implicit (*supra*, nr. 8-9).

Deși, într-adevăr, în cazurile în care domeniul fiscal este modificat prin acte normative având cel puțin forța legii ordinare, prevederile art. 4, alin. (1) C. fisc. și a art. 3, alin. (1) C. pr. fisc. vor fi lipsite de orice efecte, totuși situația nu se va prezenta întotdeauna astfel, putând fi identificate ipoteze în care aceste norme juridice capătă aplicabilitate. Ne referim, în special, la dispozițiile art. 292, alin. (3) C. fisc., unde legiuitorul acestui act normativ a conferit un mandat de legiferare în materie fiscală Guvernului, acesta fiind îndrituit a modifica nivelul taxei asupra mijloacelor de transport prevăzută de art. 263, alin. (4) și alin. (5) C. fisc. prin intermediul unei hotărâri guvernamentale⁶².

O astfel de Hotărâre de Guvern, act administrativ prin definiție⁶³ emis în baza și pentru organizarea executării legii [art. 108 Constituția României, republicată], are îndatorirea de a respecta actele normative cu forță juridică superioară acestuia⁶⁴. Cum un act normativ având forța legii ordinare, asemenea Codului fiscal ori a celui de procedură fiscală, se situează pe un palier superior al piramidei forței juridice față de hotărârile guvernamentale, rezultă că acestea din urmă au îndatorirea de a se subordona legilor. Concluzionând, Hotărârea de Guvern care va modifica nivelul taxei asupra mijloacelor de transport prevăzute de art. 264, alin. (4) și alin. (5) C. fisc. va trebui să respecte exigențele art. 3, alin. (1) C. pr. fisc. și a art. 4, alin. (1) C. fisc., fiind necesară promovarea proiectului de modificare a acestui act normativ cu 6 luni înainte de data intrării în vigoare a hotărârii guvernamentale⁶⁵. În situația în care acest termen nu este respectat, se poate pune problema nulității Hotărârii de Guvern, viciu care poate fi constatat de către instanța de contencios administrativ competentă⁶⁶.

Art. 4, alin. (1) C. fisc. arată faptul că orice proiect al unei intervenții asupra Codului fiscal trebuie promovat „de regulă” cu 6 luni înainte de momentul intrării acestuia în vigoare. Așadar, *per a contrario* rezultă că o derogare de la „regulă” este posibilă (*supra*, nr. 7), Guvernul având însă obligația de a arăta și motiva temeinic rațiunile care au determinat încălcarea regulii respective⁶⁷.

Suntem de părere că prerogativa analizării motivelor care determină abaterea de la regula instituită de art. 4, alin. (1) C. fisc. aparține instanței de contencios administrativ, aceasta trebuind, în măsura în care constată că nu există o motivație temeinic justificată care să legitimeze încălcarea *regulii* promovării proiectului de hotărâre guvernamentală cu 6 luni înainte de data intrării acestuia în vigoare, să cenzureze o astfel de intervenție inoportună a executivului în domeniul material fiscal, constatând *nulitatea* Hotărârii de Guvern ca urmare a exercitării abuzive de către administrație a puterii de apreciere pe care o are asupra situațiilor care ar putea determina o derogare de la regula instituită de art. 4, alin. (1) C. fisc.⁶⁸. Împărtășirea soluției contrare, aceea a sustragerii instanței de contencios administrativ a acestor prerogative de control asupra motivelor care să justifice derogarea de la regula instituită de art. 4, alin. (1) C. fisc., ar oferi posibilitatea Guvernului ca, fără a fi pasibil de vreo sancțiune, să transforme „excepția” promovării proiectului de lege cu 6 luni înainte de data intrării acestuia în vigoare într-o adevărată „regulă”, lucru nepermis de textul legii, care impune contrariul (regula să fie promovarea proiectului de modificare/completare a Codului fiscal cu cel puțin 6 luni înainte de intrarea acestui proiect în vigoare, excepția fiind situația în care termenul între cele două momente este mai scurt de 6 luni).

Considerăm că lipsa motivării promovării unui proiect de Hotărâre de Guvern cu mai puțin de 6 luni înainte de data intrării acestui act în vigoare este de natură să atragă, în toate cazurile, nulitatea unei astfel de hotărâri guvernamentale, deoarece instanței de contencios administrativ îi este sustrasă, prin acest procedeu, posibilitatea de a evalua existența unui *exces de putere* al administrației, căci motivele pentru care aceasta din urmă a decis să nu respecte „regula” instituită de art. 4, alin. (1) C. fisc. nu pot fi identificate prin elemente intrinseci respectivei hotărâri guvernamentale.

În concluzie, art. 4, alin. (1) C. fisc. și art. 3, alin. (1) C. pr. fisc. nu pot trasa anumite „reguli” care să se impună în fața unor acte normative care dețin cel puțin forță juridică egală cu a acestora, respectiv forța unei legi ordinare. Cu toate acestea, aceste dispoziții se impun a fi respectate ori de câte ori este posibilă intervenția în domeniul material și procesual fiscal prin acte normative având forță inferioară legii, căci actele *secundum legem* sunt obligate să respecte actele normative superioare lor.

16. Utilitatea art. 4, alin. (2) C. fisc. și a art. 3, alin. (2) C. pr. fisc. *Mutatis mutandis*, considerăm cele subliniate mai sus (*supra*, nr. 15) ca fiind pe deplin valabile și în ceea ce privește dispozițiile art. 4, alin. (2) C. fisc., respectiv art. 3, alin. (2) C. pr. fisc.

În măsura în care aceste coduri sunt completate ori modificate, în temeiul unui mandat de legiferare în acest sens, prin acte normative cu forță inferioară legii (e.g. Hotărâri de Guvern, ordine ministeriale etc.), aceste acte *secundum legem* sunt nevoite a respecta întocmai actele normative plasate deasupra lor în interiorul ierarhiei piramidale a forței juridice a actelor normative. Astfel, spre exemplu, o Hotărâre de Guvern, emisă pentru organizarea executării legilor [art. 108, alin. (2) Constituția României, republicată] trebuie să se alinieze normelor juridice cu forță juridică superioară acesteia, din această categorie făcând parte și prevederile art. 4, alin. (2) C. fisc., respectiv art. 3, alin. (2) C. pr. fisc. În exemplul oferit, respectiva Hotărâre de Guvern trebuie să respecte data intrării în vigoare pretinsă de aceste norme juridice fiscale, fiind obligatorie intrarea actului *secundum legem* în vigoare „cu începere din prima zi a anului următor celui în care a fost adoptată”⁶⁹, sub sancțiunea nulității acestuia, sancțiune a cărei competență de constatare aparține instanței de contencios administrativ.

17. Principiul european al încrederii legitime. Regulile stabilite prin art. 4, alin. (2) C. fisc. și art. 3, alin. (2) C. pr. fisc. urmăresc, după s-a mai subliniat anterior, să asigure certitudine în materie fiscală, necesară în vederea stabilirii cu claritate a exigențelor fiscale la care contribuabilii trebuie să se alinieze (*supra*, nr. 11). Dacă legiuitorul ar respecta dispozițiile acestor norme fiscale, dreptul fiscal, sufocat de prea dese modificări legislative intervenite în cursul exercițiului anului fiscal, ar suferi o decongestionare benefică pentru toate părțile raportului juridic fiscal, deopotrivă contribuabili și organe fiscale⁷⁰.

Astfel, în măsura în care orice modificare sau completare a Codului fiscal ori a Codului de procedură fiscală s-ar realiza printr-un proiect de act normativ promovat cu 6 luni înainte de data intrării sale în vigoare, iar acest din urmă moment n-ar surveni mai devreme de prima zi a anului următor celui în care s-a adoptat proiectul respectiv, s-ar asigura un veritabil climat de stabilitate fiscală.

Dezideratul urmărit de către redactorii Codului fiscal și a Codului de procedură fiscală seamănă, până aproape de identificare, cu un principiu aparținând dreptului unional, respectiv *principiul încrederii legitime*.

În esență, acest principiu constituie expresia necesității „încrederii pe care trebuie să o aibă cetățenii în menținerea normelor juridice în vigoare de către autorități”⁷¹, determinând, *inter alia* și asigurarea principiului respectării drepturilor dobândite⁷². Principiul încrederii legitime nu este afirmat în mod expres în cuprinsul vreunui act aparținând dreptului european, ci reprezintă o creație jurisprudențială a Curții de Justiție

a Uniunii Europene⁷³, preluată în mod conform și de către Tribunalul de Primă Instanță. Instanța de la Luxembourg, garantul respectării principiului încrederii legitime, a statuat în numeroase rânduri faptul că acest principiu este parte componentă⁷⁴ a ordinii juridice unionale⁷⁵.

Domeniul de aplicabilitate a principiului încrederii legitime se circumscrie ipotezei în care o anumită persoană s-a încrezut în mod *legitim*⁷⁶ într-o anumită reglementare⁷⁷, adaptându-și conduita și creându-și speranțe *legitime* în temeiul acesteia, așteptări care au fost brutalizate prin modificarea intempestivă a acestei reglementări, măsură ce afectează drepturile și interesele legitime ale persoanei respective⁷⁸. Cu alte cuvinte, pentru a nu genera o problemă în raport de principiul încrederii legitime orice modificare a unei reglementări trebuie să beneficieze de o perioadă suficientă de *vacatio legis*, pentru a permite tuturor persoanelor interesate a-și adapta conduita la noua reglementare.

Dacă modificarea legislației este fie anunțată⁷⁹, fie previzibilă⁸⁰ sau însoțită de măsuri tranzitorii⁸¹, garantându-se o perioadă suficientă de reflecție în vederea adaptării conduitei în conformitate cu noua reglementare⁸², evitându-se totodată surprinderea particularilor prin caracterul intempestiv al modificării intervenite, orice discuție referitoare la încălcarea principiului încrederii legitime își pierde actualitatea.

Pentru a ilustra prin intermediul unor decizii de speță, principiul încrederii legitime este încălcat în situația în care Comisia reduce resursele bugetare pentru un proiect în care munca relevantă fusese inclusă în licitația inițială acceptată de către Comisie⁸³; atunci când o persoană a încheiat anumite convenții de export pornind de la premisa, sprijinită de prevederile unei norme unionale, că va încasa în temeiul respectivelor convenții anumite lichidități, dar ulterior încheierii acestora, însă înainte de executarea lor, Comisia a adoptat un regulament care avea drept efect suprimarea respectivelor acorduri din sectorul respectiv, astfel încât reclamantul nu a mai obținut respectivele prestații așteptate⁸⁴; în ipoteza în care unui contribuabil îi era asigurat un drept de deducere a TVA, însă la nivelul dreptului european s-a adoptat o normă juridică în temeiul căreia această persoană era deposedată cu efect retroactiv de dreptul de deducere⁸⁵. În egală măsură, principiul încrederii legitime este nerespectat și în ipoteza în care Comisia a suspendat intempestiv licențele privind introducerea în spațiul Uniunii Europene a unor mere importate din Chile, fără a reglementa în concret situația mărfurilor aflate în tranzit⁸⁶, astfel încât comercianților care au achiziționat mărfuri anterior suspendării licențelor, însă nu au reușit introducerea acestora în spațiul unional, li s-a refuzat introducerea acestora pe teritoriul unional⁸⁷.

Iată, așadar, cum inexistența unei perioade rezonabile de *vacatio legis* generează o problemă pentru persoanele care sunt surprinse, într-un mod nefavorabil, de modificarea intempestivă a reglementării.

Acesta este și scopul art. 4, alin. (1), teza a II-a și a alin. (2) C. fisc., respectiv a art. 3, alin. (1), teza a II-a și a alin. (2) C. pr. fisc., de a evita astfel de intervenții brutale asupra normelor primare a dreptului fiscal, urmărindu-se corelativ asigurarea unei perioade rezonabile de *vacatio legis*, astfel încât contribuabilul să se poată informa și să poată a-și adapta conduita modificărilor survenite. Respectându-se obligativitatea promovării proiectului de lege cu cel puțin 6 luni înainte de data intrării în vigoare a acestuia, s-ar asigura informarea contribuabililor asupra *intenției* legiuitorului de a interveni în sfera raporturilor de drept fiscal. Urmărind ca orice modificare a acestor coduri să producă efecte cel mai devreme doar la data de 1 ianuarie a anului următor, redactorii Codului fiscal și a celui de procedură fiscală au realizat că alinierea la acest deziderat ar aduce dreptului fiscal mult dorita și necesara certitudine, evitându-se modificarea „regulilor în timpul jocului” prin alterarea legislației aplicabile în cuprinsul unui an fiscal.

Prin urmare, suprapunând principiul european al încrederii legitime cu cele urmărite de legiuitorul român prin formularea în acești termeni a art. 4 C. fisc și a art. 3 C. pr. fisc., rezultă că scopul final, deopotrivă a normelor unionale și a celor interne, se identifică, în ambele cazuri urmărindu-se asigurarea unui climat de stabilitate a reglementării.

La nivel european, problema certitudinii reglementării a fost rezolvată prin creația jurisprudențială a acestui principiu al încrederii legitime, unui act unional ce se abate de la acesta putându-i fi constatată nevalabilitatea de către C.J.U.E.⁸⁸, iar acțiunea în anulare putând fi intentată și de către însăși particularul considerat vătămat [art. 263, alin. (4) T.F.U.E.]. În egală măsură, nerespectarea principiului încrederii legitime poate să constituie baza unei acțiuni în despăgubiri⁸⁹.

Totuși, principiul încrederii legitime nu reprezintă actualmente un *principiu general* al dreptului european a cărui sferă de aplicație să fie universală. Principiul deține o aplicabilitate restrânsă, cel puțin deocamdată, strict și **exclusiv** în domeniul analizării legalității actelor unionale. Cu toate acestea, jurisprudența pe termen îndelungat a instanței de la Luxembourg poate rezerva o expansiune a viziunii asupra acestui principiu, fiind posibilă în viitor calificarea acestuia ca fiind un *principiu general* al dreptului european, dobândind astfel vocație universală de aplicare.

Datorită acestui ultim aspect suntem nevoiți să concluzionăm că, cel puțin în momentul de față, acest principiu unional nu poate fi folosit pentru a constata nevalabilitatea unui act administrativ aparținând organelor fiscale ale unui stat membru⁹⁰ ori pentru a cenzura aplicabilitatea unui act normativ intern⁹¹.

Pentru aceste motive, apreciem că ar fi imposibil de susținut opinia conform căreia art. 4, alin. (1) teza a II-a și alin. (2) C. fisc., respectiv art. 3, alin. (1), teza a II-a și alin. (2) C. pr. fisc. ar îngloba într-însele principiul unional al încrederii legitime, iar prin această înglobare *conținutul* acestor prevederi ar produce efecte juridice care ar izvorî

nu din calitatea acestora de norme *interne*, ci din calitatea acestora de norme de trimitere la dreptul european și la principiile acestuia, drept unional deținând o forță juridică superioară normelor dreptului intern [art. 148, alin. (2) Constituția României, republicată].

Prin urmare, art. 4, alin. (1) teza a II-a C. fisc. și art. 3, alin. (1), teza a II-a C. pr. fisc. constituie un exemplu de norme legale inutile, fără nici un sens și nicio rațiune, lipsite de orice forță juridică (*supra*, nr. 14)?

18. Analiza rațiunii, sensului a art. 4, alin. (1), teza a II-a și a alin. (2) C. fisc., respectiv a art. 3, alin. (1), teza a II-a și alin. (2) C. pr. fisc. Forța lor juridică. Răspunsul la interogațiile anterior formulate (*supra*, nr. 13 și nr. 15) trebuie nuanțat.

În primul rând, în calitatea acestora de *normă juridică aparținând dreptului intern*, litera art. 4, alin. (1), teza a II-a și alin. (2) C. fisc., respectiv a art. 3, alin. (1), teza a II-a și alin. (2) C. pr. fisc. sunt lipsite de forță juridică, exceptând situațiile în care modificarea ori completarea Codului fiscal ori a celui de procedură fiscală este posibilă, în temeiul unui mandat de legiferare în acest sens, prin intermediul actelor juridice *secundum legem* (*supra*, nr. 15-16).

Reprezentând norme juridice având forța legilor ordinare, art. 4, alin. (1) teza a II-a și alin. (2) C. fisc., respectiv art. 3, alin. (1), teza a II-a și alin. (2) C. pr. fisc. nu posedă în sine absolut nici o forță juridică care să le permită stoparea modificării ori completării Codului fiscal ori a celui de procedură fiscală printr-un proiect legislativ (având cel puțin forța juridică a unei legi ordinare) promovat cu mai puțin de 6 luni înainte de data intrării acestuia în vigoare și/sau care intră în vigoare înainte de data de 1 ianuarie a anului următor adoptării sale.

Cât despre *rațiunea și sensul* acestor texte aparținând legislației fiscale, am arătat în mai multe rânduri în cuprinsul prezentului studiu că aceste dispoziții reprezintă materializarea principiului *certitudinii* fiscale, exprimând necesitatea asigurării unei stabilități legislative⁹² în ceea ce privește domeniul dreptului fiscal (*supra*, nr. 2), legiuitorul dorind să evite intervenția brutală asupra normelor primare a dreptului fiscal și modificarea intempestivă a reglementării, urmărindu-se corelativ asigurarea unei perioade rezonabile de *vacatio legis*, astfel încât contribuabilul să se poată informa și să poată a-și adapta conduita modificărilor survenite.

Se impune așadar constatarea faptului că prevederile art. 4, alin. (1) teza a II-a și alin. (2) C. fisc., respectiv art. 3, alin. (1), teza a II-a și alin. (2) C. pr. fisc., deși lipsite de orice forță juridică în raport de prevederile unor acte normative având cel puțin forță juridică a unor legi ordinare, au totuși o rațiune și un sens de a exista, respectiv acela de a reaminti existența principiului *certitudinii fiscale*.

În această ambianță, deși în sine nici dispozițiile art. 4, alin. (1) teza a II-a și alin. (2) C. fisc., respectiv art. 3, alin. (1), teza a II-a și alin. (2) C. pr. fisc. și nici principiul unional al încrederii legitime nu pot constitui obstacole în fața posibilității modificării intempestive a legislației fiscale, totuși considerăm că dreptul intern deține remedii împotriva unei asemenea intervenții.

Astfel, importanța unei perioade rezonabile de *vacatio legis* a fost subliniată într-o speță din jurisprudența Tribunalului Constituțional Polonez⁹³. În respectiva speță⁹⁴, camera decizională în materie fiscală a Parlamentului polonez⁹⁵ a modificat prevederile unei legi din anul 1991, introducând o cotă de impunere de 50% pentru veniturile anuale ale persoanelor fizice ce depășeau un anumit plafon⁹⁶, actul normativ fiind adoptat de către camera parlamentară pe data de 18 noiembrie 2004. Președintele Republicii Polone a promulgat legea în data de 9 decembrie 2004, ultima zi a perioadei în care acesta era obligat să procedeze astfel [cf. art. 122, alin. (2) Constituția Poloniei, este vorba de un termen de 21 de zile⁹⁷]. Această lege modificatoare a actului normativ din anul 1991 a fost publicată în *Dziennik Ustaw* nr. 263 din 13 decembrie 2004, iar conform prevederilor art. 9 din această lege de modificare, dispozițiile sale urmau să intre în vigoare la data de 1 ianuarie 2005.

La data de 22 decembrie 2004, Procurorul General a ridicat o obiecție de neconstituționalitate a legii de modificare în fața Tribunalului Constituțional al Republicii Polone, cu privire la introducerea noii cote de impozitare. Petentul nu a contestat esența modificărilor aduse sistemului fiscal, însă a subliniat faptul că introducerea noii cote de impunere de la începutul anului 2005 s-a făcut fără respectarea unei perioade rezonabile de *vacatio legis*. În consecință, conform regulilor create *jurisprudențial* de către instanța de contencios constituțional poloneză, o asemenea dispoziție legală ar contraveni textului art. 2 al Constituției Poloneze, care afirmă faptul că „Republica Polonă este un stat democratic guvernat de *principiul preeminenței dreptului* (s.n. – S.G.) și de implementarea principiilor de justiție socială”.

Prin urmare, Tribunalul Constituțional s-a pronunțat în sensul neconstituționalității⁹⁸ acestei legi de modificare.

„În evaluarea constituționalității legislației fiscale, prima prezumție o constituie relativitatea libertății legislatorului de a da formă veniturilor și cheltuielilor statului. Această libertate este contrabalansată și restrânsă de obligația legiuitorului de a respecta aspectele procedurale ale principiului unui stat democratic guvernat de preeminența dreptului (art. 2 din Constituție), inclusiv principiile unei legislații corecte. O garanție specială în acest sens este oferită de obligația instituirii unei perioade de *vacatio legis* a cărei durată să fie potrivită în raport de natura dispoziției fiscale nou-introduse.

Principiul încrederii în Stat și în legile sale, numit și principiul loialității Statului în raport cu destinatarii normelor juridice, derivat din principiul statului democratic guvernat de preeminența dreptului (*rule of law*), impune ca reglementarea legală și

aplicarea legii să nu creeze „capcane” pentru cetățeni. Un cetățean trebuie să aibă posibilitatea de a-și conduce afacerile cu încredere în faptul că nu se expune unor efecte juridice care nu pot fi prevăzute în momentul în care ia o anumită decizie, precum și convingerea că acțiunile legale întreprinse vor fi astfel considerate de legiuitor și pe viitor. Normele juridice noi nu trebuie să-i surprindă pe destinatarii lor, ci dimpotrivă, trebuie să le ofere suficient timp pentru a se adapta la prevederile modificate și pentru a lua decizii înțelepte cu privire la viitoarea lor conduită.

Concluzia desprinsă din aplicarea principiului statului democratic guvernat de preeminența dreptului sub imperiul vechii Constituții, anume că nu este permisă modificarea sarcinilor fiscale în cursul anului fiscal și că modificările aduse impozitului pe veniturile persoanelor fizice trebuie publicate în Monitorul Oficial cu cel puțin o lună înainte de încheierea anului fiscal precedent⁹⁹ este pe deplin aplicabilă.

Legea din 1991, de la momentul intrării sale în vigoare (26 iulie 1991), a avut în vedere trei nivele de impozitare a veniturilor persoanelor fizice. Mai mult, în decursul anilor, cotele de impunere nu au variat semnificativ. Contribuabilii și-au putut forma o părere despre stabilitatea obligațiilor ce le revin în materie, în particular despre cele trei paliere de impozitare. Informațiile din presă despre proiectele de introducere a unor modificări substanțiale în baremul de impunere nu au afectat această părere, pentru că pregătirile în domeniu nu au trecut de faza declarațiilor, iar dispozițiile supuse controlului au fost considerate – din momentul promulgării legii de către Președinte și până la publicarea legii în Monitorul Oficial – drept controversate. Prin urmare, a se impune concluzia că noua cotă de impunere aplicabilă în anul 2005 a devenit cunoscută contribuabililor nu mai devreme de 13 decembrie 2004, când legea de modificare a fost publicată în Monitorul Oficial, adică cu mai puțin de o lună înainte de aplicarea ei.

În contextul creșterii sarcinilor fiscale pentru unii dintre contribuabili, ca urmare a introducerii cotei de 50% cu începere de la 1 ianuarie 2005, publicarea acestei modificări nu mai devreme de data de 13 decembrie 2004 a generat insuficiența perioadei de *vacatio legis*. Acest lucru constituie o încălcare a principiului încrederii în Stat și în normele juridice și contravine art. 2 din Constituție.

Ca o consecință a acestei decizii, în anul 2005 vor exista trei cote de impunere. Drept urmare, este fără temei limitarea, prevăzută la art. 27, alin. (1) a Legii din 1991, în forma modificată, a aplicabilității celei de-a treia cote de impunere, la pragul de 600.000 zloți; venitul care excede acestei sume va fi impozitat, de asemenea, cu 40%.

Limitarea mai sus menționată de 600.000 zloți și noua cotă de impunere, precum și prevederile aflate în legătură cu introducerea acestei cote pot fi introduse pe viitor, atunci când cerințele legislative corespunzătoare vor fi respectate.

Până atunci, toate dispozițiile legale indicate în decizia Tribunalului Constituțional rămân în textul Legii din 1991, dar nu se aplică.

Tribunalul Constituțional DECIDE

Art. 9 al Legii modificatoare din 2004 (instituind ca data de 1 ianuarie 2005 ca moment al intrării în vigoare a acestei legi) referitoare la introducerea unui al patrulea nivel de impunere, contravine art. 2 din Constituție, datorită insuficienței perioadei de *vacatio legis*.

Opinia parțial disidentă a Judecătorului Marek Mazurkiewicz

Având în vedere modul în care concluzia acestei decizii este formulată, aceasta constituie o deviație de la linia jurisprudențială solid clădită a Tribunalului Constituțional, conform căreia prevederile materiale ale dreptului fiscal adoptate cu nesocotirea unui termen necesar de *vacatio legis* sunt *per se* incompatibile cu art. 2 din Constituție; o decizie a Tribunalului Constituțional prin care se constată neconstituționalitatea unei astfel de prevederi rezultă în eliminarea definitivă a acestora din ordinea juridică.

Ca urmare a intrării în vigoare a prezentei decizii a Tribunalului, dispozițiile referitoare la instituirea celui de-al patrulea nivel de impozitare rămân în continuare în textul legii modificate, deși acestea nu produc efecte juridice. Menținerea în textul legi a unor dispoziții înșelătoare – și lipsite de forță juridică – contravine principiului previzibilității legii.

O formulare adecvată a deciziei din prezenta cauză ar trebui să declare că prevederile modificatoare ale Legii din 1991 contestate de către Procurorul General în ceea ce privește introducerea celui de-al patrulea nivel de impozitare prin art. 27, alin. (1) și consecințele rezultate din această modificare asupra restului dispozițiilor Legii din 1991 contravin art. 2 din Constituție, ca urmare a insuficienței perioadei de *vacatio legis*. O astfel de formulare ar elimina modificările aduse Legii privind impozitarea veniturilor persoanelor fizice din 1991¹⁰⁰.

Încă anterior prezentei decizii, Tribunalul Constituțional Polonez crease o jurisprudență stabilă, întemeiată pe principiul preeminenței dreptului (*rule of law*), declarând neconstituțională orice lege care nu respectă un termen rezonabil de *vacatio legis*¹⁰¹. Prin această practică s-a urmărit și s-a reușit realizarea unui echilibru între dreptul exclusiv al statului de a stabili taxe și impozite pentru realizarea veniturilor bugetare, pe de o parte, și drepturile și interesele contribuabililor, pe de altă parte, prin reglementarea unor garanții procedurale în favoare „părții slabe” din acest raport¹⁰², sancționându-se totodată lipsa de loialitate a Statului în raport cu destinatarii normelor juridice¹⁰³ modificate intempestiv. Garantându-se o perioadă suficientă și rezonabilă de *vacatio legis* se asigură mult urmărita *certitudine* fiscală, evitându-se ca un anumit act normativ să producă efecte juridice ce nu puteau fi prevăzute la data luării de către contribuabil a unor decizii¹⁰⁴ importante în materie fiscală¹⁰⁵.

Considerăm că jurisprudența Tribunalului Constituțional Polonez, nu doar că poate fi preluată, *mutatis mutandis*, și de către Curtea Constituțională Română, ci acest lucru ar fi chiar obligatoriu¹⁰⁶. Constituția României, în forma sa republicată în anul 2003, conține în al său art. 1, alin. (3) o normă quasi-identică art. 2 din Constituția Poloniei, textul legii fundamentale române statuând că „România este *stat de drept* (s.n. – S.G.), democratic și social, în care demnitatea omului, drepturile și libertățile cetățenilor, libera dezvoltare a personalității umane, dreptatea și pluralismul politic reprezintă valori supreme, în spiritul tradițiilor democratice ale poporului român și idealurilor Revoluției din decembrie 1989, și sunt garantate”.

Doctrina de drept constituțional¹⁰⁷ a salutat o decizie a Curții Constituționale române care surprindea esența statului de drept, instanța de contencios constituțional reținând că „exigențele principiului statului de drept, consacrat prin art. 1, alin. (3), teza I din Constituție privesc scopurile majore ale activității statale, prefigurate în ceea ce îndeobște este numit ca fiind *domnia legii* (s.n. – S.G.), sintagmă ce implică subordonarea statului față de drept, asigurarea acelor mijloace care să permită dreptului să cenzureze opțiunile politice și, în acest cadru, să pondereze eventualele tendințe abuzive, discreționare, ale structurilor etatice”¹⁰⁸. În aceste condiții, în care atât art. 2 din Constituția Poloniei, cât și art. 1, alin. (3) din Constituția României afirmă regula preeminenței dreptului, a domniei legii (*rule of law*), considerăm că s-ar justifica preluarea opticii Tribunalului Constituțional Polonez sub aspectul faptului că o anumită lege modificatoare a unei reglementări fiscale trebuie să asigure o perioadă rezonabilă de *vacatio legis*.

În concluzie, art. 4, alin. (1) teza a II-a și alin. (2) C. fisc., respectiv art. 3, alin. (1), teza a II-a și alin. (2) C. pr. fisc., deși constituie prevederi lipsite de forță juridică care să le permită a împiedica modificarea intempestivă a celor două coduri prin acte juridice având cel puțin forța legii ordinare, au rațiunea și sensul de a aminti de existența principiului *certitudinii fiscale* și de a sublinia că sfidarea totală a acestui principiu ar trebui să pună probleme în raport de constituționalitatea legii care modifică aceste acte normative prin nerespectarea acestui principiu, violând astfel, în egală măsură, și principiul statului de drept. Preluând optica Tribunalului Constituțional Polonez aplicabilă *mutatis mutandis* și în raport de prevederile legii fundamentale române – jurisprudență pe care o apreciem ca fiind pe deplin justificată – instanța de contencios constituțional internă va trebui să constate că o lege de modificare a Codului fiscal ori a celui de procedură fiscală ce nu respectă o perioadă rezonabilă de *vacatio legis* aduce o atingere principiului preeminenței dreptului (*rule of law*), temeiul juridic al lipsei de legitimitate constituțională a unei astfel de legi fiind reprezentat de art. 1, alin. (3), teza I din Constituția României.

19. Concluzii. Prezentul studiu, împreună cu aspectele conexe, s-a focalizat asupra analizei motivului și rațiunii pentru care legiitorul a adoptat în această formă art. 4 C. fisc., respectiv art. 3 C. pr. fisc., oferind o soluție *de lege lata* prin care să poată fi sancționate prea numeroasele modificări intempestive ale legislației fiscale.

Explicația formulării acestor norme juridice interne nu poate genera o discuție filozofică: redactorii acestor coduri au realizat ritmul halucinant al modificărilor suferite de domeniul dreptului fiscal anterior adoptării acestor acte normative și au formulat în acești termeni art. 4 C. fisc și art. 3 C. pr. fisc. cu dorința de a stopa caruselul modificărilor suferite de legislația fiscală, stabilind anumite reguli care, odată respectate, ar „aerisi” domeniul dreptului fiscal, sufocat de multiplele modificări a legislației în cursul exercițiului unui an fiscal. Pentru motivele expuse (*supra*, nr. 8-9 și nr. 13), acest deziderat nu a fost încununat de succes, căci din punct de vedere tehnic este imposibil a trasa prin legi ordinare anumite reguli care să se poată impune altor acte normative ulterioare având aceeași forță juridică.

Cu toate acestea, prevederile art. 4 C. fisc. și art. 3 C. pr. fisc. au rolul de a enunța și a aminti de necesitatea respectării principiului preeminenței dreptului (*rule of law*) care, așa cum pe deplin întemeiat a subliniat și Tribunalul Constituțional Polonez, impune ca orice modificare a reglementării fiscale să asigure un termen rezonabil de *vacatio legis*, sub sancțiunea neconstituționalității acesteia în raport de principiul preeminenței dreptului (*rule of law*).

Aceasta este concluzia pe care o susținem, convingși fiind de justetea ei teoretică, soluție care împărtășită în mod corespunzător de către Curtea Constituțională română, ar determina transformarea domeniului legislativ fiscal, actualmente caracterizat printr-o instabilitate continuă și severă, într-un domeniu în care *certitudinea* ar reprezenta o realitate practică, iar nu doar un principiu teoretic a cărui existența este tratată în mod corespunzător numai în doctrina dreptului fiscal.

Subscriem, de principiu, la opinia exprimată în literatura de specialitate, conform căreia „orice dispoziție conținută într-o lege de modificare a Codului fiscal sau a Codului de procedură fiscală, care intră în vigoare în cursul aceluiași an fiscal, este neconstituțională”¹⁰⁹. Afirmam „de principiu” deoarece, deși în raport de dispozițiile material fiscale, afirmația pare a fi pe deplin justificată, materializând necesitatea de a evita schimbarea „regulilor în timpul jocului” prin modificarea legislației în cursul exercițiului unui an fiscal¹¹⁰, totuși nu excludem *de plano* posibilitatea modificării Codului de procedură fiscală în cursul aceluiași exercițiu fiscal. Deși s-a dorit a se statua prin art. 3 C. pr. fisc. că și acest act normativ ar beneficia de întocmai aceleași garanții ca și cele prevăzute de Codul fiscal, nu se poate nega faptul că Codul de procedură fiscală reprezintă totuși un act normativ a cărui modificare generează consecințe infinite mai puțin însemnate față de urmările modificării normelor material fiscale. Prin urmare,

nu excludem posibilitatea ca, în mod excepțional și beneficiind de o justificare temeinică, Codul de procedură fiscală să poată fi modificat în cursul unui exercițiu fiscal¹¹¹. Însă, în continuare, subzistă obligativitatea menținerii unui interval rezonabil de *vacatio legis* între momentul publicării actului normativ de modificare a Codului de procedură fiscală în Monitorul Oficial și momentul intrării acestuia în vigoare, insuficiența acestei perioade determinând incidența art. 1, alin. (3), teza I din Constituția României.

Raportat la necesitatea ca, în absolut toate cazurile, să existe o perioadă rezonabilă de *vacatio legis*, reiterăm imposibilitatea practică a legiferării în domeniul fiscal, deopotrivă material sau procesual, prin intermediul ordonanțelor de urgență (*supra*, nr. 5-6 și nr. 10); existența unui termen rezonabil de *vacatio legis* denotă fără echivoc inexistența unei urgențe, în sensul art. 115, alin. (4) din Constituția României, republicată¹¹².

În ceea ce privește durata termenului rezonabil de *vacatio legis*, apreciem că poate fi avută în vedere, în egală măsură, jurisprudența instanței de contencios constituțional poloneză. Astfel, pentru a respecta principiul preeminenței dreptului (*rule of law*) și a asigura astfel certitudinea în materie fiscală, considerăm că acest termen, pentru a putea fi considerat ca fiind rezonabil, trebuie să fie de *cel puțin* o lună, calculat de la publicarea actului normativ în Monitorul Oficial.

Având în vedere că neconstituționalitatea [în raport de art. 1, alin. (3), teza I din Constituția României, republicată] actului normativ care nu asigură un termen rezonabil de *vacatio legis* reprezintă o sancțiune ca urmare a surprinderii contribuabililor prin modificarea intempestivă a reglementării, contribuabili cărora astfel nu li se asigură de către legiuitor un termen optim pentru a-și alinia conduita la noile dispoziții fiscale, considerăm că în situația în care norma fiscală creează o situație mai favorabilă particularului¹¹³ discuția referitoare la neconstituționalitatea unor astfel de norme nu mai poate fi purtată, căci rațiunea care atrăgea sancțiunea neconformității cu legea fundamentală nu mai subzistă într-o atare ipostază¹¹⁴.

În fine, considerăm că sancțiunea neconstituționalității atrase de nerespectarea unui termen rezonabil de *vacatio legis* a normelor actului normativ care intervin intempestiv asupra reglementării în materie fiscală va determina înlăturarea din ordinea juridică internă a respectivelor prevederi, nefiind posibilă stabilirea de către Curtea Constituțională a momentului intrării în vigoare a respectivelor dispoziții legale astfel încât art. 1, alin. (3), teza I din Constituția României să fie respectat, căci aprecierea termenului rezonabil de *vacatio legis* și, implicit, a momentului intrării acestor norme în vigoare, reprezintă un atribut suveran rezervat puterii legiuitoare, în timp ce instanța de contencios constituțional nu este și nu se poate transforma într-un legiuitor pozitiv.

- ¹ Articolul este rezultatul unui proiect de cercetare finanțat de către Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca prin intermediul acordării unei burse de performanță științifică.
- * Student anul IV, Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; gherdansergiu@yahoo.com.
- ² Legea 571/2003, publicată în M. Of. nr. 927 din 23 decembrie 2003.
- ³ Ordonanța de Guvern nr. 92/2003, publicată în M. Of. nr. 92 din 24 decembrie 2003.
- ⁴ Situație perpetuată până în prezent. A se vedea **C.F. Costaș, *Noi modificări ale Codului fiscal. Analiza haosului fiscal*** în R.R.D.A. nr. 3/2005, p. 14 și urm.
- ⁵ Prevedere introdusă în O.G. 92/2003 prin Legea nr. 174/2004, publicată în M. Of. nr. 465 din 25 mai 2004.
- ⁶ Pentru o prezentare detaliată a acestor aspecte, a se vedea **C.F. Costaș, *Procedura modificării și completării Codului fiscal și a Codului de procedură fiscală*** în Dreptul nr. 11/2005, p. 72-87.
- ⁷ Ceea ce presupune o halucinantă rată de peste 10 modificări într-un an calendaristic.
- ⁸ Cifre raportate la data de 01.12.2011.
- ⁹ A se vedea **C.F. Costaș, *Noi modificări...***, p. 14.
- ¹⁰ A se vedea **C.F. Costaș, *Procedura modificării...***, p. 73; **R. Bufan, M.Ș. Minea (coord.), *Codul fiscal comentat***, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 114-115; **M.Ș. Minea, C.F. Costaș, *Dreptul finanțelor publice***, vol. II – *Drept fiscal*, ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 82.
- ¹¹ Sintagma îi aparține lui **I. Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale în dreptul român și în dreptul comparat***, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 699, nota de subsol nr. 1.
- ¹² Deși a început timid, în anul 1992 adoptând o singură ordonanță de urgență, în timp ce în perioada 1993-1995 s-a rezumat la o cadență de două astfel de acte normative pe an, Guvernul a tatonat mai intens această formă de legiferare în anul 1996, uzând în 13 ipostaze de posibilitatea emiterii unor ordonanțe de urgență. Anul 1997 a constituit „explozia”, fiind publicate 92 de ordonanțe de urgență, pentru ca ulterior ritmul să crească: 72 de ordonanțe de urgență în anul 1998; 218 de astfel de acte în anul 1999; 297 de ordonanțe de urgență în anul 2000 („recordul” deținut de către Guvern, invocând existența unei „situații excepționale” aproape în fiecare zi a anului calendaristic); 195 de ordonanțe de urgență în anul 2001; 209 ordonanțe de urgență în anul 2002; 127 ordonanțe de urgență în anul 2003; 142 ordonanțe de urgență în anul 2004; 209 ordonanțe de urgență în anul 2005; 136 ordonanțe de urgență în anul 2006; 157 ordonanțe de urgență în anul 2007; 229 ordonanțe de urgență în anul 2008; 111 ordonanțe de urgență în anul 2009; 101 ordonanțe de urgență în anul 2010.
- ¹³ Republicată în M. Of. nr. 767 din 31 octombrie 2003.
- ¹⁴ Pentru o analiză a acestei prevederi constituționale, a se vedea **I. Vida în I. Muraru, E.S. Tănăsescu (coord.), *Constituția României. Comentariu pe articole***, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 598-599.
- ¹⁵ Certitudinea fiscală este, de altfel, un principiu general al fiscalității, a cărui aplicare este făcută și de art. 3, lit. b) C. fisc. Pentru mai multe detalii, a se vedea **P. Lambert, *Le principe général de la sécurité juridique et les validations législatives*** în lucrarea *Sécurité juridique et fiscalité*, Bruylant, Bruxelles, 2003, n° 2, p. 6-8.
- ¹⁶ **M.Ș. Minea, C.F. Costaș, op. cit.**, p. 82.
- ¹⁷ A se vedea, în acest sens **C.F. Costaș, op. cit.**, p. 74; **M.Ș. Minea, C.F. Costaș, op. cit.**, p. 85.
- ¹⁸ Este interzisă, însă, adăugarea la lege prin intermediul acestui procedeu, ca de exemplu instituirea unui nou impozit ori a unei noi taxe [**C.F. Costaș, op. cit.**, p. 74, nota de subsol nr. 5; **M.Ș. Minea, C.F. Costaș, op. cit.**, p. 86]. Încălcarea acestei interdicții are drept consecință nulitatea hotărârii de guvern, viciu de legalitate care poate fi constatat de către instanța de contencios administrativ.
- ¹⁹ În același sens, a se vedea **C.F. Costaș, op. cit.**, p. 75-77; **R. Bufan, M.Ș. Minea (coord.), op. cit.**, p. 116-117; **M.Ș. Minea, C.F. Costaș, op. cit.**, p. 87-88.

- ²⁰ Art. 115, alin. (1), Constituția României, republicată: „Parlamentul poate adopta o lege specială de abilitare a Guvernului pentru a emite ordonanțe în domenii care nu fac obiectul legilor organice”.
- ²¹ **I. Deleanu, op. cit.**, p. 701.
- ²² A se vedea **I. Deleanu, op. cit.**, p. 702, nota de subsol nr. 5. Autorul subliniază că omisiunea indicării domeniului și a datei până la care se pot emite ordonanțe pune în discuție constituționalitatea legii de abilitare.
- ²³ De altfel, însuși Codul de procedură fiscală îmbracă veșmântul unei ordonanțe de guvern.
- ²⁴ Sau, deopotrivă, derogarea poate surveni și prin intermediul unui act normativ având forța legii organice. Așadar, deși normele dreptului fiscal nu sunt rezervate domeniului legii organice, este suficient ca o astfel de normă să fie cuprinsă într-un act normativ care conține cel puțin o altă normă aparținând domeniului legii organice, pentru ca actul normativ în întregul său să dobândească forța legii organice [pentru detalii, a se vedea **I. Vida** în **I. Muraru, E.S. Tănăsescu (coord.), op. cit.**, p. 693; **S. Gherdan, Analiză critică asupra Legii 190/1999 privind creditul ipotecar pentru investiții imobiliare** în R.R.D.A. nr. 6/2011, p. 59-60; contra a se vedea **V.D. Zlătescu, Introducere în logistica formală**, Ed. Rompit, București, 1995, p. 95. Pentru o abordare analitică, fără a îmbrățișa fățiș vreuna din teorii, a se consulta **I. Deleanu, op. cit.**, p. 693]. Pentru a da un exemplu, dacă într-o lege de modificare a Codului fiscal s-ar introduce și o dispoziție ce are drept efect modificarea ori completarea Legii 554/2004 a contenciosului administrativ, respectivul act normativ ce ar modifica (și) Codul fiscal ar dobândi în întregul său caracterul unei legi organice, căci domeniul contenciosului administrativ este rezervat legilor organice [art. 73, alin. (3), lit. k) Constituția României, republicată].
- ²⁵ De altfel, în ceea ce privește Codul de procedură fiscală, acesta a suferit modificări prin O.G. 20/2005, O.G. 35/2006, O.G. 47/2007, O.G. 13/2011, O.G. 29/2011, O.G. 30/2011, în timp ce Codul fiscal a fost modificat prin intermediul O.G. 83/2004, O.G. 94/2004, O.G. 43/2006, O.G. 3/2010, O.G. 10/2010 și O.G. 30/2011.
- ²⁶ Pentru analiza condițiilor constituționale necesare a fi respectate de către ordonanțele de urgență, a se vedea **C.-L. Popescu, Domeniile de reglementare care nu pot face obiectul ordonanțelor de urgență ale Guvernului** în Dreptul nr. 4/2006, p. 72 și urm.; **I. Deleanu, op. cit.**, p. 707 și urm.
- ²⁷ **C.F. Costăș, op. cit.**, p. 77; **R. Bufan, M.Ș. Minea (coord.), op. cit.**, p. 117-118; **M.Ș. Minea, C.F. Costăș, op. cit.**, p. 89.
- ²⁸ Această „situație extraordinară a cărei reglementare nu poate fi amânată” a fost definită în doctrină ca fiind „o situație imprevizibilă, care se abate de la regulile sau așteptările obișnuite, de natură să întrețină, să determine ori să favorizeze periclitarea interesului public, implicând, din acest motiv și în lipsa altor mijloace constituționale imediate, măsuri urgente pentru înlăturarea sau prevenirea pericolului, aplicabile de îndată, măcar parțial” [**I. Deleanu, op. cit.**, p. 705].
- ²⁹ A se vedea **D. Apostol-Tofan, E.S. Tănăsescu** în **I. Muraru, E.S. Tănăsescu (coord.), op. cit.**, p. 1098.
- ³⁰ Practica legislativă relevă că, din cele 91 de modificări și completări suferite de Codul fiscal, nu mai puțin de 42 au rezultat în urma edictării unor ordonanțe de urgență, în timp ce din cele 46 de modificări ale Codului de procedură fiscală, 16 au fost realizate tot prin intermediul unor ordonanțe de urgență. Așadar, din punct de vedere statistic, aproximativ jumătate din modificările și completările acestor acte normative (mai exact 42% din cazuri) au fost determinate de „situații extraordinare a căror reglementare nu poate fi amânată”.
- ³¹ Pentru o critică dură, însă pe deplin întemeiată, a acestei „stări de fapt”, a se vedea **I. Deleanu, op. cit.**, p. 699.
- ³² Motivarea urgenței din cuprinsul ordonanțelor adoptate relevă în marea majoritate a cazurilor, lipsa unei situații exorbitante care să poată legitima adoptarea a astfel de acte normative. Strict exemplificativ, au fost invocate situații ca „necesitatea aplicării unor măsuri convenite în cadrul negocierilor privind

politica în domeniul concurenței purtate cu Uniunea Europeană; asigurarea siguranței circuitului civil prin stimularea înscrierilor în cartea funciară a actelor translativ de proprietate care au ca obiect terenuri fără construcții” [O.U.G. 123/2004]; „necesitatea perfecționării continue a legislației fiscale și a corelării acesteia cu legislația Uniunii Europene, ca urmare a dialogului purtat cu mediul de afaceri și necesitatea corectării măsurilor fiscale adoptate prin acte normative colaterale legislației fiscale” [O.U.G. 91/2008]; „necesitatea instituirii unor derogări, a căror reglementare nu poate fi amânată, în ceea ce privește termenul până la care se va achita contravaloarea taxei pe valoarea adăugată și a accizelor suportate de către beneficiari pentru unele cantități de combustibili” [O.U.G. 49/2010]. Aceste împrejurări invocate în mod vădit nu au un caracter imprezvizibil, de neînălțurat prin alte mijloace constituționale. Pentru mai multe detalii, a se vedea **C.F. Costăș, op. cit.**, p. 77-78; **R. Bufan, M.Ș Minea (coord.), op. cit.**, p. 118; **M.Ș. Minea, C.F. Costăș, op. cit.**, p. 89-90.

³³ A se vedea și **E. Duca, Codul fiscal: comentat și adnotat**, Ed. Rosetti, București, 2006, p. 19, autor care consemnează că „practica” modificării Codului fiscal prin ordonanțe de urgență „nu a fost contestată”.

³⁴ **C.F. Costăș, op. cit.**, p. 76; **R. Bufan, M.Ș Minea (coord.), op. cit.**, p. 119-124; **M.Ș. Minea, C.F. Costăș, op. cit.**, p. 91-96

³⁵ A se vedea **D. Apostol-Tofan, E.S. Tănăsescu** în **I. Muraru, E.S. Tănăsescu (coord.), op. cit.**, p. 1102, autoare care subliniază că dispozițiile art. 115, alin. (8) din Constituția României deschid „o adevărată cutie a Pandorei”.

³⁶ Pentru o analiză detaliată a posibilelor situații ce se pot ivi în practică, a se vedea **C.F. Costăș, op. cit.**, p. 79-84; **R. Bufan, M.Ș Minea (coord.), op. cit.**, p. 119-124; **M.Ș. Minea, C.F. Costăș, op. cit.**, p. 91-96.

³⁷ O.U.G. 138/2004 a fost aprobată de către Senat la 27 ianuarie 2005 și înregistrată la Camera Deputaților la data de 1 februarie 2005. Ulterior, s-a adoptat O.U.G. 24/2005, iar prevederile acesteia din urmă au fost preluate ca modificări ale O.U.G. 138/2004, modificări efectuate cu ocazia aprobării acestei din urmă act normativ prin Legea 163/2005. Pentru detalii, a se vedea **M.Ș. Minea, C.F. Costăș, op. cit.**, p. 95.

³⁸ Pentru critica acestui procedeu ca fiind în disonanță cu dispozițiile constituționale care impun dezbaterea fiecărei ordonanțe în parte și aprobarea/respingerea fiecăreia printr-o lege distinctă [art. 115, alin. (7) Constituția României, republicată], a se vedea **C.F. Costăș, op. cit.**, p. 85-86; **M.Ș. Minea, C.F. Costăș, op. cit.**, p. 95, nota de subsol nr. 2.

³⁹ **M.Ș. Minea, C.F. Costăș, op. cit.**, p. 88.

⁴⁰ Este vorba de legi ordinare, legi organice, ordonanțe de Guvern ori ordonanțe de urgență.

⁴¹ De exemplu, o lege ordinară (e.g. de modificare a Codului fiscal ori a Codului de procedură fiscală) poate deroga de la prevederile unei alte legi ordinare (e.g. art. 4, alin. 1 C. fisc ori art. 3, alin 1 C. pr. fisc.). Derogarea poate fi atât expresă (utilizând, bunăoară, formula „prin derogare de la prevederile art. 4, alin. 1 C. fisc./art. 3, alin. 1 C. pr. fisc., proiectul de lege a fost/este promovat cu mai puțin de 6 luni înainte de data – prognozată ca moment al – intrării sale în vigoare” ori „prin derogare de la art. 3 C. pr. fisc./art. 4 C. fisc., prezenta lege intră în vigoare cu mai puțin de 6 luni înainte de momentul promovării sale”) ori tacită, implicită (fără a conține vreo referire la art. 4, alin. 1 C. fisc ori la art. 3, alin. 1 C. pr. fisc., legea fiind pur și simplu publicată în Monitorul Oficial fără vreo referire la dispozițiile fiscale în materie).

⁴² Ambele coduri dețin forța juridică a unor legi ordinare.

⁴³ A se vedea **H. Sasu, L. Țătu, D. Pătroi, Codul de procedură fiscală. Comentarii și explicații**, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 19, autori care subliniază că prin inserarea sintagmei „de regulă” în cuprinsul textului de lege al art. 3, alin. (1) al C. pr. fisc., această normă „devine de recomandare, fără nici o sancțiune în cazul în care este nerespectată”. Din interpretarea *per a contrario* a acestei afirmații, rezultă că, în optica autorilor citați, în măsura în care legiuitorul n-ar fi utilizat termenul „de regulă”, norma ar fi deținut aptitudinea „sancționării” actului normativ care transgresează dispozițiile art. 3, alin. (1) C. pr. fisc. Exprimăm

serioase rezerve față de un astfel de punct de vedere, căci, chiar și în ipoteza în care sintagma „de regulă” n-ar fi fost folosită de către legiuitor, promovarea unui proiect de lege cu nerespectarea termenului de 6 luni înainte de data intrării acestuia în vigoare ar fi constituit o *derogare implicită* de la dispozițiile art. 3, alin. (1) C. pr. fisc., respectiv art. 4, alin. (1) C. fisc., derogare căreia nu-i poate fi atașată absolut nici o „sanctiune” deoarece între legile ordinare nu pot fi stabilite raporturi de subordonare.

⁴⁴ M.Ș. Minea, C.F. Costăș, *op. cit.*, p. 99.

⁴⁵ A se vedea *supra*, nota de subsol nr. 40.

⁴⁶ Afirmația este valabilă cu titlu de regulă generală, putându-se deroga printr-o lege ulterioară de la dispozițiile unei legi anterioare – *lex posterior derogat prior*.

⁴⁷ A se vedea *infra*, nr. 13.

⁴⁸ Un punct de vedere contrar afirmației noastre, respectiv susținerea „prevalenței” Codului fiscal asupra legii ulterioare care modifică prevederile Codului fiscal, nerespectând art. 4, alin. (1) teza a II-a și alin. (2) a acestui act, ar determina concluzia existenței, în virtutea art. 1, alin. (3) C. fisc., a unui „conflict” între dispozițiile art. 4, alin. (1) C. fisc. care impun promovarea proiectului de lege cu cel puțin 6 luni înaintea datei intrării sale în vigoare și dispozițiile din legea modificatoare (care reprezintă o prevedere dintr-un „alt act normativ”) care dispun că respectivul act ar intra în vigoare la o anumită dată (în situația în care această mențiune lipsește, „conflictul” va exista între dispozițiile art. 4 C. fisc., pe de o parte, respectiv art. 78 ori, după caz, art. 115, alin. (5) din Constituția României, republicată, pe de altă parte – a se vedea *infra* nr. 13 și *infra*, nota de subsol nr. 49).

Chiar presupunând prin absurd că normele Codului fiscal ar fi plasate deasupra tuturor celorlalte - prezente și viitoare - acte normative cu forța legii ordinare ca urmare a manifestării de voință a legiuitorului materializată prin formularea în acești termeni a art. 1, alin. (3) C. fisc., considerăm că și atunci s-ar putea afirma faptul că *aceeași voință* legiuitoare poate să deroge (expres sau, în egală măsură, implicit) de la cele urmărite inițial prin instituirea „prevalenței” Codului fiscal asupra „oricărui alte prevederi din alte acte normative” (sic!).

⁴⁹ Formularea gramaticală a art. 1, alin. (3) ar putea aduce în discuție constituționalitatea acestuia, căci, în cele din urmă, și Constituția României este tot o lege, însă nu de natură organică sau ordinară, ci constituțională [art. 73, alin. (1) din Constituție]. Or, din formularea textului art. 1, alin. (3) C. fisc., ar rezulta concluzia că textul acestuia instituie prevalența normei cuprinse în Codul fiscal ori de câte ori aceasta este „în conflict” cu „oricare prevederi din alte acte normative”, deci și în raport cu legea fundamentală, lucru imposibil de acceptat.

⁵⁰ Pentru discuția detaliată acestei problematici, a se vedea *infra*, nr. 15.

⁵¹ Presupunând că textul actului normativ nu derogă în mod expres de la aceste norme.

⁵² Pe larg asupra necesității asigurării acestei certitudini în materie fiscală, a se vedea P. Lambert, *op. cit.*, n° 2, p. 6.

⁵³ D. Dascălu, C. Alexandru, *Explicațiile teoretice și practice ale Codului de procedură fiscală*, Ed. Rosetti, București, 2004, p. 28.

⁵⁴ M.Ș. Minea, C.F. Costăș, *op. cit.*, p. 99. Deși afirmațiile acestor autori vizează dispozițiile cuprinse în Codul fiscal, iar cele ale autorilor anterior citați (D. Dascălu, C. Alexandru, *op. cit.*) vizează normele existente în cuprinsul Codului de procedură fiscală, susținerile ambilor își păstrează deopotrivă aplicabilitatea atât în ceea ce privește Codul fiscal, cât și în egală măsură în ceea ce privește Codul de procedură fiscală, căci art. 4 C. fisc. și art. 3 C. pr. fisc. având un conținut identic.

⁵⁵ M.Ș. Minea, C.F. Costăș, *op. cit.*, p. 99.

⁵⁶ D. Dascălu, C. Alexandru, *op. cit.*, p. 28.

- ⁵⁷ Problema constituționalității art. 4, alin. (2) C. fisc. și a art. 3, alin. (2) C. pr. fisc. poate fi purtată doar în ipoteza modificării ori completării Codului fiscal ori a celui de procedură fiscală prin legi edictate de către Parlament ori ordonanțe aparținând puterii executive, căci doar în raport de astfel de acte normative există norme constituționale care dictează momentul intrării acestora în vigoare. Pentru discuția referitoare la aplicabilitatea art. 4, alin. (2) C. fisc. și a art. 3, alin. (2) C. pr. fisc. în ceea ce privește actele *secundum legem* având forță juridică inferioară legilor (e.g. hotărâri de guvern, ordine ministeriale, decizii ale primului-ministru etc.), a se vedea *infra*, nr. 16.
- ⁵⁸ Lucru admis de către autorii care folosesc această sintagmă. A se vedea **M.Ș. Minea, C.F. Costaș, op. cit.**, p. 99.
- ⁵⁹ *Ibidem*.
- ⁶⁰ Codul fiscal ori Codul de procedură fiscală, pe de o parte, respectiv legea ordinară (sau organică – *supra*, nota de subsol nr. 23) care modifică ori completează aceste acte normative fiscale.
- ⁶¹ Considerăm că nu s-ar putea susține că Parlamentul a stabilit în mod valabil, prin art. 4, alin. (2) C. fisc./art. 3, alin. (2) C. pr. fisc. o regulă generală privind momentul intrării în vigoare a legii material sau procesual fiscale în situația în care în textul actului normativ care modifică ori completează Codul fiscal ori Codul de procedură fiscală nu se prevede un alt moment incipient al producerii de efecte al respectivului act normativ. În lipsa indicării exprese a momentului intrării în vigoare a legii, care se menționează în *textul* actului normativ [art. 78 din Constituția României, republicată] sunt incidente prevederile art. 78, teza I din Constituția României, republicată, normă constituțională care vizează însăși ipoteza în care actul normativ **nu precizează** expres momentul intrării sale în vigoare [Art. 78 din Constituția României: „Legea se publică în Monitorul Oficial al României și intră în vigoare la 3 zile de la data publicării sau la o dată ulterioară prevăzută în textul ei”].
- ⁶² Art. 292, alin. (3) C. fisc. : „În perioada cuprinsă între 1 ianuarie 2005 și 1 ianuarie 2011, nivelul taxei asupra mijloacelor de transport, prevăzut la art. 263 alin. (4) și (5), se majorează prin hotărâre a Guvernului, în conformitate cu angajamentele asumate de România în procesul de negociere cu Uniunea Europeană, la Capitolul 9 - Politică în domeniul transporturilor, în luna aprilie a fiecărui an cuprins în perioadă, la propunerea Ministerului Transporturilor, Construcțiilor și Turismului și cu avizul Ministerului Finanțelor Publice și Ministerului Administrației și Internelor”.
- ⁶³ Art. 2, alin. (1), lit. c) din Legea 554/2004 a contenciosului administrativ arată că actul administrativ este „actul unilateral cu caracter individual sau normativ emis de o autoritate publică, în regim de putere publică, în vederea organizării executării legii sau a executării în concret a legii, care dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice [...]”.
- ⁶⁴ A se vedea **O. Podaru, Drept administrativ**, vol. I – Actul administrativ. Repere pentru o teorie altfel, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 230-236.
- ⁶⁵ Deși art. 4, alin. (1) C. fisc. arată că modificarea ori completarea Codului fiscal se efectuează numai prin „lege”, act normativ care trebuie promovat cu 6 luni înainte de data intrării acestuia în vigoare, considerăm că această regulă a existenței unui interval de minim 6 luni între momentul promovării proiectului actului normativ și momentul intrării acestuia în vigoare este aplicabilă și în ceea ce privește hotărârea guvernamentală vizată de art. 292, alin. (3) C. fisc. Dispozițiile art. 292, alin. (3) C. fisc. aduc o derogare numai în ceea ce privește posibilitatea modificării Codului fiscal prin *lege*, acordând un mandat de legiferare Guvernului astfel încât acesta să poată interveni în materia dreptului material fiscal printr-o hotărâre guvernamentală. Derogarea este acordată și permisă doar față de regula intervenției în dreptul fiscal prin *lege*, subzistând însă aplicabilitatea celorlalte reguli prevăzute de art. 4 C. fisc. respectiv art. 3 C. pr. fisc., fiind necesară, *inter alia*, promovarea proiectului de hotărâre guvernamentală cu 6 luni înainte de momentul intrării acestui act în vigoare.

- ⁶⁶ Raportat la regulile de competență materială în materia contenciosului administrativ, fiind vorba de anularea unui act administrativ aparținând „autorităților publice centrale”, instanța competentă material este Curtea de Apel [art. 10, alin. (1) din Legea 554/2004]. Din punct de vedere al competenței teritoriale, legea contenciosului administrativ instituie o competență alternativă, arătând că „reclamantul se poate adresa instanței de la domiciliul său sau celei de la domiciliul pârâtului” [art. 10, alin. (3) al Legii 554/2004], precizându-se în mod superfluu și că „dacă reclamantul a optat pentru instanța de la domiciliul pârâtului, nu se poate invoca excepția necompetenței teritoriale”.
- ⁶⁷ A se vedea **C.F. Costas, op. cit.**, p. 74. Autorul subliniază că excepțiile de la regula promovării proiectului de intervenție asupra Codului fiscal ori a celui de procedură fiscală „trebuie să fie temeinic justificate de inițiatorul proiectului”.
- ⁶⁸ Potrivit art. 2, alin. (1), lit. n) a Legii 554/2004, excesul de putere este definit ca fiind „exercitarea dreptului de apreciere al autorităților publice prin încălcarea limitelor competenței prevăzute de lege sau prin încălcarea drepturilor și libertăților cetățenilor”. În doctrină se precizează că această definiție se atașează noțiunii de „exces de putere” într-un sens „mai larg”, arătându-se că, „în sens restrâns [...] prin *exces de putere* se înțelege *exercitarea abuzivă sau eronată a puterii de apreciere pe care o are administrația (s.a.)*” – **O. Podaru, op. cit.**, p. 238-239.
- ⁶⁹ Deși art. 4, alin. (2) C. fisc. și art. 3, alin. (2) C. pr. fisc. arată că orice modificare sau completare a acestor acte normative intră în vigoare cu începere din prima zi a anului următor „celui în care a fost adoptată prin *lege* (s.n. – S.G.)” considerăm că raționamentul expus mai sus (*supra*, nota de subsol nr. 65) își păstrează valabilitatea; prin acordarea unui mandat de legiferare în temeiul căruia unui organ i se conferă competența de a interveni prin acte juridice *secundum legem* într-o reglementare având forța legii, se derogă *numai* de la regula modificării acestui din urmă act prin intermediul actelor normative având tot forța legii.
- ⁷⁰ Nu doar contribuabilii sunt afectați de „haosul” fiscal [pentru detalii referitoare la acest „haos” fiscal, a se vedea **C.F. Costas, Noi modificări...**, p. 14 și urm.], ci, în egală măsură, și organele fiscale, nevoite să-și adapteze funcționarea în raport de fiecare modificare intervenită în domeniul fiscal. În același sens, a se vedea **C.F. Costas, Procedura modificării...**, p. 73, nota de subsol nr. 4.
- ⁷¹ **J.-F. Renucci, *Tratat de drept european al drepturilor omului***, Ed. Hamangiu, București, 2009, nr. 643, p. 809.
- ⁷² *Ibidem*.
- ⁷³ În continuare, „C.J.U.E.”.
- ⁷⁴ A se vedea și **D. Simon, *La confiance légitime en droit communautaire: vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte?* în *Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg. Le rôle de la volonté dans les actes juridiques***, Bruylant, Bruxelles 2000, p. 733 și urm.
- ⁷⁵ C.J.C.E., C-81/72, *Comisia c. Consiliul*, Culegere 1973, p. 575; C.J.C.E., C-74/74, *CNTA c. Comisia*, Culegere 1975, p. 533; C.J.C.E., C-112/77, *Töpfer c. Comisia*, publicată în Culegere 1978, p. 1019; C.J.C.E., C-289/81, *Massilis Mavridis c. Parlamentul*, Culegere 1983, p. 1731; C.J.C.E., C-120/86, *Mulder c. Minister van Landbouw en Visserij*, Culegere 1988, p. 2331; Tribunalul Primei Instanțe a Comunităților Europene (în continuare, „T.P.I.”), T-123/89, *Chomel c. Comisia*, Culegere 1990, p. II-131; C.J.C.E., C-63/93, *Fintan Duff și alții c. Minister for agriculture and food*, Culegere 1996, p. 589; T.P.I., cauzele conexe T-186/97 și urm., *Kaufring și alții*, Culegere 2001, p. 1337; C.J.C.E., C-83/99, *Comisia c. Spania*, Culegere 2001, p. 445; T.P.I., T-6/99, *ESF-Stahlwerke Faralpi GmbH*, Culegere 2001, p. II-1523.
- Menționăm că pentru hotărârile pronunțate înainte de modificarea denumirii instanței de la Luxembourg, operată ca urmare a intrării în vigoare a Tratatului de la Lisabona, vom păstra denumirea inițială, respectiv Curtea de Justiție a Comunităților Europene (C.J.C.E.).

- ⁷⁶ În cazul în care speranța este fondată pe un act nelegal din partea Comisiei sau a oficialilor acesteia, ori bazată pe o practică a unui stat membru care nu respectă legislația unională, speranța astfel creată nu este *legitimă*, iar principiul își pierde aplicabilitatea într-o atare ipoteză. A se vedea C.J.C.E., C-5/82, *Hauptzollamt Krefeld c. Maizena GmbH*, Culegere 1982, p. 4601; C.J.C.E., C-188/82, *Thyssen AG c. Comisia*, Culegere 1983, p. 3721; C.J.C.E., C-316/86, *Hamburg-Jonas c. Krucken*, Culegere 1988, p. 2213. În egală măsură, nu se poate invoca principiul încrederii legitime în cazul în care persoana care afirmă incidența acestuia a încălcat reglementarea – C.J.C.E., C-67/84, *Sideradria SpA c. Comisia*, Culegere 1985, p. 3983; C.J.C.E., C-96/89, *Comisia c. Olanda*, Culegere 1991, p. 2461. Pentru o analiză detaliată a trăsăturii *legimității* încrederii, a se vedea E. Sharpston, *Legitimate Expectations and Economic Reality* în *European Law Review* vol. 15/1990, p. 103; M.Ș. Minea, C.F. Costăș, *op. cit.*, p. 49; P. Craig, G. de Burca, *Dreptul Uniunii Europene*, ed. a IV-a, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 693.
- ⁷⁷ A se vedea P. Craig, G. de Burca, *op. cit.*, p. 693.
- ⁷⁸ A se vedea și R. Munteanu, *Drept european*, Ed. Oscar Print, București, 1996, p. 330. Autoarea arată că instanța de la Luxembourg a încercat să stabilească, în jurisprudența aferentă acestui principiu, un just echilibru între respectarea încrederii legitime a persoanelor într-o reglementare care le este aplicabilă și exigențele nu mai puțin legitime ale flexibilității reglementării, în special în dreptul economic.
- ⁷⁹ C.J.C.E., C-97/76, *Merkur Aussenhandel GmbH & Co KG c. Comisia*, Culegere 1977, p. 1063.
- ⁸⁰ C.J.C.E., C-338/85, *Fratelli Pardini SpA c. Ministero del commercio con l'estero e Banca toscana*, Culegere 1988, p. 2041.
- ⁸¹ C.J.C.E., C-90/77, *Stimming c. Comisia*, Culegere 1978, p. 995.
- ⁸² Este eminent necesar ca modificarea sau abrogarea unei reglementări să respecte „un termen rezonabil”, fiind interzisă modificarea/abrogarea intempestivă a unei norme juridice – T.P.I., T-336/94, *Efisol SA c. Comisia*, Culegere 1996, p. II-1343; C.J.C.E., C-15/85, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo c. Comisia*, Culegere 1987, p. 1005. A se vedea și J.-F. Renucci, *op. cit.*, nr. 643, p. 810.
- ⁸³ C.J.C.E., C-T-46 și T-151-98, *Council of European Municipalities and Regions c. Comisia*, Culegere 2000, p. II-167.
- ⁸⁴ „În aceste condiții, un agent economic poate avea în mod legitim încrederea că pentru tranzacțiile încheiate irevocabil de către acesta în virtutea faptului că a obținut, sub rezerva unei garanții, licențe de export care fixează în avans cuantumul restituirii, nu va interveni nicio modificare neprevăzută care ar avea drept efect, reexpunându-l riscului de schimb, provocarea unor pierderi inevitabile” - C.J.C.E., C-74/74, *CNTA c. Comisia*, *precit.*, par. 42.
- ⁸⁵ C.J.C.E., C-396/98, *Schlossstrasse GbR c. Finanzamt Paderborn*, Culegere 2000, p. 4279, par. 47.
- ⁸⁶ C.J.C.E., C-152/88, *Sofrimport Sarl c. Comisia*, Culegere 1990, p. 2477.
- ⁸⁷ Pentru alte exemple de aplicare a acestui principiu, a se vedea I. Croizier, *Le principe de confiance légitime dans la jurisprudence communautaire relative aux aides d'Etat* în J. Raux, *Le droit de l'Union européenne en principes*, Ed. Apogée, 2006, Rennes, p. 219 și urm.
- ⁸⁸ C.J.C.E., C-81/72, *Comisia c. Consiliul, precit.*; C.J.C.E., C-120/86, *Mulder c. Minister van Landbouw en Visserij, precit.*; C.J.C.E., C-152/88, *Sofrimport Sarl c. Comisia, precit.*; T.P.I., T-6/99, *ESF-Stahlwerke Faralpi GmbH, precit.*; T.P.I., cauzele conexe T-186/97 și urm., *Kaufring și alții*, Culegere 2001, p. 1337.
- ⁸⁹ C.J.C.E., C-152/88, *Sofrimport Sarl c. Comisia, precit.*; P. Craig, G. de Burca, *op. cit.*, p. 681.
- ⁹⁰ Contra, a se vedea C.A. Cluj, secția de contencios administrativ și fiscal, sent. civ. nr. 297 din 11 august 2010, nepublicată. A se vedea și M.Ș. Minea, C.F. Costăș, *op. cit.*, p. 48-49.
- ⁹¹ Prin reducere la absurd, în măsura în care principiul european al încrederii legitime ar fi avut aplicabilitate universală (iar nu restrânsă la analiza valabilității unor norme europene), aplicarea acestuia ar fi fost obligatoriu de realizat în contra oricărei prevederi a dreptului intern român, în conformitate cu

art. 148, alin. (2) din Constituția României, republicată. Deși textul constituțional afirmă forța juridică superioară a prevederilor „tratatelor constitutive ale Uniunii Europene” și a „reglementărilor comunitare cu caracter obligatoriu”, considerăm că principiile generale ale dreptului comunitar dețin aceeași forță juridică, căci acestea „alături de tratatele constitutive, au fost și sunt parte componentă a dreptului primar unional” [T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, second edition, Oxford EC Law Library, Oxford, 2006, p. 33]. În același sens, a se vedea și J. Rideau, *Constitution et droit international dans les états membres de la Communauté européenne* în Revue française de droit constitutionnel, 1990.2.259.; J.F. Renucci, *op. cit.*, nr. 605, p. 774.

⁹² A se vedea C.F. Costăș, *Procedura modificării...*, p. 72; R. Bufan, M.Ș. Minea (coord.), *op. cit.*, p. 114-115; M.Ș. Minea, C.F. Costăș, *op. cit.*, p. 82.

⁹³ Omoloaga poloneză a Curții Constituționale române.

⁹⁴ Tribunalul Constituțional al Republicii Polone, Decizia din 15 februarie 2006, disponibilă în format electronic la http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/documents/K_48_04_GB.pdf (accesat la data de 01.12.2011). Pentru o analiză detaliată a acestei decizii, a se vedea C.F. Costăș, *Insuficiența perioadei de vacatio legis pentru introducerea unei noi cote de impunere a veniturilor persoanelor fizice* în Pandectele Române, nr. 6/2005, p. 145 și urm.

⁹⁵ Cameră ce poartă denumirea de „Sejm”.

⁹⁶ Sistemul polonez de impozitare a veniturilor funcționa de la 1 iulie 1992 în baza Legii privind impozitarea veniturilor persoanelor fizice din 1991, modificată în mai multe rânduri. În baza acestei legi, constituia obiect al impunerii, în principiu, venitul anual al unei persoane fizice, determinat ca diferența dintre venitul brut obținut și cheltuielile efectuate pentru obținerea acestui venit. Determinarea impozitului final datorat de contribuabil se efectua pe baza unei declarații de impunere a contribuabilului, după încheierea anului fiscal, în timp ce anumite plăți anticipate în contul impozitului final erau colectate prin reținere la sursă în cursul anului fiscal (e.g. salariile). Dacă suma plăților anticipate este mai mică decât impozitul anual datorat, contribuabilul este obligat să suporte diferența; simetric invers, contribuabilul era îndrituit a pretinde administrației fiscale restituirea sumelor plătite în plus. Impozitarea veniturilor se realiza în mod progresiv, conducând la impozitarea cu o cotă mai mare a veniturilor mai consistente. În anul 2005, existau trei paliere de impozitare, venitul anual mai mic de 37.024 zloți era impozitat cu cea mai mică cotă, de 19%; cel ce-al doilea nivel de impozitare corespundea veniturilor cuprinse între 37.024 și 74.048 zloți, fiindu-i atașată o cotă de impunere de 30%; veniturile care depășeau cifra de 74.048 zloți erau impozitate cu 40%. Esența legii de modificare a reglementării din 1991 o reprezenta introducerea, începând cu anul fiscal 2005, a celui de-al patrulea palier de impozitare progresivă, aplicabil veniturilor care excedau cifra de 600.000 zloți. Conform intenției legiuitorului, materializată în respectiva lege de modificare, impozitarea unui asemenea venit urma să se facă cu o sumă fixă de 227.992,48 zloți (nivelul maxim al impozitului din cel de-al treilea palier), plus 50% din venitul care depășea 600.000 zloți. A se vedea C.F. Costăș, *op. cit.*, p. 145.

⁹⁷ Art. 122, alin. (2) Constituția Republicii Polone: „Președintele Republicii trebuie să semneze actul normativ în termen de 21 de zile de la data adoptării sale și trebuie să dispună publicarea acesteia în *Dziennik Ustaw* (corespondentul polonez al Monitorului Oficial; p.n. – S.G.)” [trad. n. – S.G.]. Textul original în limba poloneză: „Prezydent Rzeczypospolitej podpisuje ustawę w ciągu 21 dni od dnia przedstawienia i zarządza jej ogłoszenie w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej”.

⁹⁸ Cu opinia separată a unui judecător. Diferența de opinie între membrii completului de 5 judecători nu a privit problema insuficienței perioadei de *vacatio legis*, ci motivarea deciziei conform căreia singura normă ce și-a pierdut forța juridică este cea care se referă la data intrării în vigoare a noii reglementări. Pentru detalii, a se vedea C.F. Costăș, *op. cit.*, p. 146.

⁹⁹ Cerință creată jurisprudențial de către instanța de contencios constituțional poloneză.

¹⁰⁰ Tribunalul Constituțional al Republicii Polone, Decizia din 15 februarie 2006, disponibilă în format electronic la http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/documents/K_48_04_GB.pdf (accesat la data de 01.12.2011).

¹⁰¹ Termen stabilit în mod praetorian de către instanța de contencios constituțional poloneză ca fiind de o lună.

¹⁰² **M.Ș. Minea, C.F. Costăș, op. cit.**, p. 85.

¹⁰³ *Ibidem.*

¹⁰⁴ *Ibidem.*

¹⁰⁵ A se vedea și **C.F. Costăș, op. cit.**, p. 148. Autorul subliniază că „sintetic, decizia Tribunalului Constituțional polonez poate fi rezumată după cum urmează: modificarea legislației fiscale incidente în privința impozitării veniturilor persoanelor fizice trebuie să se facă de așa manieră încât să permită acestora cunoașterea noilor texte, cu un interval rezonabil de timp înainte de aplicarea lor efectivă. Introducerea acestei perioade de *vacatio legis* în materie fiscală s-a făcut tocmai prin jurisprudența Tribunalului Constituțional polonez, pornind de la principiul consacrat de art. 2 din Constituția Poloniei, anume principiul preeminenței dreptului (*rule of law*) într-un stat democratic”.

¹⁰⁶ A se vedea, în același sens, **C.F. Costăș, op. cit.**, p. 148-149.

¹⁰⁷ **I. Muraru, E.S. Tănăsescu în I. Muraru, E.S. Tănăsescu (coord.), op. cit.**, p. 7.

¹⁰⁸ Curtea Constituțională, decizia nr. 70/2000, publicată în M. Of. nr. 334 din 19 iulie 2000.

¹⁰⁹ **C.F. Costăș, op. cit.**, p. 149.

¹¹⁰ Pentru mai multe exemple în acest sens, a se vedea **C.F. Costăș, op. cit.**, p. 149.

¹¹¹ Cu toate acestea, considerăm că în situația în care modificarea prevederilor normelor procesual fiscale ar fi de natură a genera consecințe importante asupra situației contribuabililor (asemenea ipotezei modificării normelor material fiscale), modificarea normelor acestuia în cursul exercițiului anului fiscal n-ar fi posibilă. Pentru a ilustra printr-un exemplu, considerăm că nivelul dobânzii în materie fiscală [art. 120, alin. (7) C. pr. fisc.] ori nivelul penalităților de întârziere [120¹ C. pr. fisc.], precum și normele referitoare la incidența și aplicabilitatea acestor dispoziții [modul de calcul al dobânzilor fiscale, creanțele pentru care se datorează dobânzi fiscale etc.] n-ar putea fi modificate într-un mod conform cu art. 1, alin. (3) teza I din Constituția României, republicată, în cursul exercițiului unui an fiscal.

¹¹² Căci despre ce „situație imprevizibilă, care se abate de la regulile sau așteptările obișnuite, de natură să întretină, să determine ori să favorizeze periclitarea interesului public, implicând, din acest motiv și în lipsa altor mijloace constituționale imediate, măsuri urgente pentru înlăturarea sau prevenirea pericolului, aplicabile de îndată, măcar parțial” [definiția „situației extraordinare a cărei reglementare nu poate fi amânată”, oferită de **I. Deleanu, op. cit.**, p. 705] să poată fi vorba, în situația în care ordonanța rămâne „în suspensie” o perioadă *rezonabilă* (care, în conformitate cu jurisprudența Tribunalului Constituțional Polonez – a cărei preluată apreciem că s-ar impune și în dreptul nostru – nu poate fi mai scurtă de o lună)? Cât timp o ordonanță de „urgență” este obligată, sub sancțiunea neconstituționalității sale în raport de art. 1, alin. (3) din legea fundamentală, să își amâne momentul intrării în vigoare timp de minim o lună de la momentul publicării sale în Monitorul Oficial, în acest caz nu mai poate fi vorba de o „situație extraordinară a cărei reglementare nu poate fi amânată”, care să suporte o „amânare” având o durată de cel puțin de o lună.

¹¹³ Bunăoară, reducând cota unui impozit ori suprimând cu totul această prelevare de natură fiscală; scutind de la prelevarea unei sume o categorie anume de persoane; acordând o scutire de la plata dobânzilor fiscale și a penalităților de întârziere în ipoteza în care contribuabilul își execută obligațiile fiscale într-un anumit termen etc.

¹¹⁴ Referitor la *rațiunea* neconstituționalității unui act normativ ce nu institua un termen rezonabil de *vacatio legis*, deosebit de sugestive pentru a ne scuti de comentarii suplimentare sunt cele reținute de către Tribunalul Constituțional al Republicii Polone în cuprinsul deciziei din data de 15 februarie 2006, *cit. supra*: „principiul încrederii în Stat și în legile sale, numit și principiul loialității Statului în raport cu destinatarii normelor juridice, derivat din principiul statului democratic guvernat de preeminența dreptului (*rule of law*), impune ca reglementarea legală și aplicarea legii să nu creeze <<capcane>> pentru cetățeni. Un cetățean trebuie să aibă posibilitatea de a-și conduce afacerile cu încredere în faptul că nu se expune unor efecte juridice care nu pot fi prevăzute în momentul în care ia o anumită decizie, precum și convingerea că acțiunile legale întreprinse vor fi astfel considerate de legiuitor și pe viitor. Normele juridice noi nu trebuie să-i surprindă pe destinatarii lor, ci dimpotrivă, trebuie să le ofere suficient timp pentru a se adapta la prevederile modificate și pentru a lua decizii înțelepte cu privire la viitoarea lor conduită”.

MODALITĂȚI PRINCIPALE DE COMITERE A INFRAȚIUNILOR, POTRIVIT JURISPRUDENȚEI INSTANȚELOR PENALE INTERNAȚIONALE: COMITEREA DIRECTĂ SAU AUTORATUL; COMITEREA INDIRECTĂ SAU COMITEREA PRIN INTERMEDIUL ALTEI PERSOANE; PARTICIPAREA LA O „ ÎNTREPRINDERE CRIMINALĂ COMUNĂ”

Liviu-Alexandru LASCU*

Abstract: The main modes of liability for crime committing, according to the jurisprudence of international criminal courts: *the direct commission* or the *perpetration*; *the indirect commission* or the *commission through another person*; *the participation in a „joint criminal enterprise”*. *The mass graves discovered on the territory of the former Yugoslavia, the genocide of Rwanda, the use of children-soldiers, the mass rape and massacre of civil population in many African countries or other countries of the world, not only horrified the international community but also created an unprecedented challenge in modern world history: the prosecution and the trial by international criminal courts of the military and political leaders who are responsible for the commission of these crimes.*

The international community, U.N. and the leaders of most states have agreed upon the fact that the phenomenon of impunity of those state or military leaders who conceive and orchestrate war crimes, crimes against humanity, aggression and genocide, regardless of the place where they might be committed, has to come to an end. Thus, they considered that the establishment of some criminal courts at an international level is the only viable way to prosecute the perpetrators as long as the states where the crimes occurred, either have no genuine will or have no the capacity to do it. These courts, like all others in this respect, aim to convict the persons at the top levels of the structures committing the crimes, as well as to deter the commission of such crimes in the future.

The principles of international public law regarding the observance of the states sovereignty and the noninterference in the internal affairs of the states,

frequently invoqued during the past centuries as a ground for the lack of involvement of the international community in trying this kind of crimes, can no longer be used nowadays. These crimes, by their magnitude of gravity, are affecting the values of the entire humanity to an extent going beyond the borders of a certain state and therefore the international community's reaction must be adequate, that is, to act with disregard to what a national authority decides when it has no will to do the right justice or, it simply cannot do it.

Even though, there is no doubt regarding the generous and bold purposes of the international criminal justice, its settlement, from a political and administrative point of view as well as from the perspective of the adequate judicial tools, continues to encounter many difficulties. We can offer some examples in this respect: the international criminal justice is not functioning within the powers' structure of a state architecture but at an international level, under the auspicious of U.N., without the backing of proper executive and legislative powers; its activity is dependent in many situations on some international bodies and national authorities' support; it has to deal with an impressive case law, that is, thousands of facts and perpetrators, who cannot be prosecuted entirely, but only selectively, even though, there is no legal provision to regulate such selection; there is a specific modus operandi for the crimes fallen under its competences, that is, the crimes committed by some large groups of perpetrators, more or less organized, and only in a few cases, individually; gathering the forensic evidence is a very difficult task, in most of the cases, because, on the one hand, the witnesses surviving the massacres can be found only exceptionally and, on the other hand, there are more than a few witnesses who refuse to cooperate with the international judicial bodies for fear of future reprisals or because they simply lack interest in seeing the perpetrators being convicted; these international courts cannot act with disregard to the internal or international political environment surrounding its activities, and therefore, even though criticized in some national legal systems, the practice of the opportunity and utility principles in accomplishing international justice cannot be excluded; finally, no matter how unfair it may seem, the total deletion of the impunity phenomenon in these cases is impossible because, even if hypothetically we assumed that the international courts have enough means to do it, a scale conviction of the perpetrators would automatically lead to the resurrection of those tensions which have triggered and fueled the conflict.

Under the above mentioned circumstances, the conviction of the accused as perpetrators, coperpetrators or on the ground of any other main mode of liability for committing the crimes, proved to be very difficult. There is a pattern in committing

these crimes, in the sense that, the facts are committed by the people at the lowest levels of the group hierarchy while these facts are masterminded by the leaders who, in most cases, didn't personally do any material act. Thus, their conviction on the ground of the classical formulas of *actus reus* and *mens rea*, wouldn't be possible. On the other hand, convicting the leaders on the ground of a derivative mode of liability for only aiding, abetting, inciting, planning or ordering the commission of these crimes, would be a profound act of injustice.

Considering these, the learning of international criminal courts' jurisprudence with regard to the main modes of liability for crime committing, from the first trials of the ad-hoc tribunals, namely The International Criminal Tribunal for former Yugoslavia and The International Criminal Tribunal for Rwanda, which had been endowed with scarce statutory provisions and benefited from only some controversial judicial practice, until the current activity of the International Criminal Court which has to cope with some doctrinaire aspects of its statute provisions, the legitimacy and also the political and administrative support, offers us a very interesting perspective.

Rezumat: Grupile comune descoperite pe teritoriul fostei Iugoslavii, genocidul din Ruanda, folosirea copiilor-soldați, violarea și masacrarea la scară a populației civile din mai multe țări africane și din diferite alte părți ale lumii, afectate de război, nu numai că au oripilat comunitatea internațională dar au creat și o provocare fără precedent în istoria modernă a lumii: tragerea la răspundere penală a liderilor politici și militari responsabili de comiterea acestor crime de către instanțe penale internaționale.

Comunitatea internațională, O.N.U. și liderii majorității statelor lumii au considerat că fenomenul de impunitate a liderilor care concep și orchestrează crime de război, crime împotriva umanității, crime de agresiune și genocid, indiferent de locul unde acestea s-ar comite, trebuie să înceteze. Organizarea unor instanțe penale de factură internațională a fost considerată ca fiind singura modalitate viabilă pentru ca aceștia să fie trași la răspundere, în condițiile în care statele unde au fost comise crimele nu a dorit sau nu a avut capacitatea de a organiza procese penale împotriva lor. Scopul acestor instanțe, ca de altfel al oricăror altele, este de a pedepsi persoanele din vârful ierarhiei structurilor care au comis aceste crime, precum și de a-i descuraja pe cei care urmăresc comiterea lor pe viitor.

Principiile de drept internațional public privind respectarea suveranității statelor și neamestecul în treburile lor interne, care au fost des invocate în secolele precedente pentru a justifica neimplicarea comunității internaționale în judecarea acestor fapte,

nu mai pot fi invocate cu succes în prezent. Aceste crime sunt caracterizate de o gravitate extremă și afectează valorile umanității la un nivel ce depășește frontierele unui stat, fapt pentru care, reacția comunității trebuie să fie una pe măsură, respectiv să nu se mărginească la ceea ce decide o autoritatea internă a unui stat, atunci când aceasta nu poate sau nu dorește să înfăptuiască actele de justiție care se impun.

Dacă scopul justiției penale internaționale este unul generos și îndrăzneț, organizarea acesteia, atât din punct de vedere administrativ cât și din perspectiva instrumentelor judiciare adecvate, a fost și rămâne încă dominată de greutate. Cu titlu de exemplu se pot enumera câteva aspecte de acest gen: justiția penală internațională nu se realizează în cadrul raporturilor de putere specifice arhitecturii statale ci la nivel internațional, sub egida O.N.U., cu un suport legislativ și de natură executivă precar; activitatea sa este dependentă, într-o măsură însemnată, de sprijinul anumitor organisme internaționale și autorități naționale; se confruntă cu o cazuistică impresionantă, mii de fapte și de autori care nu pot fi urmăriți și judecați în totalitate, ci numai din perspectiva unei selecții în privința căreia nu există criterii prestabilite de acte normative; există un specific al modului de comitere a infracțiunilor în privința cărora își exercită competențele, respectiv de către grupuri mari de persoane, organizate sau mai puțin organizate și doar izolat în mod individual; activitatea de probațiune, în general, este dificil de realizat, pe de o parte datorită faptului că, în mod excepțional se găsesc martori supraviețuitori ai masacrelor iar pe de altă parte, nu puțini sunt martorii evenimentelor care nu cooperează cu organele judiciare de frica unor represalii ulterioare sau din lipsă de interes față de condamnarea autorilor; în fine, oricât de injust ar părea, suprimarea totală a fenomenului de impunitate este irealizabilă deoarece, chiar dacă ipotetic am presupune că instanțele penale internaționale au toate mijloacele la îndemână, acest lucru nu este posibil pentru că ar presupune condamnări la scară largă, implicit renașterea unor tensiuni de natura celor care au animat conflictul; aceste instanțe nu pot face abstracție de climatul politic intern și internațional în care își desfășoară activitatea, astfel încât, deși criticată în anumite sisteme naționale de drept, aplicarea principiilor utilitariste sau de oportunitate în modul de înfăptuire a justiției penale internaționale, nu poate fi exclusă.

În condițiile mai sus arătate, tragerea la răspundere penală a inculpaților pentru comiterea în calitate de autori, coautori sau alte modalități principale de comitere a infracțiunilor s-a dovedit a fi anevoioasă. Există un tipic al comiterii acestor crime în sensul că faptele se produc de către persoanele aflate la baza piramidei ierarhice deși ele sunt concepute și coordonate de către lideri care nu desfășoară, în cea mai mare parte a cazurilor, în mod personal, acte materiale. Astfel, condamnarea lor în baza

unor formule clasice ale elementelor *actus reus* și *mens rea*, așa cum sunt ele cunoscute în sistemele judiciare naționale, nu ar fi fost posibilă. Pe de altă parte, condamnarea liderilor numai pentru complicitatea, instigarea, planificarea sau ordonarea acestor crime, reprezentând moduri derivate de comitere a infracțiunilor, ar fi constituit un profund act de injustiție.

Din aceste considerente, studiarea practicii judiciare a instanțelor penale internaționale în privința modalităților principale de comitere a infracțiunilor, de la primele procese ale tribunalelor *ad-hoc*, respectiv Tribunalul Internațional Penal pentru fosta Iugoslavie și Tribunalul Internațional Penal pentru Ruanda, care au beneficiat de dispoziții statutare precare și de precedente judiciare controversate și până la activitatea curentă a Curții Penale Internaționale care se confruntă cu probleme de natură doctrinară, de legitimitate și de suport politic și administrativ, oferă o perspectivă deosebit de interesantă.

Keywords: *international criminal courts, direct commission, indirect commission, joint criminal enterprise, war crimes, crimes against humanity, aggression, genocide, main modes of liability, derivative modes of liability.*

Cuvinte cheie: *instanțe penale internaționale, comiterea directă, comiterea indirectă, înțeprire criminală comună, crime de război, crime împotriva umanității, agresiune, genocid, modalități principale de comitere, modalități derivate de comitere*

1. Considerații introductive

Instanțele penale internaționale sunt instituții de dată relativ recentă în peisajul instituțiilor internaționale, în ciuda faptului că necesitatea pedepsirii unor fapte extrem de grave, de natură a leza interesele fundamentale ale comunității internaționale se impunea cu mult timp înainte de apariția lor. Nu mai puțin adevărat este faptul că o instanță de judecată de factură supranațională, cu competențe în materia dreptului penal, o zonă foarte sensibilă și care, în mod tradițional, reprezintă unul dintre elementele-cheie care definesc suveranitatea unui stat, era greu de realizat în perioada marcată de conflicte și confruntări între marile puteri de dinainte de ultima decadă a sec. al XX-lea.

Chiar și în condițiile unei acalmii pe plan internațional, cauzate de încheierea Războiului Rece, înființarea prin Rezoluția Consiliului de Securitate a O.N.U. nr. 827/1993 a *Tribunalul Internațional pentru urmărirea penală a persoanelor responsabile pentru grava încălcare a Dreptului Umanitar Internațional pe teritoriul fostei Republici Federative Iugoslavia începând cu anul 1991*, cunoscut și sub numele de *Tribunalul Internațional Penal pentru fosta Iugoslavie (T.I.P.F.I.)* nu poate fi considerată ca un act în deplin consens prin care statele lumii și în special marile puteri acceptă o jurisdicție penală internațională și omnipotentă în judecarea crimelor grave împotriva umanității.

Competențele acestei instanțe au fost stabilite în mod expres în conținutul rezoluției ca fiind limitate la teritoriul fostei Iugoslavii, astfel încât, activitatea ei nu avea cum să afecteze interesele marilor puteri în arena internațională.

Apreciem că și înființarea prin Rezoluția Consiliului de Securitate a O.N.U. nr. 955/1994 a celui de-al doilea tribunal ad-hoc, *Tribunalul Internațional pentru urmărirea penală a persoanelor responsabile pentru grava încălcare a Dreptului Umanitar Internațional pe teritoriul Ruandei, între ianuarie 1994 și decembrie 1994*, cunoscut și sub numele de *Tribunalul Internațional Penal pentru Ruanda (T.I.P.R.)* a fost rodul unei conjuncturi similare. Faptele comise de beligeranți în timpul războiului civil din această țară au fost de o ferocitate ieșită din comun și au dus la moartea a aproape un milion de persoane, în imensa lor majoritate, populație civilă. A fost necesară o reacție din partea comunității internaționale și ca atare, acestei instanțe i s-au conferit competențe limitate spațio-temporal la crimele comise pe timpul războiului civil.

Nu considerăm, nici pe departe, că instanțele ad-hoc mai sus amintite au avut un rol marginal în realizarea justiției penale internaționale, ba din contră, ele au contribuit decisiv la cristalizarea unei jurisprudențe în materie, numai că datorită competențelor limitate care le-au fost conferite prin statut, ele nu au avut anvergura unor instanțe penale internaționale cu plenitudine de jurisdicție, în care părțile, pe o bază legală solidă, să aibă o dispută cu egalitate de șanse.

Majoritatea inculpaților care au compărut în fața celor două instanțe ad-hoc, deși actori importanți în desfășurarea evenimentelor care au ocazionat producerea infracțiunilor deduse judecății, nu au fost personalități de primă mărime în arena internațională. Astfel, tribunalele penale internaționale nu au fost nevoite să facă față unor provocări serioase în exercițiul autorității lor. În aceste condiții, au fost formulate numeroase critici la adresa hotărârilor tribunalelor la care ne referim pentru faptul că acestea au urmărit să-i condamne pe inculpați, din rațiuni *utilitariste*¹, pentru a da satisfacție opiniei publice internaționale, mai degrabă decât pe temeuri de fapt și de drept, rezonabil determinate.

Adoptarea unor formule extinse ale noțiunii de *răspundere penală individuală*, așa cum vom arăta în capitolele următoare, a declanșat o reacție negativă din partea unor specialiști de marcă în domeniu și a ridicat suspiciuni asupra credibilității hotărârilor instanțelor ad-hoc. În aceste circumstanțe, înființarea Curții Penale Internaționale (C.P.I.), cu caracter permanent, prin Tratatul de la Roma din 17 iulie 1997, care în cuprinsul statutului ei a preluat o bună parte din experiența tribunalelor ad-hoc, a declanșat dezbateri controversate, ba chiar refuzul marilor puteri, S.U.A. Rusia și China de a semna tratatul, implicit nerecunoașterea autorității C.P.I. în raport de proprii cetățeni.

Nu sunt excluse rațiuni de natură politică în deciziile acestor state, dar argumentele lor au fost eminentamente de factură juridică. Cele mai vehemente critici ale statutului au fost formulate în legătură cu atribuțiile *proprio motu* de investigare conferite Procurorului C.P.I., considerate ca discreționare și cu posibilități mărite de influența deznodământul unor evenimente din sfera politicului, precum și în legătură cu ambiguitatea reglementărilor privind tragerea la răspundere penală a liderilor politici și militari pentru crimele comise de către subordonați și mai ales de către persoane care nu se află într-o relație de subordonare cu aceștia, deoarece permit o interpretare extensivă, dincolo de sfera de aplicare stabilită de reglementările interne ale acestor state.

Desigur, obiecțiunile invocate mai sus, la fel ca și altele nemenționate, nu sunt în afara oricăror critici, dar, ceea ce contează în cele din urmă, este faptul că trei dintre marile puteri ale lumii nu au semnat tratatul de înființare a C.P.I.. Statele respective sunt membre permanente ale Consiliului de Securitate al O.N.U., organism care deține un rol hotărâtor în declanșarea procedurilor în fața acestei instanțe și în exercitarea prerogativelor ei de autoritate. Nesemnarea tratatului de către statele mai sus menționate, constituie, în consecință, un handicap major pentru buna funcționare a C.P.I..

În prezent, se fac eforturi atât din partea factorilor responsabili cu aspectele doctrinare cât și din partea factorilor politici pentru revizuirea Statutului C.P.I. și includerea între statele semnatare și a celor care au avut obiecțiuni la momentul încheierii tratatului.

Oricum, am putea aprecia că, până în prezent, C.P.I se bucură de o susținere destul de largă, cuprinde un număr de 114 state semnatare de pe toate continentele² și că, datorită acestui aspect, este foarte posibil ca într-un viitor apropiat, numărul lor să crească iar în eventualitatea modificării unor prevederi statutare, statelor semnatare să li se alăture și cele trei mari puteri.

În ce privește faptul că instanțele penale internaționale operează cu instrumente juridice inedite, neîntâlnite în sistemele naționale de drept, se impune precizarea că ele însele sunt apariții inedite, determinate de evenimente ieșite din comun, că au fost înființate în vederea îndeplinirii unui mandat special, respectiv de a suprima fenomenul de impunitate atât a autorilor cât și a liderilor politici și militari care se fac răspunzători de crime grave, de natură a leza interesele fundamentale ale comunității internaționale. Aspectele mai sus prezentate, alături de altele legate de modurile de comitere ale infracțiunilor, vor fi dezbătute amănunțit în cele ce urmează, în funcție de specificul fiecăreia.

2. Răspunderea penală pentru fapta proprie a persoanei fizice, principiul de bază pentru tragerea la răspundere în cadrul instanțelor penale internaționale

Înainte oricărei referiri la *modalitățile de comitere* ale infracțiunilor ce intră în competența instanțelor penale internaționale, se cuvine a face o analiză a instituției *răspunderii penale individuale*, întrucât, maniera în care este aceasta definită în cuprinsul statutelor instanțelor a contat foarte mult în dezvoltarea conceptelor teoretice privitoare la *modurile de comitere și formele de participație*.

Răspunderea penală individuală în fața instanțelor penale internaționale a fost un subiect delicat încă de la primele demersuri de înfăptuire a justiției la acest nivel, deoarece, instituția este înțeleasă în diferite moduri, de la un sistem național de drept la altul, dreptul cutumiar internațional oferă destul de puține referiri sub acest aspect iar timpul scurt avut la dispoziție, datorat presiunii comunității internaționale asupra O.N.U. de a înființa cât mai repede cu putință *tribunalele ad-hoc*, nu a permis elaborarea unui corp de lege foarte amplu și explicit.

În aceste condiții, *tribunalele ad-hoc*, și în mod special T.I.P.F.I. care a fost deschizătorul de drum, au fost nevoite să stabilească încă de la primele cazuri deduse judecății, coordonatele răspunderii penale a inculpaților trimiși în judecată de către Procuror.

Astfel, în cadrul primului proces de judecată al T.I.P.F.I.³, atunci când în cursul dezbaterilor s-a ridicat problema *responsabilității penale individuale* a unui inculpat care fusese implicat într-o grupare criminală, două aspecte esențiale a fost puse în discuție:

(i) dacă *actul material* de natură criminală al unei persoane (numit în continuare *actus reus*), poate da naștere la răspunderea penală a unei alte persoane, în condițiile în care ambele persoane au urmărit executarea unui plan comun;

și

(ii) dacă da, care trebuie să fie *gradul minim de cunoaștere* a naturii și urmărilor actului material și *intenția* persoanei care nu a îndeplinit actul material în raport de rezultatul acestuia (aspecte denumite în continuare *mens rea*), pentru a-i angaja răspunderea penală?

În rezolvarea chestiunii supusă discuției, instanța a plecat de la prezumția că, odată consacrat în sistemele dreptului intern al statelor cât și în normele de drept internațional, principiul răspunderii penale *numai pentru fapta proprie* trebuie aplicat și în cazul în speță. Este vorba despre principiul potrivit căruia nimeni nu poate fi tras la răspundere penală pentru fapte pe care nu le-a comis sau la comiterea cărora nu a avut nici o contribuție personală (*nulla poena sine culpa*).

Pe cale de consecință, în respectarea acestui principiu, instanțele penale internaționale aveau să stabilească pentru fiecare modalitate de comitere a faptelor, conținutul concret al celor două elemente, *actus reus* și *mens rea*, de maniera care să poată angaja răspunderea penală.

În altă ordine de idei, referitor la *modurile de comitere* care atrag răspunderea penală, instanța a considerat că pentru ca o faptă penală să-i atragă competența *ratione personae*, trebuie să fie îndeplinite următoarele patru condiții⁴ prealabile:

(i) modul de comitere care atrage răspunderea penală trebuie să fie prevăzut în Statutul T.I.P.F.I.;

(ii) respectivul mod de comitere, să fi fost prevăzut în *dreptul cutumiar internațional* la momentul producerii crimei;

(iii) norma cutumiară internațională să fi fost suficient de accesibilă inculpatului;

(iv) inculpatul să fi fost apt să prevadă că, procedând astfel, poate fi tras la răspundere penală.

Din concluziile mai sus prezentate, observăm că, au fost stabilite încă de la bun început coordonatele de *legalitate a incriminării* deoarece, situația concretă în care și-a desfășurat activitatea T.I.P.F.I. (și mai apoi T.I.P.R.), impunea acest lucru. Astfel, o bună parte dintre faptele comise pe teritoriul fostei Iugoslavii (și apoi pe cel al Ruandei) și deduse judecății tribunalelor *ad-hoc*, fuseseră comise înainte de adoptarea statutelor acestora. Cum legea penală nu retroactivează decât cu caracter de excepție, respectiv, în cazul aplicării principiului *legii penale mai favorabile* (fără incidență în cazurile la care ne referim) modalitățile de comitere a faptelor, respectiv formele de participare, trebuiau raportate la un cadru normativ. Singurul existent la data comiterii faptelor și pe care *tribunalele ad-hoc* puteau să își întemeieze soluțiile, a fost *dreptul cutumiar*

internațional. În acest fel, se explică recurgerea frecventă în cuprinsul hotărârilor acestor tribunale și îndeosebi a T.I.P.F.I. la reglementările *tribunalelor militare internaționale de la Nurenberg și Tokyo*, constituite prin Legea nr. 10 a Consiliului de Control al Aliaților din 10 noiembrie 1946⁵. Chiar dacă *tribunalele ad-hoc* nu au preluat anumite formulări sau concepte utilizate de către aceste tribunale militare internaționale, cu precădere cele controversate, cum ar fi *răspunderea corporativă și teoria conspirației*, au fost reținute o multitudine de alte aspecte privind încadrarea juridică a faptelor sau definirea unor modalități de comitere.

T.I.P.F.I. a luat în considerare și Raportul Secretarului General al O.N.U. întocmit ca urmare a dispozițiilor din Rezoluția Consiliului de Securitate nr. 808/1993, paragraful nr. 2, potrivit căruia „aplicarea principiului *nullum crimen sine lege* presupune ca tribunalul internațional să aplice regulile *dreptului internațional umanitar* care, fără nici un dubiu, reprezintă parte din *dreptul cutumiar internațional*”⁶. Interpretarea acestor norme de *drept internațional umanitar* urmau a fi făcute în conformitate cu regulile generale de interpretare a tratatelor, prevăzute în articolele 31 și 32 ale *Convenției de la Viena privind Legea Tratatelor din 23 mai 1969*⁷. Astfel, nu numai hotărârile T.I.P.F.I. ci, așa cum vom vedea în continuare, jurisprudența tuturor instanțelor penale internaționale poartă o amprentă semnificativă a *dreptului internațional umanitar*.

În activitatea C.P.I., aspectele mai sus prezentate nu au făcut obiectul dezbaterilor întrucât modalitățile de comitere care atrag răspunderea penală au fost prevăzute în Statutul C.P.I. iar faptele deduse spre judecată au fost comise după intrarea în vigoare a acestuia, astfel încât raportarea la normele cutumiare internaționale ca izvor de drept nu era necesară.

3. Modalități de comiterea a infracțiunilor, potrivit jurisprudenței instanțelor penale internaționale

Analizând conținutul statutului fiecăreia dintre cele trei instanțe penale internaționale, vom observa că dispozițiile care fac referire la modurile de comitere ale faptelor (art. 7 din Statutul T.I.P.F.I., art. 6 din Statutul T.I.P.R. și art. 25-28 din Statutul C.P.I.) sunt denumite „*Răspunderea penală individuală*”. Acest aspect poate crea o oarecare confuzie din moment ce, în codul nostru penal, modurile de comitere ale infracțiunilor, care se circumscriu într-o bună măsură instituției *participației penale*, sunt tratate într-un capitol distinct în Titlul II, referitor la instituția *infracțiunii*. Situația se explică prin aceea că, autorii au înțeles doar să enumere modalitățile de

participare care atrag răspunderea penală întrucât prin natura lor, acest gen de documente nu sunt atât de cuprinzătoare precum codurile penale din legislațiile statelor. A rămas astfel în sarcina instanțelor penale internaționale să le definească în acord cu normele penale din sistemele naționale, normele cutumiare internaționale, jurisprudența și principiile generale de drept.

Reținem, în acest sens, o primă definiție dată noțiunii de „comitere” de către T.P.F.I. astfel: „...*prin comitere se înțelege participarea directă, fizică și personală a inculpatului în comiterea crimei or omisiunea culpabilă a acestuia de a efectua un act care intra în obligația sa, potrivit unei norme de drept penal*”⁸. Pe parcursul proceselor, interpretarea noțiunii de „comitere” s-a făcut relativ unitar, această definiție fiind preponderent acceptată, dar au fost și situații, așa cum vom vedea în capitolele următoare, în care instanțele au dat o interpretare extensivă a noțiunii, implicit au emis hotărâri contradictorii, cu privire la stări de fapt relativ similare.

Din cuprinsul jurisprudenței celor trei instanțe, conturată ca urmare a interpretării normelor ce definesc răspunderea penală individuală din propriile statute precum și a preluării unor concepte existente în dreptul cutumiar internațional, constatăm că modalitățile de comitere a crimelor aflate în competența acestora au fost delimitate în două mari categorii:

(i) modalități principale, în care intră: *comiterea directă* sau autoratul; *comiterea indirectă* sau comiterea prin intermediul altei persoane; participarea la o așa numită „*întreprindere criminală comună*” ;

(ii) modalități derivate, în care intră: *planificarea; ordonarea; instigarea; complicitatea*.

Din împărțirea pe categorii a modurilor de comitere a faptelor care atrag răspunderea penală observăm că, exceptând prima dintre ele, *autoratul*, celelalte presupun o formă de *participație penală*, adică cel puțin două persoane care îndeplinesc împreună actul criminal, chiar dacă fiecare poate avea o contribuție, de natură sau de conținut, diferită.

3.1. Modalități principale

a) *Comiterea directă*. Din modul în care au fost concepute instanțele penale internaționale și din jurisprudența acestora vom observa că, misiunea lor principală a fost tragerea la răspundere a liderilor marcanți ai grupărilor care, pe timpul conflictelor armate, au comis crime de competența acestor instanțe. Este și firesc să-și fi propus

acest obiectiv deoarece, pe de o parte, judecarea tuturor persoanelor care au comis crime nu ar fi fost fizic posibilă la acest nivel, iar pe de altă parte, tragerea la răspundere penală a liderilor, deși absolut necesară pentru realizarea justiției, întrucât lor li se datorează conceperea, coordonarea și inclusiv comiterea infracțiunilor, s-a dovedit a fi sarcina cea mai dificilă și de cele mai multe ori, imposibil de realizat de către organele judiciare naționale.

Din această cauză, se poate observa că procesele penale internaționale abundă de crime comise în modalități care nu implică comiterea de către inculpați, în mod personal, a actelor materiale specifice crimelor respective. Fie că acestea au fost participări la o *întreprindere criminală comună*, *modalități derivate de comitere* sau *răspunderea superiorului pentru fapta subordonaților*, ele s-au raportat, în general, la acte materiale îndeplinite de alte persoane.

În mod excepțional, au fost situații în care inculpaților li s-au reținut crime comise nemijlocit, fie în mod *individual*, fie în *coautorat* cu alte persoane. Este, de asemenea, adevărat faptul că acești inculpați nu s-au numărat printre liderii-cheie ai forțelor combatante aflate în conflict ci au fost mai degrabă lideri locali sau șefi ai eșaloanelor inferioare ale structurii de comandă, dar, datorită modului în care au acționat și a consecințelor de natură penală produse, au fost trimiși în judecată în fața instanțelor internaționale.

Încă de la primul caz trimis spre judecarea T.I.P.F.I., s-au reținut în sarcina inculpatului Dusko Tadic⁹, pe lângă crime comise prin participarea la diferite *întreprinderi criminale comune* și crime comise în mod individual. Tot pentru comiterea, în mod personal, a unor crime de război au fost condamnați de către T.I.P.F.I. inculpații Miroslav Bralo¹⁰, Hazim Delic¹¹, Esad Landzo¹² și alții. Din cazuistica T.I.P.R. reținem că au fost condamnați pentru comiterea în calitate de autori sau coautori ai crimelor, inculpații Jean Paul Akayesu¹³, Clement Kayishema¹⁴, Emmanuel Rukundo¹⁵ și alții.

În ce privește cazuistica I.C.C., reținem că nu s-au pronunțat până în prezent hotărâri definitive, procesele sunt fie în desfășurare fie suspendate din cauză că inculpații se sustrag de la urmărirea penală¹⁶. Totuși, din actele de sesizare ale Curții sau din hotărârile Camerei Preliminare, se poate concluziona că, așa cum am menționat anterior, interesul major al Curții îl constituie, în continuare, judecarea liderilor marcanți care se fac responsabili de producerea crimelor iar din această perspectivă, *comiterea directă* în calitate de *autori* sau *coautori* ai crimelor, este reținută doar cu titlu de excepție¹⁷.

Din conținutul hotărârilor instanțelor penale internaționale prin care au fost dispuse condamnări ale inculpaților în calitate de *autori*, respectiv la comiterea infracțiunilor de către inculpat, în mod individual, fără aportul altei persoane, nu reținem să fi existat dispoziții doctrinare controversate. Instanțele nu au fost nevoite să recurgă la dreptul cutumiar internațional ca izvor de drept pentru această modalitate de comitere ci au avut doar sarcina de a analiza elementele *actus reus* și *mens rea* în acord cu prevederile din Statut pentru fiecare infracțiune și cu materialul probator avut la dispoziție. Se poate menționa însă că, în privința acestuia din urmă, instanțele penale internaționale, și în mod special T.I.P.F.I., au pronunțat o serie întreagă de achitări pentru lipsa de probe suficiente în dovedirea acuzațiilor.

În privința *coautoratului*, au existat mai multe discuții doctrinare pe timpul dezbaterilor, ba chiar anumite hotărâri controversate ale instanțelor, generate în special de înțelesul diferit al noțiunii de *contribuție* a făptuitorilor la îndeplinirea actelor materiale ce intră în conținutul infracțiunilor. Astfel, dacă în cea mai mare parte a hotărârilor, s-a apreciat că noțiunea de *contribuție* a făptuitorului trebuie să se limiteze la *acte de natură fizică* pentru atragerea răspunderii penale în calitate de *coautor*, au fost și hotărâri ale instanțelor care au acceptat că răspunderea în această calitate poate fi atrasă în anumite circumstanțe și atunci când făptuitorul nu îndeplinește acte materiale specifice infracțiunii în cauză. Aceste aspecte vor fi analizate în capitolele ce urmează, în contextul analizării și a altor forme de participare, respectiv *comiterea indirectă* și *întreprinderea criminală comună*.

b) *Comiterea indirectă*. Această modalitate de comitere a suscit, de departe, cele mai controversate discuții în sensul de a fi sau nu acceptată de către *tribunalele ad-hoc* ca modalitate de angajare a răspunderii penale. Ea a fost pusă în discuție pentru prima dată în *cazul Stakic*, în fața instanței de fond a T.I.P.F.I.. *Procurorul*, prin actul de trimitere în judecată, a reținut că „inculpatul se face vinovat de comiterea infracțiunii conform teoriei *coautoratului indirect* potrivit căreia *este răspunzător cel ce a avut o înțelegere cu anumite persoane în privința unui plan criminal, a jucat un rol cheie în această înțelegere și una sau mai multe persoane care au participat la această înțelegere au dus la îndeplinire planul criminal prin intermediul altor persoane, neparticipante la înțelegere*”(definiția *Stakic*)¹⁸. Din punct de vedere al temeiului de drept, *Procurorul* și-a întemeiat susținerea pe dispozițiile art. 7(1) din Statutul T.I.P.F.I., care, în opinia sa, prevede în *mod implicit* și această variantă de participare¹⁹. A fost invocată și existența unui *principiu general de drept*, cunoscut ca *teoria Roxin privind*

*participația*²⁰. Potrivit acestei teorii, pentru a exista o participație în forma *coautoratului* este necesară o *înțelegere tacită sau expresă* în privința scopului criminal comun, a unei *cooperări* și a unui *control comun* asupra actelor de executare.

Instanța de fond, deși a reținut ca atare susținerile procurorului în privința acestui gen de participație, a specificat totuși că, niciuna dintre sursele amintite nu menționează expres că sunt răspunzători toți participanții la elaborarea planului criminal pentru crimele comise de către persoanele străine de plan, persoane pe care unul sau mai mulți participanți le-au întrebuințat pentru ducerea planului la îndeplinire.

În apel, această modalitate de participare ca temei pentru răspunderea penală a inculpatului a fost înlăturată. Instanța a apreciat că, pe de o parte, există o insuficientă referire directă la acest gen de participație în sursele menționate de către Procuror iar, pe de altă parte, acceptarea *teoriei Roxin* ca *principiu general de drept*, în sistemele naționale de drept ale mai multor state, nu este un temei pentru aplicarea lui în această cauză. Motivul invocat a fost acela că nu este îndeplinită una dintre cele patru condiții prealabile pentru a pune în discuție *răspunderea penală individuală* a inculpatului, respectiv existența la momentul comiterii faptei a unei *norme cutumiare internațională* care să consacre acest gen de participație. Teoria Roxin privind participația este un *principiu general de drept* și nu o *normă cutumiară internațională*. Nu a fost luat în considerare nici argumentul *Procurorului* expus în timpul dezbaterilor orale ale motivelor de apel, potrivit căruia, în Statutul C.P.I., înființată între timp, la art. 25 (3), lit. „a” este prevăzută *răspunderea pentru fapta comisă prin intermediul altei persoane* fapt care, în opinia *Procurorului*, nu face altceva decât să materializeze într-un text de lege un principiu consacrat anterior înființării C.P.I. deci, existent și la data comiterii faptelor deduse judecății în această cauză.

Paradoxal sau nu, în data de 22 martie 2006, respectiv în aceeași zi în care se judeca apelul în cazul *Stakic*, un alt complet al T.I.P.F.I. care judeca în primă instanță cauza *Milutinovic*²¹, în Decizia prin care soluționa Moțiunea inculpatului *Ojdanic* referitoare la lipsa de competență a instanței, constatând că în cuprinsul amendamentelor la Rețizitoriu se invocă o formă de responsabilitate distinctă de cea a participării la o I.C.C., cu un conținut similar *definiției Stakic*, a respins acest mod de angajare a răspunderii penale individuale cu motivarea că părțile nu au adus dovezi clare privind o practică națională clară sau *opinio juris* care să demonstreze că *definiția Stakic* există în dreptul cutumiar internațional. Practic, a fost invocat același motiv ca și în decizia de judecata apelului din cazul *Stakic*.

De la cele două hotărâri ale T.I.P.F.I. și până în prezent, în jurisprudența acestei instanțe nu a mai fost invocată modalitatea de răspundere penală bazată pe *definiția Stacic* și nici o alta care să poarte denumirea de *comitere indirectă* sau *coautorat indirect*.

Cu totul surprinzător, T.I.P.R. care în cele mai multe dintre deciziile sale, judecând aspecte controversate doctrinar, a invocat jurisprudența T.I.P.F.I., prin Decizia dată în cauza ICTR-2001-66 (Cazul *Seromba*) din data de 12 martie 2008, în judecarea apelului, a reiterat o modalitate de *comitere indirectă* a crimei de genocid de către inculpatul Athanase Seromba, deși, în cuprinsul Rechizitoriului și în conținutul sentinței date în primă instanță, fusese reținută modalitatea de participare a *complicității* la crima de *genocid*. Pe cale de consecință, instanța a procedat implicit la o mărire considerabilă a pedepsei inculpatului de la 15 ani de închisoare la detențiune pe viață, o situație destul de rar întâlnită în jurisprudența acestei instanțe²². Decizia respectivă a declanșat vii controverse în literatura de specialitate²³ nu numai din perspectiva adoptării unei modalități de comitere, cea indirectă, în privința căreia se conturase deja concluzia că nu poate fi aplicată în jurisprudența *tribunalelor ad-hoc* din cauza faptului că nu este prevăzută în *dreptul cutumiar internațional*, dar a ridicat și serioase suspiciuni cu privire la reținerea elementului *dolus specialis*, specific crimei de *genocid*, în raport de starea de fapt stabilă, potrivit materialului probator.

În respectiva cauză, instanța a reținut că, în luna aprilie 1994, când în Ruanda s-au produs primele masacre ale populației *tutsi*, inculpatul Athanase Seromba era preot și slujea la biserica catolică din parohia Nyage, comuna Kivumu, prefectura Kibuye. În perioada 8-12 aprilie, populația *tutsi* din localitate a început să se refugieze în diferite instituții publice, în casele parohiale și în biserici, de frica represaliilor milițiilor *Interahamwe* și a jandarmilor care sosiseră în localitate cu intenția clară de exterminare a membrilor acestei etnii.

În data de 12 aprilie, jandarmii și milițiile înarmate au înconjurat domeniul unde se afla biserica din Nyage și clădirile aferente acesteia. Timp de 3 zile, refugiații au fost izolați în biserică iar cei care s-au încumetat să fugă din biserică de frica represaliilor sau cu scopul de a se aproviziona cu apă și hrană, au fost atacați cu grenade și arme de foc și uciși. Colaborarea inculpatului cu atacatorii a fost demonstrată fără dubiu, existând probe că acesta le-a cerut jandarmilor să tragă asupra celor care intră în livada bisericii pentru a se aproviziona cu banane iar în data de 16 aprilie, când atacatorii au decis să dărâme biserica cu un buldozer, l-au întrebat pe inculpat dacă le permite acest lucru iar el și-a dat, explicit, consimțământul. Urmare a aprobării sale și a indicării

de către inculpat a locurilor mai vulnerabile din construcția bisericii, aceasta a fost dărâmată cu ajutorul buldozerului peste mulțimea aflată înăuntru, provocând decesul a peste 1500 de persoane.

Instanța de fond a reținut aspectele de mai sus pe bază de probe indubitabile dar, în stabilirea modului de participare a inculpatului la producerea crimelor, a reținut că nu există dovezi mai presus de dubiu cu privire la *planificarea* de către inculpat sau la *participarea sa directă* în producerea masacrului, nici cu privire la *instigarea* sau *ordonarea* acestuia. Instanța a invocat ca etalon al noțiunii de „comitere”, definiția dată de T.I.P.F.I în cazul *Krstić*²⁴ unde se precizează că pentru a reține o formă de comitere principală, instanța trebuie să dețină dovezi clare că participarea inculpatului la îndeplinirea actelor materiale a fost *directă, fizică și personală*. Nefiind în posesia unor probe care să dovedească o astfel de participare, instanța a reținut că inculpatul se face vinovat doar de *complicitate* la crimele de genocid, exterminare și crime împotriva umanității, comise de atacatorii bisericii din Nyange în data de 16 aprilie 1994. În motivarea acestei încadrări juridice, instanța a arătat că inculpatul, din perspectiva elementului *mens rea*, nu putea să nu prevadă care sunt intențiile atacatorilor și faptul că prin modul cum acționează el personal, poate să contribuie substanțial la comiterea unor acte de genocid și exterminare.

Contrar poziției adoptate de către prima instanță în acest caz, instanța de apel, referindu-se, în concret, la dărâmarea bisericii din Nyange, a considerat că rolul inculpatului nu poate fi limitat la ceea ce se cheamă *sprijin* sau *ajutorare* în producerea crimelor ci că mai degrabă rolul acestuia a fost unul principal²⁵. Mai apreciază că instanța de fond a comis o eroare de drept atunci când a invocat faptul că noțiunea de „comitere” reclamă o participare *fizică și directă* a inculpatului și a invocat în acest sens o altă decizie a instanței de apel, în cazul *Gacumbitsi*, în care se arată că, „... în contextul producerii crimei de genocid ...participarea fizică și directă nu înseamnă numai îndeplinirea în mod personal a actelor materiale care au cauzat decesul victimelor; și alte acte de participare se pot cicumscrie noțiunii de *actus reus* al acestei crime”²⁶.

Mai departe, instanța de apel apreciază că în stabilirea faptului că o persoană a comis sau nu crima de omor, împrejurarea că aceasta a fost produsă cu propriile mâini nu trebuie să fie singurul criteriu relevant. În sprijinul acestei aprecieri, au fost invocate referințe notabile din *common law*²⁷ precum și o decizie a Curții Supreme Federale de Justiție a Germaniei²⁸. În ce privește standardul legal și corect al participării inculpatului Seromba, instanța a mai apreciat că, se pune problema ca acesta să fie considerat *coautor* la crima de *genocid* sau nu, numai în măsura în care, crimele de omor care s-au comis grație atitudinii lui, intră sau nu în conținutul noțiunii de *genocid*.

Instanța de apel a concluzionat, astfel, că inculpatul, în ce privește aspectul *mens rea* a avut nu numai o intenție generală în comiterea crimelor de omor ci, în mod evident, intenția specifică crimei de genocid, acel *dolus specialis*, de „... *distrugere, în întregime sau în parte, a unui grup de persoane dintre cele protejate de lege*”. Ca urmare, instanța a reținut că inculpatul a comis crima de *genocid* în forma *coautoratului indirect* și i-a aplicat pedeapsa detențiunii pe viață.

Criticile acestei decizii s-au bazat în primul rând pe faptul că decizia extinde limitele de aplicare ale noțiunii de „*comitere*” dincolo de înțelesul pe care l-a avut acesta în jurisprudența *tribunalelor ad-hoc*, până la pronunțarea acestei decizii, prin includerea și a altor acte de participare decât cele *personale, fizice și directe* ale inculpatului. Din această perspectivă, instanța a desființat barierele tradiționale ale înțelesului noțiunii și a intrat pe un tărâm periculos, care face oricând posibilă transformarea simplei *intenții criminale* a inculpatului într-o *modalitate principală de comitere*²⁹. Pe de altă parte, decizia instanței este criticată și pentru faptul că, potrivit situației de fapt, concluzia că sunt îndeplinite condițiile *dolus specialis* ale crimei de *genocid* este una mult exagerată din moment ce, potrivit definiției acestei crime și a practicii judiciare în materie, ea presupune o acțiune la scară, sistemică, cu implicare instituțională, concepută la un nivel decizional înalt, ori în aceste condiții, inculpatul nu avea cum să fie *coautor* al crimei de genocid. Hotărârea primei instanțe pare, în aceste condiții, mult mai bine ancorată în starea de fapt, din moment ce a reținut doar o participare a inculpatului în forma *complicității*.

Faptul că instanța de apel a vrut să stabilească o pedeapsă exemplară pentru genul de conduită pe care l-a adoptat inculpatul cu ocazia comiterii masacrului de la biserica din Nyange, firescă de altfel, nu o pune la adăpost de critici, deoarece a recurs la interpretarea extensivă a unor noțiuni deja cristalizate în jurisprudență, când putea să mărescă pedeapsa păstrând încadrarea juridică a instanței de fond, din moment ce nu există limitări ale pedepsei în raport de anumite forme de participare în comiterea crimelor.

Din aceste motive, suntem îndreptățiți să credem că, formula de răspundere a inculpatului *Athanase Seromba*, adoptată de instanța de apel a T.I.P.R. nu poate constitui un precedent judiciar de referință ci este mai degrabă o excepție nefericită de la modalitățile consacrate de jurisprudența *tribunalelor ad-hoc*.

În ce privește activitatea C.P.I., observăm, în primul rând, că, din conținutul definiției *răspunderii penale individuale* de la art. 25 (3) lit. „a”, respectiv „... *comite acea crimă, fie individual, împreună cu o altă persoană sau prin intermediul unei alte persoane, fie că această altă persoană este sau nu responsabilă penal*”, posibilitatea

de tragere la răspundere penală a unei persoane pentru comiterea unei crime în forma de participație a *coautoratului indirect* este prevăzută în textul de lege. În acest fel, Curtea este dispensată de invocarea *dreptului cutumiar internațional* pentru a face dovada că modalitatea respectivă de participație exista la data comiterii faptei. Acest lucru este posibil, cu atât mai mult cu cât, C.P.I. poate fi sesizată cu judecarea numai a faptelor comise după intrarea în vigoare a statutului acesteia, deci problema *legalității incriminării*, nu se pune în discuție.

Observăm, așadar, că, spre deosebire de conținutul laconic al definiției răspunderii penale individuale din cuprinsul statutelor tribunalelor *ad-hoc*, în conținutul dispoziției mai sus amintite din Statutul C.P.I., există prevederea explicită atât a *coautoratului (... împreună cu o altă persoană)* cât și a *comiterii indirecte (...prin intermediul unei alte persoane)*. Mai mult decât atât, precizarea din finalul definiției, respectiv că, în cazul *comiterii indirecte*, această modalitate se reține, indiferent că persoana prin intermediul căreia se comite crima este sau nu este responsabilă penal, are o semnificație aparte. Așa cum se poate observa din actele de sesizare ale C.P.I. înregistrate până în prezent, Procurorul a reținut două modalități distincte de *comitere indirectă* a crimelor, respectiv atunci când inculpații și-au dus la îndeplinire intențiile criminale prin folosirea de alte persoane cărora le controlau voința, spre exemplu, minori nerăspunzători penal³⁰ sau atunci când, din poziții de comandă sau din perspectiva deținerii unor funcții de decizie în stat, inculpații și-au dus la îndeplinire intențiile criminale prin întrebuițarea personalului și mijloacelor de care puteau dispune, situație în care, de regulă, persoanele interpușe, prin intermediul cărora s-au îndeplinit actele materiale specifice crimelor, au fost la, rândul lor, răspunzătoare penal³¹.

Cu toate acestea, cazurile mai sus menționate sunt încă în desfășurare, nu se poate reține deocamdată o jurisprudență a C.P.I. în materia *comiterii indirecte* a crimelor dar, odată ce Camerele Preliminare au emis decizii de confirmare ale unor Rechizitorii în care s-a utilizat această formulă de răspundere penală pentru încadrarea juridică a faptelor, este de așteptat ca în viitorul apropiat, să se contureze o practică judiciară a C.P.I. în această privință.

În concluzie, observăm că, deși a fost pusă în discuția T.I.P.F.I., chiar acceptată de către instanța de fond în cazul *Stakic* iar în practica judiciară a T.I.P.R. a fost adoptată, cu caracter definitiv și irevocabil într-un caz izolat, cazul *Seromaba*, această *modalitate de comitere indirectă* nu a fost admisă, de principiu, ca formă de participare care să atragă răspundere penală în jurisprudența *tribunalelor ad-hoc*, din două considerente: pe de o parte, înțelesul termenului de „*comitere*”, potrivit definiției *Krstic*³²,

exclue posibilitatea de tragere la răspundere penală a unei persoane în această manieră dacă participarea sa la îndeplinirea actelor materiale nu este *directă, fizică și personală* iar pe de altă parte, formula de participare consacrată de instanța de fond în cazul *Stakic*³³ deși acceptată în anumite sisteme naționale de drept și existentă ca *principiu general de drept*³⁴, nu are o corespondență în *dreptul cutumiar internațional*, implicit nu poate fi invocată în fața unui tribunal internațional *ad-hoc*. Abia după adoptarea Statutului C.P.I. avea să fie consacrată ca modalitate de răspundere, prin prevederea ei expresă în textul de lege dar, din cauză că activitatea C.P.I. este una de dată recentă, iar cauzele sunt în curs de desfășurare, nu putem aprecia, deocamdată, că există o practică judiciară consolidată în această privință.

c) *Întreprinderea criminală comună (I.C.C.)* Încă de la începutul prezentării acestui gen de participație se impune precizarea că am preferat denumirea lui în acest mod, adică prin traducerea cuvânt cu cuvânt a expresiei folosită în limba engleză în documentele T.I.P.F.I., *joint criminal enterprise (J.C.E.)* deoarece ea nu pare să aibă o suprapunere exactă în conținut pe una dintre formele participației penale consacrate în dreptul penal român, chiar dacă, într-o oarecare măsură, este o noțiune similară cu cea a *coautoratului* din doctrina noastră penală. În cele ce urmează vom analiza în detaliu ce presupune această formă de participație și în câte modalități a fost adoptată de către tribunalele *ad-hoc*.

Modalitățile I.C.C. din jurisprudența tribunalelor *ad-hoc*, s-au conturat încă de la primele procese deduse spre judecată. Astfel, în cazul *Prosecutor vs. Dujco Tadic*, în faza de apel, instanța a reținut că interpretarea dispozițiilor propriului Statut trebuie făcută în sensul în care toate persoanele care se fac vinovate de gravele încălcări ale *dreptului internațional umanitar* petrecute pe teritoriul fostei Iugoslavii, să răspundă penal. Astfel, dacă ar fi fost trase la răspundere numai persoanele care au efectuat actele materiale ale respectivelor crime s-ar fi neglijat, în mod nejustificat, răspunderea celor care, prin acțiunile lor efectuate în orice manieră, au determinat sau au făcut posibilă producerea crimelor. Pe de altă parte, răspunderea lor doar ca instigatori sau complici la comiterea crimelor ar fi diminuat nejustificat partea de vină a acestor persoane pentru faptele petrecute³⁵.

Ceea ce este important de reținut este faptul că, în cauza la care ne referim, nici *Procurorul* în *Rechizitoriu* și nici *instanța de fond* nu au pus în discuție acest mod de participație ci au încadrat faptele inculpatului ca fiind crime comise în forma *coautoratului*.

Instanța de apel, a concluzionat că datorită caracteristicilor pe care crimele comise pe timp de război le îmbracă în mod inerent, se poate aprecia că există o anumită formă de criminalitate colectivă, caracterizată de participarea unui număr de persoane care urmăresc un plan criminal comun și pentru îndeplinirea căruia, fiecare dintre ei contribuie într-o anumită manieră. Identificarea acelor elemente de natură obiectivă (*actus reus*) și subiectivă (*mens rea*) ale faptelor care să constituie temei pentru tragerea la răspundere penală a inculpaților urmau să fie căutate în *dreptul cutumiar internațional*, respectiv în cele mai relevante cazuri judecate anterior sau în dispoziții ale legislației internaționale, în vigoare la momentul comiterii crimelor.

Din perspectiva mai sus prezentată, au fost identificate trei modalități de *întreprindere criminală comună*, respectiv I.C.C. I (*de bază*), I.C.C. II (*sistemică*) și I.C.C. III (*extinsă*). În cele ce urmează, le vom detalia pe rând.

(i) *Varianta de bază a întreprinderii criminale comune*, (I.C.C. I.) Această primă categorie există în situațiile în care: există o *pluralitate de persoane*; există un *plan criminal comun* sau un plan de acțiune care să prevadă, explicit sau implicit, comiterea de crime; există o *intenție* clară a inculpatului cu privire la producerea crimei, indiferent dacă rezultatul periculos s-a produs ca urmare a acțiunii sale ori a altui participant; inculpatul *participă voluntar* la îndeplinirea planului criminal prin efectuarea unui act, indiferent cât de important a fost aceasta în producerea rezultatului.

Instanța de apel, în *Cazul Tadic*³⁶, a invocat ca referință din dreptul cutumiar mai multe cazuri soluționate de către instanțele militare constituite pentru judecarea crimelor celui de-al doilea război mondial. Astfel, în cazul *Georg Otto Sandrok et al*³⁷, unul dintre cazurile invocate de către Procurorul T.I.P.F.I., *Curtea Militară Britanică pentru Judecarea Crimelor de Război* a condamnat trei inculpați, foști ofițeri în armata germană pentru uciderea unui prizonier britanic, aviator și a unui civil olandez care îl ascunsese pe cel dintâi, reținând faptul că, deși fiecare dintre ei a avut o contribuție diferită, toți au urmărit lichidarea celor două persoane. În cauză, unul dintre inculpați a executat împușcăturile letale, altul a dat ordinul de execuție iar cel de-al treilea a rămas în stradă, lângă mașină și a oprit trecătorii care se apropiau de locul crimei. Pentru a sprijini teza responsabilității comune, Procurorul cauzei a făcut o remarcă privind similitudinea de situație cu judecata unui act criminal executat de gangsterii mafioți, unde, fiecare dintre participanți este tras la răspundere în egală măsură cu cel care a executat împușcăturile mortale³⁸.

O altă sursă de jurisprudență invocată în *cazul Tadic*, în instanța de apel, edificatoare în ce privește legătura de cauzalitate dintre actele de participare ale inculpatului și rezultatul periculos produs prin comiterea crimei, respectiv *scopul comun*,

a fost opinia Judecătorului-Avocat în cazul *Ponzano*³⁹. Respectiva cauză avea ca obiect judecarea unui ofițer german pentru faptul de a fi ordonat executarea a patru prizonieri de război britanici. Judecătorul-Avocat al cauzei susținea că : „ [...] *cerința prealabilă pentru ca un inculpat să fie găsit vinovat de comiterea unei crime este aceea de a demonstra existența unui interes din partea acestuia în producerea ei (respectiv o intenție cu privire la rezultatul faptei). Interesul în comiterea unei crime [...] nu se dovedește neapărat prin faptul că respectiva persoană efectuează actul fatal care cauzează moartea victimei ; există interes și în cazul unui mod indirect de participare, [...] cu alte cuvinte și atunci când inculpatul ar avea doar rolul unui dinte dintr-un angrenaj de roți dințate. Inculpatul poate face acest lucru nu numai prin faptul de a da ordine în acest sens ci și printr-o varietate de alte mijloace”.*

Judecătorul-Avocat din respectiva cauză a mai subliniat că nu este suficientă demonstrarea unui interes al inculpatului pentru producerea rezultatului ci trebuie obligatoriu să se demonstreze și faptul că acesta *cunoștea scopul criminal al faptei*. În cazul în speță, fapta inculpatului de a ordona executarea celor patru prizonieri britanici nu ar fi fost imputabilă dacă respectivul act ar fi avut un temei legal, spre exemplu dacă cei patru prizonieri ar fi fost condamnați la moarte de către o instanță. Nu a fost vorba, însă, despre o asemenea situație în cazul la care ne referim. A fost dovedit atât *interesul* inculpatului pentru lichidarea victimelor cât și *conștientizarea scopului criminal al faptei*, ceea ce a determinat condamnarea sa de către instanță.

Deși controversată și aplicată neuniform, doctrina I.C.C. I, a fost invocată pe tot parcursul proceselor din cadrul T.I.P.F.I. și preluată în condiții similare și în jurisprudența T.I.P.R.

(ii) *Varianta sistemică a întreprinderii criminale comune, (I.C.C. II)*. Această variantă de I.C.C. respectă în cele mai multe privințe caracteristicile variantei de bază, prezentată anterior. Ceea ce o face distinctă este faptul că se referă, în mod special, la crimele comise în lagărele de prizonieri. Subiecții acestei categorii de întreprindere criminală comună sunt membrii unităților militare sau administrative care au organizat și gestionat activitatea acestor lagăre.

Acuzația adusă inculpaților încadrați în această formă de participație a constat în aceea că, urmând un plan comun ce cuprindea rele tratamente și exterminarea prizonierilor de război, ei au comis o crimă de război care ține de competența instanței internaționale. Pentru stabilirea vinovăției inculpaților sub aspectul participării acestora la o *I.C.C. sistemică*, T.I.P.F.I. a identificat trei cerințe: *existența unui sistem organizat*

în scopul comiterii de rele tratamente și exterminarea deținuților; *conștientizarea* inculpatului în privința naturii acestui sistem; *participarea voluntară* a inculpatului, în orice modalitate, la bunul mers al sistemului care realizează planul criminal.

Analizarea participării din perspectiva elementelor *actus reus* și *mens rea* s-a făcut în următoarea manieră:

- *actus reus* este îndeplinit în măsura în care: inculpatul a participat activ la punerea în aplicare a sistemului represiv din lagărele de prizonieri fie din poziția de executant direct fie ca urmare a poziției de autoritate deținută în administrația lagărului; din poziția ocupată, inculpatul ar fi fost obligat la luarea măsurilor necesare și rezonabile pentru asigurarea de condiții umane de detenție pentru deținuți; obligația respectivă nu a fost îndeplinită;

- elementul *mens rea* este îndeplinit dacă inculpatul cunoștea natura criminală a sistemului și avea interes în producerea rezultatului criminal al acestuia.

Cazurile cele mai ilustrative pentru acest gen de participare, aduse ca argument de *jurisprudență* și sursă din *normele cutumiare internaționale* de către Procurorul T.I.P.F.I. au fost: cazul *Dachau Concentration Camp*⁴⁰, cazul *Belsen*⁴¹ și cazul *Auschwitz concentration camp*⁴².

În aceste cazuri au fost trimiși în judecată pentru comiterea de crime de război inculpații care au deținut poziții de autoritate, respectiv funcțiile cheie în administrarea lagărelor de concentrare pe care Germania nazistă le-a înființat pe timpul războiului. Este de reținut faptul că, în ultimul dintre cazuri⁴³, instanța a nuanțat condițiile de participare la acest tip de *întreprindere criminală comună*. Astfel, în lipsa unor dovezi clare că inculpatul s-a identificat cu obiectivele regimului nazist și dacă nu poate fi demonstrat un interes clar al inculpatului în ce privește rezultatul activității criminale, instanța a acceptat încadrarea faptei acestuia doar ca una de *complicitate*. Cu titlu de exemplu, de acest gen de tratament au beneficiat medicii care au asigurat servicii medicale personalului de pază al lagărului.

Pe de altă parte, chiar și acele persoane care au asigurat serviciul medical al deținuților sau care au efectuat diferite alte servicii administrative și ocazional, din perspectiva funcției pe care o dețineau, fie au salvat viețile unor deținuți fie au creat mici obstacole în realizarea planului criminal, au fost totuși condamnați pentru acte de *complicitate*. Rațiunea a fost aceea că, odată ce au acceptat de bună voie să facă parte din administrația lagărului, care constituia un angrenaj sistemic de natură criminală, absolvirea acestora de răspundere penală nu ar fi fost un act corect de justiție chiar dacă este firesc să existe o diferențiere în privința gradului de răspundere penală față de autorii principali.

(iii) *Varianta extinsă a întreprinderii criminale comune, I.C.C. III.* A treia categorie de întreprindere criminală comună presupune, la fel ca cele precedente, un număr de cel puțin doi participanți, un plan criminal comun și o faptă a unuia dintre participanți, faptă care, deși nu face parte din planul criminal comun, apare ca o consecință firească și previzibilă a punerii în aplicare a respectivului plan. Un exemplu tipic pentru acest tip de întreprindere criminală, înfățișat de către instanță în cauza IT-94-1-A, *Prosecutor vs. Tadić*, în faza apelului, la paragraful 204, este acela în care un grup armat, în scopul purificării etnice a unei anumite zone geografice, procedează la deportarea forțată, sub amenințarea armei, a membrilor altor etnii, deportare care se soldează cu împușcarea uneia sau mai multor persoane deportate. Astfel, chiar dacă împușcarea victimelor nu era o activitate explicit prevăzută în plan, era previzibil că o evacuare forțată a unui grup de civili sub amenințarea armei se poate solda cu moartea unora dintre ei. Instanța a apreciat că, în aceste cazuri, toți membrii grupului care au efectuat evacuarea și escortarea civililor sunt deopotrivă răspunzători pentru moartea victimelor, chiar dacă numai parte dintre ei au efectuat împușcăturile fatale. Tragerea lor la răspundere se întemeiază pe faptul că moartea victimelor era absolut previzibilă ca o consecință a punerii în executare a planului comun, consecință pe care participanții au acceptat-o.

Ca precedente judiciare pentru această variantă a întreprinderii criminale comune au fost invocate două cazuri judecate de tribunalele militare internaționale pentru faptele comise pe timpul celui de-al II-lea Război Mondial. În primul dintre ele, *Essen Lynching*⁴⁴, șapte inculpați germani (doi militari și cinci civili) au fost condamnați de către tribunalul militar britanic pentru comiterea de crime de război pentru faptul de a fi ucis trei prizonieri de război britanici, făcând parte din echipajului de zbor al unui avion de luptă doborât în orașul Essen-West. În speță, căpitanul german Heyer a dat ordin unui soldat să escorteze grupul de prizonieri până la o baracă aparținând unei unități militare germane unde aveau să fie interogați. Pe o tonalitate mai scăzută, dar suficient de tare ca mulțimea de civili adunată să audă, acesta i-a mai spus soldatului că atunci când prizonierii vor începe deplasarea, să nu intervină în cazul în care mulțimea îi va ataca. Soldatul s-a conformat, mulțimea i-a înconjurat pe prizonieri, anumite persoane l-au aruncat pe unul dintre ei peste un pod cauzându-i astfel moartea iar ceilalți doi au decedat ca urmare a loviturilor cu pietre și băte aplicate asupra lor.

În cel de-al doilea caz, *Borkum Island*⁴⁵ este vorba despre linșajul unui echipaj de șapte piloți americani, al cărui bombardier fusese doborât deasupra insulei germane Borkum. Aceștia au fost capturați de către armata germană iar pe timpul escortei lor

de la locul capturării până la primăria orașului, cu largul concurs al șefului escortei, civilii adunați și militarii germani care păzeau sediul primăriei, le-au aplicat numeroase lovituri care au provocat moartea unora dintre ei iar în cele din urmă i-au împușcat și pe cei care rămăseseră în viață. În cauză, un număr de militari germani, primarul orașului, un număr de polițiști și de civili au fost condamnați pentru comiterea de crime de război de către un tribunal militar american.

În aceste două cazuri, instanțele au pus în discuție responsabilitatea penală a persoanelor care făcând parte dintr-o mulțime dezordonată, dar având un scop comun, efectuează acte de violență asupra victimelor și este imposibil de stabilit pentru fiecare dintre ei ce fel de violență a exercitat sau care este legătura cauzală dintre loviturile fiecăruia și rezultatul produs.

Instanțele de judecată, în ambele cazuri, au ajuns la concluzia că răspunderea penală pentru participarea la o astfel de întreprindere criminală se poate angaja doar în situația în care: inculpatul are o intenție clară în ce privește participarea la îndeplinirea unui plan și, în același timp, realizează că actul criminal, chiar dacă neprevăzut în plan, este foarte probabil să se producă de către alte persoane care sunt implicate în aplicarea planului. Aprecierea faptului că o persoană este aptă să prevadă rezultatul acțiunii la care ia parte trebuie să fie foarte exactă. Este necesară, de asemenea, dovedirea faptului că *latura subiectivă* îmbracă o formă de vinovăție mai gravă decât cea a neglijenței, respectiv *dolus eventualis*⁴⁶.

Analizând elementele obiective și subiective ale celor trei forme de participare la o întreprindere criminală comună, putem distinge următoarele caracteristici:

- în privința *laturii obiective (actus reus)*:

1) Existența unei *pluralități de persoane*. Este o condiție evidentă, în lipsa căreia nu putem vorbi despre o participație. Ceea ce este demn de reținut pentru categoria de crime pe care le analizăm este faptul că grupul de persoane care execută un plan criminal nu trebuie să fie neapărat unul organizat, de natură militară, politică sau administrativă. Cazurile *Essen Lynching* și *Borkum Island* prezentate anterior au ilustrat suficient de clar faptul că instanțele militare au reținut ca fiind participante la aceeași crimă persoane provenind din categorii sociale diferite (militari, polițiști, funcționari și civili) care, unite de un interes comun, au constituit instantaneu un grup criminal;

2) Existența unui *plan comun* sau *obiectiv comun* care implică comiterea crimelor prevăzute în Statutul T.I.P.F.I.. Nu este necesar ca respectivul plan sau obiectiv să îndeplinească anumite condiții de formalitate, să fie structurat sau redactat într-un

anume fel. El poate fi adoptat ad-hoc iar existența sa se presupune implicit atunci când anumite persoane acționează la unison pentru a da efect unei întreprinderi criminale comune.

3) *Participarea efectivă* a inculpatului la actele care duc la îndeplinire planul comun și care implică comiterea de astfel de crime. Această participare nu presupune neapărat efectuarea actelor materiale specifice pentru comiterea crimelor, fiind suficient *orice act de natură a fi util pentru desăvârșirea planului*.

- *în privința laturii subiective (mens rea)* :

Spre deosebire de latura obiectivă, în care elementele sunt identice pentru toate trei categoriile de întreprindere criminală comună, în cazul laturii subiective, elementele diferă în funcție de categorie. Astfel, în cazul primei categorii este cerută intenția clară a inculpatului cu privire la comiterea crimei (de fapt o intenție împărtășită de către toți membrii grupului). În cazul celei de-a doua categorii este cerută conștientizarea inculpatului cu privire la apartenența sa la un sistem de exterminare prin aplicarea de rele tratamente prizonierilor precum și o intenție clară privind aportul său la buna funcționare a sistemului. În ce-a de a treia categorie este cerută intenția inculpatului de a participa la punerea în aplicare a unui plan precum și faptul de a fi apt să prevadă că potrivit circumstanțelor de fapt, pe timpul aplicării planului vor fi comise crime neprevăzute în plan, de către alte persoane din grupul criminal, fapt pentru care, inculpatul este considerat ca acceptând eventuala comitere a crimelor.

4. Concluzii

Din analiza *modurilor principale de comitere* a crimelor date în competența de judecare a instanțelor penale internaționale reținem că, în esență, ele se circumscriu unei accepțiuni mai largi a noțiunii de *autor* sau, potrivit situației de fapt, aceleia de *coautor*. Distincția dintre cele două noțiuni trebuie să fie făcută pentru că, cel puțin în cuprinsul statutelor tribunalelor *ad-hoc*, *coautoratul* nu este prevăzut, deși, paradoxal este, categoric, mult mai des invocat pe parcursul proceselor acestor tribunale. Abia în reglementarea *răspunderii penale individuale* din cuprinsul Statutului C.P.I. există o referință explicită în privința comiterii *împreună cu alte persoane*. Nu este mai puțin adevărat faptul că, tribunalele *ad-hoc* au considerat *coautoratul* ca fiind prevăzut implicit în conținutul definiției *răspunderii penale individuale* din cuprinsul propriilor statute, astfel încât, existența ca atare a noțiunii nu a fost pusă la îndoială de către participanții la procesele acestor instanțe.

În ce privește conținutul și întinderea acesteia, situația a fost cu totul alta. Așa cum am arătat în capitolele anterioare, noțiunea avea să fie interpretată nu numai în formula *Krstic*⁴⁷, adică în sensul că ea poate fi reținută numai față de cel care a avut o participare *personală, fizică și directă* la îndeplinirea actelor materiale specifice crimei ci, în anumite situații, chiar și atunci când *acțiunea* sau *inacțiunea* inculpatului nu îmbracă această formă. În aceste din urmă ipostaze, a fost invocată o formă a *coautoratului indirect*, sau *mijlocit*, deși, în ce privește procesele desfășurate în cadrul *tribunalelor ad-hoc*, formula juridică respectivă nu era prevăzută în izvoarele de drept în temeiul cărora și-au exercitat jurisdicțiile. Din aceste motive, soluțiile adoptate prin reținerea modalității indirecte de comitere a crimelor, au atras un val de critici în literatura de specialitate.

În ce privește *întreprinderea criminală comună*, considerăm că, ea nu se depărtează foarte mult de noțiunea de *coautorat*. Mai mult decât atât, este foarte asemănătoare noțiunii de *coautorat indirect*, atât în formula *Stakic* cât și în formula adoptată în Statutul C.P.I.. Elementul care diferențiază *întreprinderea criminală comună* față de celelalte noțiuni este *planul comun* care trebuie împărțit de către participanți și ale cărui rezultate sunt urmărite de către participanți.

Dacă este să facem o paralelă și cu ceea ce este prevăzut în doctrina penală românească, *întreprinderea criminală comună*, deși prezintă o oarecare similitudine cu instituția *coautoratului*, nu are o suprapunere identică în conținut cu acesta. Mai întâi, *coautoratul* nu este prevăzut ca atare în codul nostru penal, el fiind doar o creație a doctrinei și se referă la acele situații în care, mai multe persoane, având intenția clară de a comite o anumită infracțiune și având o atitudine subiectivă de cooperare în acest sens, execută fiecare acte materiale care intră în conținutul laturii obiective al acestei infracțiuni. Este irelevant faptul că rezultatul periculos al infracțiunii s-a produs ca urmare a acțiunii numai a unora dintre coautori.

Dacă din punct de vedere al laturii subiective, condițiile de incriminare dintre *coautorat*, așa cum este consacrat în dreptul nostru penal și *întreprinderea criminală comună* sunt similare, deosebirea constă tocmai în faptul că, în cazul celei din urmă inculpatul nu trebuie să fi executat un act material ce intră în componența laturii obiective a infracțiunii, fiind suficientă dovada că inculpatul a îndeplinit orice act, indiferent de natura și importanța lui, care să fi fost în măsură să contribuie la îndeplinirea planului criminal. Observăm așadar că *întreprinderea criminală comună* include o gamă de acte materiale mult mai mare decât în cazul *coautoratului* și că aspectul cel mai important, cheia încadrării juridice în această formă de participare este existența elementului *mens rea*, respectiv intenția de a pune în aplicare un plan criminal.

Deosebirile de conținut în privința laturii obiective sunt generate, în mod categoric, de necesitatea de a suprima fenomenul de *impunitate* a persoanelor care nu au îndeplinit actele materiale dar care au avut un rol major în declanșarea, coordonarea și controlul asupra planurilor criminale.

În esență, stările de fapt care au generat apariția crimelor deduse judecării atât tribunalelor ad-hoc cât și C.P.I., au urmat scenarii relativ asemănătoare. Ele s-au petrecut, în imensa lor majoritate pe fondul unui conflict armat, unde au fost angajate grupări militare, paramilitare, de rezistență sau, în orice caz, care au desfășurat acțiuni de natură militară. În aceste împrejurări, între indivizii care acționează în teatrul de conflict s-au stabilit anumite relații specifice, pe care nu le întâlnim de regulă în cazul infrațiunilor comise în participație, în dreptul comun. Acest gen de relații crează anumite atitudini și responsabilități față de rezultatul acțiunilor. De regulă deciziile se iau de către liderii grupărilor iar îndeplinirea actelor materiale rămâne în sarcina persoanelor aflate la baza ierarhiei de comandă. În ansamblul de operațiuni pe care îl presupune comiterea acestor crime, contribuțiile membrilor din cadrul grupărilor sunt neomogene, atât din perspectiva ocupării de către aceștia a unor poziții ierarhice diferite cât și ca urmare a faptului că, în cadrul aceluiași nivel ierarhic, ei pot îndeplini sarcini cu conținut diferit, spre exemplu, unii fac parte din forțele luptătoare iar alții din personalul logistic, e.t.c. În acest mozaic de atribuțiuni din angrenajul care a generat comiterea crimelor, stabilirea responsabilității penale conform cu gradul de implicare al fiecărei persoane este o sarcină deosebit de dificilă. Tocmai din această cauză *tribunalele ad-hoc* au întrebuițat instrumentul juridic al participării la o *întreprindere criminală comună*, care, pe de o parte se regăsește în jurisprudența instanțelor militare internaționale de la Nurenberg și Tokyo, implicit în *dreptul cutumiar internațional* iar pe de altă parte permite tragerea la răspundere penală a tuturor celor care au avut cunoștință despre un anumit plan criminal, au urmărit punerea lui în aplicare și au avut o contribuție faptică în acest sens.

Doctrina *întreprinderii criminale comune* nu este una departe de critici, dimpotrivă, nu puțini au fost autorii care au considerat că pe calapodul acesteia, orice persoană aflată pe o ierarhie de comandă, de la șefii de stat până la cei mai neînsemnați comandanți, poate fi trasă la răspundere pentru crime comise de forțele luptătoare care i se subordonează și chiar pentru cele comise de către persoane asupra cărora nu dețin nici un fel de control. De-a lungul desfășurării proceselor, tribunalele ad-hoc au nuanțat condițiile de incriminare ale I.C.C. în sensul că de la cerința de *efectuare a*

unui act, indiferent cât de important în realizarea planului criminal, cum era prevăzută formula din apelul cauzei *Tadic*, s-a considerat apoi că actul respectiv trebuie să reprezinte o contribuție esențială în realizarea planului criminal. Chiar dacă aduce un plus de selectivitate în alegerea situațiilor care se încadrează în această formă de participație, din practica judiciară a tribunalelor ad-hoc, s-au reținut mai multe interpretări extensive și neunitare. Acest aspect îndreptățește critica de specialitate care susține că formulele *întreprinderii criminale comune* sunt insuficient de clare în ce privește sfera de delimitare a actelor materiale pe care le presupune, implicit permit judecătorilor o abordare discreționară în privința gradului de participare a inculpaților.

Din împrejurarea că formula *comiterii indirecte* este cea aleasă în cazuistica C.P.I. pentru încadrarea juridică a faptelor liderilor politici și militari care sunt urmăriți penali sau judecați sub auspiciile acestei instanțe, suntem îndreptățiți să credem că, formula *întreprinderii criminale comune*, adoptată de către tribunalele ad-hoc, a fost una „de avarie”, în sensul că era singura posibilă, în acord cu *dreptul cutumiar internațional* și în lipsa prevederii exprese a *comiterii indirecte* în cuprinsul propriilor statute. Nu putem totuși să reținem, deocamdată, că formula *comiterii indirecte* a devenit o practică judiciară constantă și consolidată a C.P.I. în această materie, câtă vreme nu avem încă decizii definitive și irevocabile ale acestei instanțe dar, conținutul deciziilor de confirmare a rechizitoriilor sau al celor de emitere a mandatelor de arestare preventivă relevă în mod constant această formulă și indică o orientare deja conturată cu privire la încadrarea juridică a situațiilor de fapt la care ne referim.

* Procuror-Parchetul Militar Cluj, doctorand la Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara; liviulascu@yahoo.com.

¹ *Utilitarismul* este o teorie morală care permite evaluarea acțiunilor indivizilor și are două dimensiuni esențiale: un criteriu al binelui și unul al răului. Imperativul moral „*maximizează binele!*”, este regula de evaluare a acțiunii morale conform acestui criteriu. Cei mai de seamă susținători ai acestei teorii sunt Jeremy Bentham și John Stuart Mill. Acesta din urmă susține că *utilitatea* este fundamentul moralei. Conform acestui principiu acțiunile sunt corecte proporțional cu tendința lor de a promova fericirea și sunt incorecte în măsura în care tind să producă inversul fericirii. O transpunere a principiilor utilitariste în justiție, ar însemna ca o hotărâre a instanței este morală și justificată dacă ține cont mai degrabă de satisfacerea opiniei publice, decât de respectarea întocmai a dispoziției legale. Despre utilitarism, *a se vedea*, Bentham, Jeremy- *The Principles of Morals and Legislation*, 1789, p. 1., Harrison, Ross - "Jeremy Bentham", in *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford University Press, 1995, pp. 85–88.

² A se vedea, <http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/>.

³ International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991, Case No. IT-94-1-T, 7 May 1997, *Prosecutor vs. Dusko Tadic*.

⁴ Decizia T.I.P.F.I. în Cazul IT-05-87, Moțiunea inculpatului Dragoljub Ojdanic privind competența T.I.P.F.I. , instanța de apel, 21.05.2003, paragr.21.

⁵ Sentința T.I.P.F.I. în Cazul nr. IT-97-24 –T (Cazul Stakic), instanța de fond, paragr. 414.

⁶ Sentința T.I.P.F.I. în Cazul nr. IT-97-24 –T, (Cazul Stakic), instanța de fond, paragr. 411.

⁷ Decizia T.I.P.F.I. în Cazul nr. IT-94-1-T (Cazul Tadic) referitoare la Moțiunea de Apel Interlocutoriu a Apărării privind interpretarea articolelor 2 și 3 din Statutul T.I.P.F.I. în acord cu convențiile internaționale relevante, 2 oct. 1995, paragrafele 79-93.

⁸ Sentința T.I.P.F.I. nr. IT-98-33, (Cazul Krstic), instanța de fond, paragr. 601.

⁹ Dusko Tadic nu a fost una dintre marile figuri ale războiului interetnic din fosta Iugoslavie ci doar un lider regional al partidului naționalist sârb S.D.S. din Bosnia Herțegovina, respectiv președinte al Comitetului local S.D.S. din loc. Kozarac și membru al Adunării Generale a S.D.S. din Regiunea Prajedor. Cu toate acestea, el s-a dovedit a fi un entuziast susținător al planului de formare a Serbiei Mari care presupunea purificarea etnică a zonei, implicit deportarea din zonă a populației de origine croată și musulmană. În realizarea acestui plan, inculpatul a deținut un rol cheie în preluarea în forță a puterii politice și administrative a municipiului Prajedor iar mai apoi în atacarea orașului Kozarac, populat preponderent cu populație de origine musulmană. A jucat un rol activ în instaurarea unui regim de teroare împotriva civililor croați și musulmani pentru a-i determina să părăsească zona și a organizat deportarea unui număr mare de civili, populație activă de origine bărbătească, aptă de serviciu militar, în lagărele de la Omarska, Keraterm și Trnopolje, unde aceștia au fost siliți să suporte condiții inumane de detenție, au fost maltratați, torturați și o buna parte dintre ei, uciși.

În decizia T.I.P.F.I. în Cazul nr. IT-94-1-T, *Prosecutor vs. Dusko Tadic*, inculpatul a fost găsit vinovat, pentru participarea la comiterea a 11 crime din perspectiva participării la diferite *întreprinderi criminale colective* sau pentru *planificarea, ordonarea, complicitatea și instigarea* la comiterea acestora. Pe lângă acestea, instanța a reținut și comiterea, *in mod personal*, ca autor, sau în calitate de coautor, a mai multe crime, astfel: uciderea prin împușcare a doi prizonieri, polițiști musulmani din localitatea Kozarac, pe timpul asediului acestei localități de către gruparea armată a sârbilor bosniaci; maltratarea, împreună cu alte persoane, a prizonierilor *Edin Mrkalj* și *Senad Muslimovic* în clădirea administrativă a lagărului de la Omarska; aplicarea de multiple lovituri care au cauzat decesul prizonierilor civili *Fikret Harambasic*, *Emir Karabasic*, *Jasmin Hrnici* și *Enver Alic* în lagărul de la Omarska, împreună cu alte persoane; participarea directă la mutilarea sexuală de către mai mulți militari sârbi a unei femei musulmane, necombatantă, *Fikret Harambasic*, în lagărul de la Omarska; maltratarea, împreună cu alți militari sârbi, a civililor musulmani *Beido Balic*, *Sefik Balic*, *Ismet Jaskic* și *Salko Jaskic*, pe timpul asediului localității Jaskici. Deși în Rechizitoriul cauzei, Procurorul T.I.P.F.I. a cerut condamnarea și pentru alte asemenea fapte, inculpatul a fost achitat din lipsă de probe.

¹⁰ În Decizia T.I.P.F.I. din cauza nr. IT-95-17, (Cazul Lasva Valey), inculpatul *Miroslav Bralo* a fost condamnat pentru faptul că, în calitate de comandant al unei formațiuni a grupării „Jokers” aparținând armatei croaților bosniaci *HOV*, în cadrul operațiunilor militare de pe Valea Lasva, zonă predominant musulmană, l-a ucis prin împușcare pe civilul musulman *Mirnesa Salkić*, a participat la uciderea prin împușcare a 14

civili musulmani aparținând familiilor *Salkić* și *Čeremić*, din care 9 erau copii, a torturat și violat pe parcursul a două luni pe *victima A* (cu identitate protejată), o femeie musulmană, a dat foc la numeroase locuințe și a distrus prin detonare de explozibil moscheia din localitatea *Ahmici*.

¹¹ În Decizia T.I.P.F.I. din cauza IT-96-21 (Cazul Celebici Camp), instanța l-a condamnat pe inculpatul *Hazim Delici* la 18 ani de închisoare pentru comiterea mai multor crime, trei dintre ele fiind comise în calitate de autor. Astfel, inculpatul, de origine bosniac musulman, în calitate de comandant al lagărului de la Celebici, a maltratată, personal, un prizonier sârb prin aplicarea de lovituri, pe durata a două zile, până când acesta și-a pierdut viața; l-a introdus într-o gaură de canal și l-a ținut acolo mai multe zile închis pe un altul, iar în acest timp l-a maltratată prin folosirea a diferite obiecte, inclusiv un aparat care produce electroșocuri; a violat două femei de origine sârbă în văzul celorlalți deținuți, pentru intimidare și obținerea de informații.

¹² Tot în cauza cu nr. IT-96-21 a fost condamnat și inculpatul *Esad Landzo* pentru comiterea în calitate de autor a mai multor crime. În fapt, inculpatul, de origine bosniac musulman, deținea o funcție în cadrul administrației lagărului de la Celebici și profitând de poziția de autoritate pe care o avea, a executat, personal, acte de violență asupra unor prizonieri din lagăr, instanța reținând pe bază de probe următoarele: uciderea unui prizonier în vârstă de 60-70 de ani, ca urmare a aplicării de lovituri violente, în mod repetat și a faptului că i-a fost bătut un cui în frunte pentru fixarea unui ecuson purtând însemnele partidului naționalist al sârbilor bosniaci, S.D.S.; torturarea unui prizonier prin aplicarea unei măști contra gazelor pe figură și închiderea orificiilor de acces a aerului; torturarea altor prizonieri prin scoaterea dinților din gură cu un clește înroșit în foc sau prin acționarea asupra organelor genitale cu un cuțit înroșit în foc.

¹³ În cauza T.I.P.R. nr. ICTR-96-4-I, inculpatul Jean Paul Akayesu a fost condamnat de către instanță la detenție pe viață pentru comiterea mai multor crime de genocid din perspectiva participării la întreprinderi criminale commune, dar a fost reținută și comiterea directă, în calitate de coautor, a crimelor din 19.04.1994 care au avut ca victime membrii familiei Karangwa's. În fapt, instanța a reținut că inculpatul, ruandez de etnie *hutu*, a deținut funcția de primar al localității Taba din prefectura Gitarama, în perioada de început a războiului civil. În această calitate, avea controlul administrației și a serviciilor publice din localitate, inclusiv a celor de ordine publică. Pe timpul mandatului său, așa cum avea să fie demonstrat pe bază de probe, au fost masacrați peste 2000 de cetățeni de origine *tutsi*, de către miliția înarmată *hutu* din localitate, cu acceptul sau la îndemnul inculpatului. Sute de persoane civile, îndeosebi femei și copii de origine *tutsi* s-au refugiat în clădirea Primăriei Taba, de frica masacrelor, iar inculpatul, din perspectiva funcției pe care o deținea, în loc să le protejeze, a permis milițiilor *hutu* să pătrundă în incintă, să le maltrateze sexual și să le violeze iar, în cele din urmă, să le ucidă. Cu ocazia unui miting prezidat de către inculpat în data de 19.04.1994, în Sectorul Gishyeshye al localității, personal, a instigat la prinderea și uciderea a trei figuri proeminente ale comunității *tutsi*, Juvénal Rukundakuvuga, Emmanuel Sempabwa și Ephrem Karangwa pentru faptul de a fi declarat că susțin Frontul Patriotic Ruandez, organizație a etnicilor *tutsi*, considerată a fi trădătoare a intereselor naționale. Urmare a acestui îndemn public, mai mult de 100 de persoane de etnie *hutu*, au pornit în căutarea celor trei *tutsis* prin scotocirea din casă în casă a localității. În zilele următoare, primii doi au fost găsiți și linșați iar casa lui Ephrem Karangwa și a mamei sale au fost devastate. Frații săi, Simon Mutijima, Thaddée Uwanyiligira și Jean Chrysostome Gakuba, au încercat să fugă dar au fost prinși de miliția înarmată și aduși în fața inculpatului. Au fost bătuți până când și-au pierdut viața iar inculpatul a avut un rol activ în efectuarea actelor materiale ale infracțiunii de omor. Din această cauză, inculpatul a fost condamnat și în calitate de coautor la infracțiunea de omor.

- ¹⁴ În cauza T.I.P.R. nr. ICTR-95-1-I, inculpatul *Clement Kayishema*, în calitate de prefect al regiunii Kibuye, în data de 18.04.1994, a coordonat refugiarea a mii de persoane de origine *tutsi* din calea masacrelor milițiilor *Interahamwe* (facțiune paramilitară a tineretului din Mișcarea Revoluționară Națională pentru Dezvoltare, MRND, partid la putere al majorității *hutu*) și *Impuzamugambi* (aripa armată a Coaliției pentru Apărarea Republicii, CDR, mișcare loială defunctului președinte Juvénal Habyarimana, constituită din etnici *hutu*) prin indicarea exactă a locațiilor unde se pot adăposti în siguranță, respectiv în incinta Bisericii Catolice din Gitesi, a complexului St. Jean din aceeași localitate și a stadionului Kibuye Town. După ce acestea s-au umplut cu refugiați *tutsi*, la îndemnul inculpatului, milițiile *Interahamwe* și *Impuzamugambi*, forțele Jandarmeriei și ale poliției locale au înconjurat locațiile, au atacat și masacrat persoanele civile dinăuntru. Din probatoriu se reține faptul că inculpatul a dat semnalul de atac printr-un foc de armă, iar apoi a participat direct la comiterea crimelor. Agresorii au asaltat locațiile prin executarea de focuri de armă, grenade sau prin întrebuițarea de macete, lănci, sulite și alte arme albe, provocând moartea a câteva mii de persoane, etnici *tutsi*. Prin urmare, instanța a reținut, pe lângă alte acuzații de participare la întreprinderi criminale comune, planificarea și ordonarea de atacuri asupra populației civile și comiterea directă, în calitate de coautor a crimelor de exterminare și genocid.
- ¹⁵ În cauza T.I.P.R. nr. ICTR-2001-70-I, inculpatul *Emmanuel Rukundo*, un preot militar cu influență în rândul milițiilor *Interahamwe*, a înmănat acestora mai multe liste cu clerici de etnie *tutsi*, considerați de către acesta ca fiind trădători, pentru a fi căutați în adăposturile de refugiați ai bisericilor catolice și uciși. Personal s-a implicat în luna mai 1994 în executarea preoților *Celestin Niyonshuti*, *Tharcisse* și *Callixte Musingyira*, a părintelui *Martin* și a sorei *Bénigne* care se aflau în incinta Ordinului *Surorile Bernadine* din sectorul Nyarugenge al orașului Kigali iar în luna iunie 1994, a violat o tânără refugiată de etnie *tutsi* în incinta *Le Petit Séminaire de Saint Léon* din Kabgayi. Pentru aceste fapte, pe lângă altele comise prin participarea la întreprinderi criminale comune sau în calitate de complice, a fost condamnat de către instanță în calitate de autor direct sau coautor.
- ¹⁶ Potrivit Tratatului de la Roma și a celorlalte acte normative care reglementează procedurile în cadrul I.C.C., desfășurarea procesului *in absentia* nu este posibilă. Ca urmare, într-o serie de cazuri deduse judecătii, cum ar fi *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen* din Uganda, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda* din R.D.Congo, *The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun* ("Ahmad Harun") și *Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman* ("Ali Kushayb") și *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* din Sudan, au fost emise mandate de arestare preventivă iar procedurile au fost suspendate până la prezentarea inculpaților în fața Curții.
- ¹⁷ Cu titlu de exemplu, cazurile ICC-02/05-02/09, *The Prosecutor v. Bahar Idris Abu Garda* și ICC-02/05-03/09 *The Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, ambele din Darfur, Sudan, în care, potrivit acuzațiilor cuprinse în Rechizitoriu, inculpaților li se reține și comiterea în calitate de coautori, potrivit art. 25 (3) lit. „a” din Statut, a crimelor pentru care au fost trimiși în judecată.
- ¹⁸ Sentința T.I.P.F.I. în Cazul nr. IT-97-24 –T (Cazul *Stakic*), instanța de fond. Deși Procurorul T.I.P.F.I. a cerut condamnarea în virtutea participării inculpatului la o *întreprindere criminală comună*, instanța de fond, în cuprinsul paragr. 439-442 a reținut modalitatea de participare invocată de către Procuror ca o modalitate distinctă de răspundere, cunoscută ulterior în doctrină și jurisprudență drept „definiția *Stakic*” sau „coautoratul indirect”.

- ¹⁹ Din conținutul art. 7 (1) al Statutului T.I.P.F.I., reținem: „*Persoana care planifică, instigă, ordonă sau în orice alt mod ajută sau sprijină planificarea, pregătirea sau executarea unei crime din cele la care se referă dispozițiile cuprinse în art.2-5 din prezentul Statut, se face responsabil individual de comiterea crimei*”. Din conținutul art. 6 (1) al Statutului T.I.P.R., reținem o formulare identică în privința răspunderii penale individuale.
- ²⁰ Claus Roxin, *Perpetration and control over the act*, 6th Edition, Berlin, New York, 1994, p. 278. Autorul sugerează că de regulă, dar nu în mod obligatoriu, în aceste cazuri, unul dintre participanți posedă deprinderi pe care ceilalți nu le posedă, fapt pentru care ei se completează unul pe celălalt în ansamblul de fapte ce conduc la comiterea crimei. Este esențial de reținut că fiecare dintre participanți deține un rol cheie în comiterea crimei astfel încât, renunțarea unuia dintre ei poate afecta în mod hotărâtor rezultatul scontat.
- ²¹ Sentința T.I.P.F.I. în cazul IT-05-87 (Cazul Milutinovic), instanța de fond, paragr.14.
- ²² Din cauzistica T.I.P.R. se rețin numai două cazuri , în afara cazului *Seromba*, în care instanța de apel a agravat pedeapsa inculpatului dată în primă instanță, respectiv în cazurile *Semanza* (ICTR-97-20, 20 May 2005, paragr. 389) și *Gacumbitsi* (ICTR-01-64, 7 July 2006, paragr. 205).
- ²³ A se vedea, Flavia Zorzi Giustiniani, *Stretching the boundaries of commission liability*, Journal of International Criminal Justice, Oxford University Press, sept. 2008, vol. 6, issue 4, pag. 783-799.
- ²⁴ A se vedea, *nota de subsol nr. 8*.
- ²⁵ A se vedea Decizia T.I.P.R. în cazul ICTR-2001-66 (Cazul *Seromba*), instanța de apel, paragr.161.
- ²⁶ A se vedea Decizia T.I.P.R. în cazul ICTR-2001-64 (Cazul *Gacumbitsi*), instanța de apel, paragr.60.
- ²⁷ A se vedea J.F. Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice*, London, Ed. Sweet and Maxwell, 2007, pragr. 18-7.
- ²⁸ A se vedea Bundesgerichtshof [BGH] (Curtea Supremă Federală de Justiție a Germaniei, 26 July 1994, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen* [BGHSt] 40, 218 (236).
- ²⁹ A se vedea, Flavia Zorzi Giustiniani, *op.cit.* pag. 799.
- ³⁰ A se vedea, Decizia Camerei Preliminare a C.P.I. de confirmare a Rechizitoriului în cazul ICC-01/01-04/06-918, (Case The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo- R.D.Congo), paragr. 332.
- ³¹ A se vedea, Decizia Camerei preliminare de emitere a primului mandat de arest preventiv în cazul ICC-02/05-01/09, (Case The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir- Sudan), pag. 3.
- ³² A se vedea *nota de subsol nr. 8*.
- ³³ A se vedea *nota de subsol nr. 18*.
- ³⁴ A se vedea *nota de subsol nr. 20*.
- ³⁵ Decizia T.I.P.F.I. în Cazul nr. IT-94-1-A (Cazul Tadic), instanța de apel, paragr. 192.
- ³⁶ Decizia T.I.P.F.I. în Cazul nr. IT-94-1-A, (Cazul Tadic), instanța de apel, paragr. 196-202.
- ³⁷ British Military Court for the Trial of War Criminals, held at the Court House, Amelo, Holland, on 24-26 November, 1945, United Nation War Crime Commission (UNWCC), *Trial of Otto Sandrock and three others* vol.1, p.35.
- ³⁸ A se vedea *ibidem*, p.37.
- ³⁹ Proceedings of a War Crimes Trial - held at Hamburg, Germany (on 4 -24 August, 1948), judgement of 24 August 1948, *Trial of Feurstein and others* , original transcripts in Public Record Office, Kew, Richmond; on file with the International Tribunal’s Library, p.4 – 8.

⁴⁰ General Military Government Court of the United States Zone, Dachau, Germany, 15th November-13th December, 1945, *Trial of Martin Gottfried Weiss and thirty-nine others*, UNWCC, vol. XI, p. 5.

⁴¹ British Military Court, Luneberg, 17th September-17th November, 1945, *Trial of Josef Kramer and 44 others*, UNWCC, vol. II, p. 1.

⁴² Bundesgerichtshof in Justiz und NS-Verbrechen, “Auschwitz concentration camp case”, *Case against R. Mulka et al.*, vol. XXI, p. 838- 881.

⁴³ A se vedea *ibidem*, p.882.

⁴⁴ British Military Court for the Trial of War Criminals, Essen, 18th-19th and 21st-22nd December, 1945, *Trial of Erich Heyer and six others*, UNWCC, vol. I, p. 88, at p. 91.

⁴⁵ Charge Sheet in U.S. National Archives Microfilm Publications, I (on the film with the International Tribunal’s Library), *Trial of Kurt Goebell et al.*, p.1186-1188.

⁴⁶ În doctrina și practica românească, *dolus eventualis* este asimilat noțiunii de *intenție indirectă* care prevede că, *făptuitorul prevede, pe lângă urmarea certă a acțiunii (inacțiunii) sale, pe care o urmărește, posibilitatea producerii și a unei urmări eventuale, pe care deși nu o urmărește, o acceptă, are deci o atitudine de indiferență, de nepăsare față de producerea urmării eventuale*. A se vedea în acest sens, M. Basarab, *Infrațiunea. Cap. I, Dispoziții generale*, în „Codul penal comentat, vol. I, Partea Generală” de M. Basarab, V. Pașca, G. Mateuț, C. Butiuc, Ed. Hamangiu, București, 2007, pag. 86.

⁴⁷ A se vedea nota de subsol nr. 8.

ARTICOLE

**UNE VISION COHÉRENTE DE L'ACTIVITÉ DES AUTORITÉS PUBLIQUES
SUR LES BIENS QU'ELLES DÉTIENNENT¹**

Ovidiu PODARU*

Résumé: *Une vision cohérente de l'activité des autorités publiques sur les biens qu'elles détiennent. L'administration mise face à face avec les biens. Surtout ses biens à elle, mais aussi les biens privés. Peut-on identifier, à partir de l'analyse de ses actions, une conduite fondée sur certains principes et cohérente? Notre article propose justement une réponse à cette question.*

Tout d'abord, l'administration doit mettre en valeur les biens affectés à une utilité publique: une règle simple et archiconnue dit que la totalité de ses biens, le domaine public, est inaliénable. Mais, malheureusement, l'administration trouve souvent des modalités (fréquemment illicites) d'enlever la protection du régime domanial afin de les aliéner. Parfois, même le législateur lui donne un coup de main en ce sens.

Ensuite, l'administration doit résoudre les problèmes posés par ses biens relevant de la propriété «privée». Une autre règle simple affirme que ceux-ci sont gouvernés par le droit commun. Mais par exemple, comment un préfet pourrait-il aliéner son siège social - le bâtiment de la préfecture - construit avec des ressources financières extrabudgétaires? Un tel immeuble semble plutôt inaliénable, du moins en fait. Mais alors, pourquoi n'appartient-il pas à la propriété publique?

Enfin, l'administration, alors qu'elle veut développer ses projets, rencontre souvent les biens des particuliers, qui lui sont nécessaires. Elle recourt à l'expropriation, qui se déroule soit trop lentement, soit trop vite. Dans la plupart des situations, les particuliers se sentent lésés par les abus de l'administration et ils s'adressent à la justice, mais, en même temps, l'intérêt public est affecté aussi, parce que les travaux d'utilité publique traînent ou même n'avancent point.

Peut-on donc caractériser l'activité de l'administration en ce qui concerne les biens comme cohérente et conséquente? Malheureusement, la réponse ne peut être que négative. Du moins pour l'instant.

Mots-clefs: administration, propriété publique, affectation, inaliénabilité, cohérence

Le résumé ci-dessus représente aussi la conclusion, concise et assez pessimiste, que nous avons placée sur la quatrième de couverture d'un volume récemment paru consacré au droit administratif des biens². Cette idée transparait d'ailleurs des pages de ce volume, lequel ne s'était cependant pas proposé de mettre l'accent sur cette question. Aussi, dans les lignes qui vont suivre, essaierons-nous de mettre en évidence, de façon structurée, le plus de situations anormales, incohérentes, du législateur ou de l'administration vis-à-vis des biens sur lesquels s'exerce le pouvoir public, après quoi nous essaierons de proposer des solutions en vue de trouver la cohérence dont a besoin toute activité accomplie dans le but déclaré de satisfaire l'intérêt public.

En passant en revue le droit administratif des biens, nous avons remarqué plusieurs situations au moins anormales. Certaines concernaient la relation entre le critère matériel de la domanialité publique – *l'affectation* à un intérêt ou à un service public et le critère formel – le *classement* d'un bien comme domanial (A). D'autres visaient la relation entre *l'affectation* et le protecteur de celle-ci – *l'inaliénabilité* (B). Enfin, il y a quelques incongruences aussi dans la législation et la pratique administrative et judiciaire des *expropriations*³ (C).

A. Affectation, classement et incohérence

1. La relation théorique de l'affectation et du classement

Ainsi que nous l'avons montré⁴, si l'affectation est un fait matériel, le classement est l'acte formel qui atteste l'appartenance d'un bien au domaine public, reconnaissant de cette façon son caractère indispensable à l'intérêt public. Pour l'essentiel, le rôle du classement est de protéger l'affectation, présente ou, éventuellement, future, que l'administration a en vue dans un avenir prévisible. Par conséquent, en théorie, les rapports normaux entre les deux notions devraient tenir compte des repères suivants:

a) *un bien affecté à une utilité publique présente devrait être classé*; en plus, le classement étant obligatoire dans cette situation, toute personne qui justifie un intérêt légitime a une action dans le contentieux administratif contre le refus de l'administration de le faire. Dans le même ordre d'idées, *le déclassement d'un bien affecté est en principe illégal*, de sorte que l'instance de contentieux administratif, saisie par un particulier ou par le préfet peut annuler cet acte de déclassement. La doctrine française⁵ montre ainsi que même le déclassement intermédiaire⁶ est nul, au cas où l'on a l'intention de modifier une affectation, l'administration étant obligée de garder le bien dans le domaine public y compris pendant l'intervalle où l'ancienne affectation ne subsiste plus et la nouvelle affectation n'est pas encore d'actualité. Dans ce dernier cas, nous parlons d'une protection du domaine public virtuel⁷ (ou à venir), et l'interdiction du déclassement intermédiaire évite les risques d'une aliénation subite et abusive.

b) *per a contrario*, un bien qui n'est pas affecté à une utilité publique (ni présente ni future) ne peut pas être classé comme bien domanial. Par conséquent, si l'affectation d'un certain bien a disparu, l'administration est obligée de déclasser le bien et de le rendre au circuit civil aussi longtemps qu'elle n'a pas l'intention de lui faire changer d'affectation. De même, un acte de classement d'un bien qui relève la propriété privée, s'il n'a pas comme fondement une affectation concrète de celui-ci, est illégal, ayant une cause illicite⁸.

Ainsi **seule l'affectation peut assurer le fondement d'un acte de classement**, de sorte que, naturellement, le fait matériel de l'affectation d'un bien à une utilité publique sera suivi d'un acte de classement de celui-ci comme bien domanial, tout comme le fait matériel de la désaffectation sera suivi de l'acte formel du déclassement. Certes, ça ne se passe pas toujours dans cet ordre-là. Ainsi, parfois, la volonté de l'administration de classer précède les actes matériels conclus avec l'affectation effective du bien en question. Tout comme il est possible que, dans certaines situations, un bien affecté à une utilité publique se détériore graduellement, l'usure physique étant suivie d'une usure morale, de sorte que son utilité publique diminue au fur et à mesure qu'il est utilisé. La décision de l'administration de déclasser à un moment donné le bien (même si, à ce moment-là, il est encore affecté à l'utilité publique en question), est parfaitement légale, si, par exemple, le rendement financier du bien est négatif et son utilité publique est même remise en question. En conclusion, que le classement suive ou qu'il précède l'affectation, ce qui est certain c'est qu'entre les deux notions il y a un rapport étroit.

2. Des situations (au moins apparemment) anormales

En analysant les diverses situations apparues dans la vie administrative, nous avons découvert quelques hypothèses dans le cas desquelles le raisonnement exposé ci-dessus ne s'applique pas rigoureusement. En voilà quelques-unes:

a) *L'hypothèse où l'appartenance d'un bien au domaine public est déclarée par la loi.* Conformément à l'art. 136 alin. 3 de la Constitution „*Les richesses d'intérêt public du sous-sol, de l'espace aérien, les eaux à potentiel énergétique valorisable, d'intérêt national, les plages, la mer territoriale, les ressources naturelles de la zone économique et du plateau continental, de même que d'autres biens établis par la loi organique, font l'objet exclusif de la propriété publique*”. À première vue, il semblerait que dans ces hypothèses réglementées par la Constitution ou dans celles établies par la loi organique le classement de certains biens comme appartenant au domaine public se fait directement par les actes normatifs qui les réglementent. Cependant, en réalité, un véritable acte de classement ne peut être qu'individuel. Ainsi, bien que dans les hypothèses rappelées les plages fassent partie du domaine public, rien ne peut nous assurer qu'une certaine bande

de terre concrète entre dans cette catégorie et, implicitement, dans le domaine public, en l'absence d'un acte administratif individuel qui l'atteste spécialement: c'est ça le véritable l'acte de classement. La technique de l'établissement d'une certaine catégorie de biens comme domaniale doit être utilisée par le législateur avec beaucoup de précaution et seulement dans des situations évidentes, parce que ça peut déterminer des dérapages des autorités dans l'interprétation de ces textes de loi. Par exemple, dans l'hypothèse citée des „plages”, bien que la Constitution ne prévoit pas cela expressément, la citation de cette catégorie avant la mer territoriale et avant les ressources naturelles de la zone économique et du plateau continental nous fait croire qu'il s'agit uniquement des plages de la Mer Noire, et non pas de n'importe quelle plage de tout le territoire de la Roumanie⁹. Mais, même si c'était ainsi, dans ces hypothèses nous devons convenir que le principe d'interprétation de ces textes de loi est celui qu'un acte normatif qui établit l'appartenance d'une catégorie de biens au domaine public **présume seulement leur affectation à un intérêt public, et non pas le titre de l'État ou des unités administratives-territoriales aussi**¹⁰. De la compréhension erronée de ce principe peut apparaître, dans la pratique, une multitude d'abus de l'administration, confirmés par des décisions judiciaires: sous la protection du principe de la prééminence des prévisions constitutionnelles face à toutes autres règles de notre système juridique, on pourrait arriver à la conclusion (abusive) au sens que tout bien de ces catégories appartiendrait au domaine public même si un tiers peut en présenter un titre de propriété justificatif. Par exemple, dans l'hypothèse que le littoral avancerait de quelques dizaines ou centaines de mètres à l'intérieur de la terre ferme à la suite des actions naturelles de la Mer Noire, une administration de mauvaise foi pourrait soutenir que les parcelles de terrain à proximité de la mer et sur lesquelles celle-ci a apporté du sable appartiennent de droit au domaine public et, par conséquent, l'administration ne doit rien au particulier qui, de cette façon, se voit purement et simplement spolié de son bien. En réalité, par ce changement de l'état de fait, l'administration acquiert seulement le droit d'exproprier les parcelles qui constituent le nouveau littoral.

b) L'hypothèse où l'administration abuse de sa prérogative de classement/déclassement. Pendant les derniers vingt ans, soit par ignorance, soit par mauvaise foi, ont pu être identifiées de nombreuses situations dans lesquelles l'administration a eu l'intention de passer un bien du domaine public dans le domaine privé ou vice versa, sans que derrière cette mesure il y ait une affectation/désaffectation effective du bien en question. En d'autres mots, l'administration a pris cette mesure dans un autre but: d'habitude, une aliénation ou une rétrocession ultérieure à un tiers (dans le cas du déclassement), respectivement afin d'éviter une exécution forcée (dans le cas du classement).

Il s'agissait en fait d'une mesure artificielle, et la seule solution à portée du particulier qui se considère lésé de cette façon dans ses droits ou intérêts légitimes est l'action en contencieux administratif en raison des dispositions des articles 8 alin. 2 et 10 alin. 3 de la Loi n° 213/1998 concernant les biens propriété publique¹¹. Cependant, là encore il risque que les instances rejettent l'action en raison du fait que le passage d'un bien du domaine privé dans le domaine public ou l'inverse est un attribut discrétionnaire de l'administration que les instances ne peuvent censurer¹², solution qui, appliquée *de plano*, est évidemment illégale, étant contraire premièrement au texte des articles 8 alin. 2 et 10 alin. 3 de la Loi n° 213/1998 qui prévoit expressément cette possibilité du particulier concerné. Il existe en effet une certaine dose de vérité dans cette orientation jurisprudentielle, mais on doit souligner une distinction subtile: les instances ne peuvent censurer la volonté de l'administration de passer un bien dans le domaine public (pour une cause évidente d'utilité publique), en préférant la solution qui consiste à garder le bien dans le domaine privé en raison du fait que l'intérêt d'un particulier irait dans ce sens, mais elles peuvent censurer l'absence de la cause de l'utilité publique. Autrement dit, la cause illicite de l'acte administratif peut toujours être censurée par l'instance de contencieux, mais non l'appréciation au sujet des différentes situations d'utilité publique possibles¹³.

B. Affectation, inaliénabilité et incohérence

1. Prémisses

En général, l'inaliénabilité est considérée comme le gardien de l'affectation. Aucun bien ne peut être considéré inaliénable qu'en considération du fait qu'il est affecté à une cause d'utilité publique, et cela mérite une protection qui ne pourrait lui être assurée au cas où le bien circulerait librement dans le circuit civil, sans aucune restriction.

En ce qui concerne les rapports entre l'affectation et l'inaliénabilité¹⁴, on peut adopter l'une des deux grandes conceptions de celle-ci: la première, celle française, selon laquelle *le bien même est inaliénable*. Cette conception part de la prémisse qu'un bien affecté à une utilité publique ne peut être protégé avec efficacité que s'il se trouve aux mains de l'administration publique. Aussi, dans ce système, la propriété affectée à une utilité publique ne peut pas être privée. La seconde, la conception allemande, part de la prémisse qu'on peut distinguer le bien regardé dans sa matérialité et *son affectation* d'utilité publique et seule la dernière doit être protégée d'inaliénabilité. Par conséquent, le bien en soi peut être la propriété privée d'un particulier, mais il sera toujours grevé d'une servitude d'utilité publique¹⁵.

De toute façon, ce que les deux conceptions diamétralement opposées ont en commun c'est l'idée qu'*il ne peut exister d'inaliénabilité sans affectation*. Peu importe si seule cette affectation ou le bien en soi est protégé par l'idée de l'inaliénabilité, en l'absence de celle-ci tout bien doit faire, obligatoirement, l'objet du circuit civil.

Dans ce domaine nous allons mettre en évidence trois situations d'incohérence législative (qui détermine ultérieurement une activité administrative dépourvue de repères théoriques): la première, en matière d'application de la Loi n° 10/2001 concernant les rétrocessions des immeubles confisqués abusivement par l'État communiste (a), la deuxième en matière d'application de la Loi n° 18/1991 du fonds foncier (b); enfin, la troisième, en matière d'habitations à statut spécial (c).

a) Incohérence dans la façon d'appliquer la Loi n° 10/2001. Ainsi que nous l'avons montré à une autre occasion¹⁶, apparemment sans un critère unique de différenciation, dans certaines hypothèses où les biens confisqués abusivement par l'État roumain pendant la période 1948-1989 étaient affectés à une utilité publique, ils devaient être rétrocédés (voir ainsi l'art. 16 alin. 1 de la loi¹⁷), tandis que dans d'autres situations la restitution se fait obligatoirement en équivalent (voir l'art. 10 alin. 2 de la loi¹⁸). Comme nous l'avons montré aussi dans l'étude respective, le critère distinctif des deux situations a été, probablement, le degré de mutabilité de l'activité ou des services d'utilité publique hébergés par le bien dont la rétrocession était en question, avec les coûts afférents: dans le cas des bâtiments qui abritaient des institutions publiques, y compris des sièges d'ambassades et des consulats étrangers, c'était beaucoup plus facile de trouver de nouvelles locations pour les activités en question; en échange, déplacer des installations, les relais sous-terrains de transport d'électricité, d'énergie thermique, etc., c'est, sinon impossible du point de vue technique, au moins extrêmement coûteux¹⁹. À ce sujet, il faudrait faire encore une remarque intéressante, à savoir que, dans les deux situations distinctes, le législateur a appliqué les deux principes distincts en matière de relation entre l'affectation et l'inaliénabilité. Dans la première situation, seule l'affectation est inaliénable, et cette situation a un caractère temporaire (3, respectivement 5 ans conformément à l'alin. 1 de l'art. 16); dans la seconde, le bien même est inaliénable, puisque la rétrocession se fait en équivalent.

Ces situations ne comportent plus de propositions pour de véritables solutions, étant donné que le phénomène des rétrocessions est en soi „épuisable”, la Loi n° 10/2001 s'approchant de la fin de son application.

b) Incohérence dans la façon de concevoir l'application de la Loi n° 18/1991 du fonds foncier. Bien que de nombreux textes de loi on peut déduire l'idée que le législateur semble avoir compris les rapports corrects entre l'affectation et l'inaliénabilité, seuls les biens affectés à une utilité publique doivent être exceptés du principe de la reconstitution du droit de propriété sur les anciens emplacements, il existe un texte qui infirme cette conclusion. Ainsi, en conformité avec l'article 26 de la Loi n° 18/1991: „Les terrains situés dans la zone intra-muros des localités, restés à la disposition des

autorités de l'administration publique locale, passent des personnes qui sont décédées et/ ou qui n'ont pas de successeurs dans la propriété publique des unités administratives-territoriales et dans l'administration des conseils locaux respectifs, sur la base du certificat de vacance successorale délivré par le notaire public. En ce sens, le secrétaire de l'unité administrative-territoriale a l'obligation que, dans un intervalle de 30 jours depuis l'enregistrement de chaque décès des personnes respectives, il communique à la chambre des notaires publics compétente les données prévues à l'art. 68 de la Loi des notaires publics et de l'activité notariale n° 36/1995, avec les modifications et les amendements ultérieurs, en vue du débat de la procédure successorale. La non-observance par le secrétaire de l'unité administrative-territoriale de l'obligation prévue par l'alinéa en question recevra une sanction administrative, en conformité avec la loi" [alin. (1)].

„La modification du régime juridique des terrains prévus à l'alin. (1) de propriété publique des unités administratives-territoriales respectives en propriété privée de celles-ci est interdite et frappée de nullité absolue.” Le texte semble n'avoir aucune logique: non seulement un bien qui n'a aucune affectation d'utilité publique est inaliénable, faisant partie du domaine public local, mais on interdit aux autorités publiques locales de le désaffecter! Il semblerait ainsi que le législateur utilise l'inaliénabilité (conséquence de l'appartenance d'un bien au domaine public) dans un autre but que celui de protéger l'usage ou le service public, spécifique des biens domaniaux.

De lege ferenda nous proposons l'abrogation de ce texte de loi.

c) *Incohérence législative dans l'établissement des rapports normaux entre le domaine public et le domaine privé.* Nous avons découvert de telles situations dans l'analyse de la législation qui régleme les habitations à régime spécial: sociales, d'intervention de fortune. Ainsi, selon notre opinion, il aurait été recommandable qu'un seul acte normatif les régleme toutes, en établissant des principes communs ainsi que des traits distinctifs, dus au spécifique de chaque catégorie. Cependant, malheureusement, la vision du législateur n'est nullement conséquente sur plusieurs plans.

Premièrement, apparemment sans aucune raison, l'une des catégories fait partie du domaine public local (les habitations sociales²⁰) alors que les autres sont des biens relevant de la propriété privée, selon les prévisions de la Loi n° 114/1996 de l'habitation²¹.

Deuxièmement, même certains biens appartenant à la propriété privée sont déclarés, étonnamment, par la loi, inaliénables (définitivement ou au moins temporairement). Ainsi, en conformité avec l'art. 54 alin. (3) de la Loi de l'habitation n° 114/1996, „Les habitations d'intervention/ de service ne peuvent être vendues aux

locataires.” De même, en conformité avec l’art. 53 alin. (4) de la loi, „*Les habitations de service aménagées dans les conditions de la présente loi, financées du budget de l’Etat et des budgets locaux, peuvent être vendues dans les conditions de la loi, avec l’accord du Gouvernement, au cas où l’activité qui a générée l’aménagement des habitations en question a été restreinte ou a cessé.*” Normalement, ce type d’habitations devraient relever de la propriété publique, pour la simple raison qu’elles sont affectées à une utilité publique, même si elles ont reçu une utilisation privée²². *De lege ferenda*, l’option du législateur quant à ces types d’habitations devrait être repensée.

C. Expropriation et incohérence

L’étude du comportement de l’administration en matière d’expropriation relève, d’après nos observations, au moins deux causes de l’incohérence de celle-ci: le manque aigu d’une infrastructure routière actuelle (1), respectivement l’actuelle crise économique (2). Nous allons les analyser à tour de rôle.

1. L’incohérence et la nécessité de développer l’infrastructure

Au moment où elle a été adoptée, la Loi n° 33/1994 de l’expropriation pour cause d’utilité publique a manifesté un souci particulier pour la protection des droits des personnes concernées par l’expropriation, étant moins préoccupée par la protection de l’utilité publique en vue de laquelle va avoir lieu l’expropriation. Aussi, la Loi n° 33/1994 suscite-t-elle trop peu de problèmes de constitutionnalité²³, car le texte de l’art. 44 alin. 3 de la Constitution conformément auquel personne ne peut être exproprié que pour cause d’utilité publique, avec un dédommagement préalable juste, est rigoureusement observé, même dans son esprit. Le revers de cette générosité du législateur s’est fait sentir tout de suite: corroboré aussi avec le chaos qui existe en matière de reconstitution du droit de propriété réglementé par la Loi n° 18/1991 du fonds foncier, modifiée et amendée plusieurs fois jusqu’en 2009, les grands travaux d’utilité publique dont tout État a besoin (premièrement le développement de l’infrastructure) et qui supposent des expropriations considérables ont tardé excessivement. En fin de compte, le législateur a réagi en adoptant, successivement, la Loi n° 198/2004 concernant certaines mesures préalables aux travaux de construction d’autoroutes et de routes nationales²⁴, laquelle a subi une modification massive par la Loi n° 184/2008 pour la modification et l’amendement de la Loi n° 198/2004 concernant certaines mesures préalables aux travaux de construction d’autoroutes et de routes nationales²⁵. Enfin, la Loi n° 255/2010 concernant l’expropriation pour cause d’utilité publique, nécessaire à la réalisation de certains objectifs d’intérêt national, départemental et local²⁶ modifiée y compris à la fin de l’année 2011 par la Loi n° 205/2011. Cependant cette réaction a généré plusieurs inconséquences sur plusieurs plans:

a) *Incohérences au niveau de l'établissement de la procédure d'expropriation à suivre dans une situation particulière.* Pour une raison connue seulement par lui, le législateur a choisi d'intervenir en matière d'expropriation seulement au niveau de la procédure. En d'autres mots, la Loi n° 33/1994 est restée une sorte de „droit commun” en la matière, s'appliquant d'un côté à toutes les expropriations qui n'ont pas été prévues expressément par la législation spéciale (en ce qui concerne l'étape administrative) et, d'un autre côté, à toutes les expropriations en ce concerne l'étape judiciaire, avec certains éléments d'exception dans les cas des expropriations réglementées par la législation spéciale. Voilà donc le premier cas d'incohérence législative: quelle devrait être la raison pour laquelle dans certaines situations l'utilité publique réclame une certaine procédure, simplifiée et extrêmement rapide, alors que dans d'autres on se contente d'une procédure beaucoup plus difficile, fondamentalement différente? La question pourrait rester sans réponse.

b) *Incohérences au niveau de l'établissement de l'instance compétente pour solutionner un différend en matière d'expropriation.* Ainsi que nous l'avons montré dans l'ouvrage cité²⁷, même la Loi n° 33/1994 concernant l'expropriation pour cause d'utilité publique a établi un partage de compétence entre la section de contentieux administratif de la Cour d'Appel et la section civile du Tribunal dont relève le bien, deux instances qui, apparemment, n'ont rien en commun. En partant de la mise en évidence d'une pratique non unitaire en ce qui concerne la compétence de la Cour d'Appel d'établir le taux des dédommagements, nous avons découvert que toute cette situation embrouillée en matière d'expropriation est provoquée par notre législateur qui a essayé d'adapter aux réalités présentes certaines prévisions de la Loi de l'expropriation pour cause d'utilité publique du 20 octobre 1864, en réalisant une mixture impossible à digérer dans le contexte actuel d'organisation de notre système juridique. Et comme si cela n'avait pas suffi, la nouvelle loi en la matière, la Loi n° 255/2010 disjoint la question du dédommagement de celle de la reprise forcée du bien exproprié, en établissant qu'il faut émettre deux actes juridiques distincts, la décision d'expropriation et l'ordre de paiement du dédommagement, chacun avec son régime juridique, y compris en ce qui concerne l'instance compétente de la censurer: ainsi, si la décision d'expropriation est considérée un acte administratif d'autorité (art. 9 alin. 2 de la loi) pouvant être attaquée, par conséquent, devant l'instance de contentieux administratif dans les conditions réglementées par l'art. 10 de la Loi n° 554/2004, la disposition d'octroi du dédommagement (dont la nature juridique, qui n'est pas précisée expressément par la loi, ne peut pas être différente) peut être attaquée dans la section civile du tribunal dont relève le bien (l'art. 22 de la loi). Apparemment, ce choix n'a aucune logique.

c) *Incohérences législatives et jurisprudentielles concernant l'établissement des dédommagements.* En premier lieu, au niveau législatif nous allons remarquer une superposition (un concours) de réglementations, ce qui constitue une source évidente de litiges indésirables. Ainsi, à l'**étape administrative** des expropriations pour la réalisation de l'infrastructure, l'évaluation des biens se fait globalement, selon l'art. 5 de la Loi n° 255/2010, pour tous les immeubles qui constituent le corridor d'expropriation, „sur la base d'un rapport d'évaluation rédigé en fonction des expertises réalisées et actualisées par les chambres des notaires publics”. Cependant, si l'exproprié se considère endommagé par cette évaluation et qu'il s'adresse à l'instance, à l'**étape judiciaire**, le taux des dédommagements est établi en conformité avec les articles 25-27 de la Loi n° 33/1004, c'est-à-dire par une commission de trois experts qui établira la valeur de l'immeuble exproprié sur le marché “à la date de la rédaction du rapport d'expertise” (l'art. 26 alin. 2). À une analyse plus attentive, la situation semble sans issue, résultant de l'absence d'une réglementation unique en matière d'expropriation. Ainsi, d'une part, le dédommagement doit être juste et préalable (l'art. 44 alin. 3 de la Constitution). Pourtant, la procédure instituée par la Loi n° 255/2010 tient compte du fait que l'expropriation se fait par un acte administratif (la décision d'expropriation) qui ne peut faire son effet qu'après avoir consigné le dédommagement au nom des qui de droit, tandis que, en raison de la Loi n° 33/1994, l'expropriation étant faite par décision judiciaire, l'établissement du taux des dédommagements par expertise judiciaire respecte la prévision constitutionnelle car la rédaction de ce rapport est évidemment antérieure au prononcé de la décision en question. Par la combinaison des deux procédures on arrive cependant à une situation qui n'est pas permise: il est (apparemment) non seulement légal, mais aussi obligatoire que l'administration établisse les dédommagements par voie administrative avant d'émettre la décision d'expropriation et la disposition d'octroi des dédommagements.

En respectant la procédure, celui qui opère l'expropriation émet un acte légal. Mécontent du taux des dédommagements, l'exproprié conteste la disposition dans l'instance de sorte que celle-ci, en observant à son tour la loi, va administrer la preuve de l'expertise d'évaluation, l'objectif de la preuve en question étant celui d'évaluer le bien selon les critères établis par la Loi n° 33/1994, c'est-à-dire **au moment de la rédaction du rapport d'expertise**, un moment évidemment ultérieur à l'expropriation (laquelle, conformément à la loi spéciale, s'est déjà produite par l'émission de la décision d'expropriation). Or, il est évident que la valeur d'un immeuble peut être différente aux deux moments²⁸, cas où l'instance va annuler la disposition d'établissement des dédommagements même si, ainsi que nous l'avons déjà établi, celle-ci représentait un acte légal au moment de son émission. Voilà donc que, en dehors de la prévision constitutionnelle non observée, le concours de réglementations détermine aussi la

non-observance d'un principe essentiel du droit, qui prévoit que la valabilité de tout acte juridique est appréciée au moment de son émission, toutes modifications ultérieures étant irrévocables pour son légalité.

Le même article 5 de la Loi n° 255/2010 contient deux autres raisons pour lesquelles la manière d'établir les dédommagements pourrait être considérée en contradiction avec l'esprit de la Constitution: par rapport à la manière d'établir les dédommagements (sur la base des expertises réalisées par les chambres des notaires publics), le dédommagement pourrait *s'avérer injuste*. Ainsi, comme nous l'avons montré à une autre occasion, surtout dans l'hypothèse des bâtiments, les finissages différents déterminent des prix différents, de sorte qu'une méthode de calcul par mètre carré appréciée globalement conduirait à des dédommagements injustes.

D'autre part, même si les expertises entreprises par les chambres des notaires publics sont actualisées de temps à autre, il se pourrait qu'elles ne reflètent pas la réalité du marché immobilier à un moment donné, une sous-évaluation des immeubles étant tout aussi possible qu'une sur-évaluation.

d) Solutions possibles. Le concours de réglementations représente donc la cause de toutes les incohérences signalées *supra*. Aussi, toute solution proposée doit-elle partir de la prémisse d'une nouvelle loi – unique - en matière d'expropriation, qui contienne les principes suivants:

i. Toutes les expropriations se déroulent selon une seule et même procédure. Ainsi, au cas où on procède à des expropriations massives (comme cela arriverait dans l'hypothèse du développement de l'infrastructure), l'utilité publique sera déclarée par la loi de sorte qu'on évite le contrôle en contentieux de la déclaration d'utilité publique²⁹, en raccourcissant ainsi la procédure d'expropriation.

ii. Excepté le contrôle en contentieux de la déclaration d'utilité publique (lorsque celui-ci est possible), **la section civile des Tribunaux a la pleine juridiction en matière d'expropriation.** Ainsi, que ce soit la justice ou bien un acte administratif qui dispose à l'expropriation, dans la pratique, il est notoire que la quasi-majorité des litiges concernent le taux des dédommagements accordés. Or, dans cette situation, les instances de droit commun sont les plus appropriées pour solutionner ces litiges. D'autre part, il existe une tradition (illustrée par les prévisions de l'art 2 du Code de procédure civile) au sens d'une attribution de la compétence de solutionnement des litiges en matière d'expropriation en faveur des tribunaux civils;

iii. La valeur du dédommagement doit être appréciée au moment de l'expropriation effective. Ainsi, que ce soit qui établisse le taux du dédommagement, celui-ci doit être établi à un moment très proche de celui de l'expropriation effective, de préférence avant celui-ci et sans tenir compte du plus de valeur que le terrain a acquis justement à cause des travaux d'utilité publique³⁰. Pourtant, si c'est l'administration

qui établit initialement le taux du dédommagement, pour décourager une pratique qui consiste à établir un dédommagement très sous-évalué par voie administrative, une prévision est nécessaire qui oblige l'administration à payer des intérêts légaux (ou même d'autres intérêts établis au niveau d'intérêts bancaires) pour tout l'intervalle entre le paiement du dédommagement initial et du dédommagement final, établis par voie judiciaire en fonction de la valeur réelle de l'immeuble exproprié sur le marché.

2. L'incohérence, les fonds publics et la crise économique

Par hasard ou non, les situations d'incohérence en matière d'expropriation suivantes sont à mettre à leur tour en rapport avec l'extension de l'infrastructure routière. Pourtant, à l'encontre des situations signalées ci-dessus, le comportement incohérent de l'administration (et non pas du législateur ou des instances judiciaires) a été déterminé, au moins dans une certaine mesure, par les effets indésirables de l'actuelle crise économique. En ce qui nous concerne, nous avons identifié dans la pratique administrative deux cas d'attitude dépourvue de cohérence:

a) Le renoncement de l'administration au but d'utilité publique. Premièrement, nous devons remarquer que, bien que le phénomène fût possible aussi en ce qui concernait les expropriations justifiées par les dispositions de la Loi n° 33/1994, les effets indésirables sur le particulier n'étaient nullement les mêmes. Ainsi, dans une telle situation, seulement trois cas étaient possibles: soit les travaux d'utilité publique commençaient, et cela signifiait que le particulier avait déjà reçu la somme établie en guise de dédommagement, soit on déclarait l'utilité publique une année après (et alors on supposait que les intentions de l'administration étaient sérieuses et, en fin de compte, on démarrait la procédure effective d'expropriation), soit la déclaration d'utilité publique devenait caduque après une année et de cette façon le particulier visé par l'expropriation retrouvait pleinement son droit de propriété.

Mais la Loi n° 33/1994 ne comprenait aucune prévision qui limite l'exercice du droit de propriété privée pendant l'intervalle compris entre le moment de la publication de la déclaration d'utilité publique et celui de l'expropriation effective; il s'agissait ainsi seulement d'un empêchement de fait, car le propriétaire menacé d'une expropriation imminente n'avait aucune raison de commencer des travaux (de rénovation, de nouvelles constructions, etc.) sur l'immeuble visé par l'expropriation et, d'autre part, personne n'était tenté d'acheter ce bien pendant cet intervalle de temps; par conséquent, pendant cette période, un tel immeuble n'avait aucune valeur marchande.

En échange, en conformité avec l'article 30 de la Loi n° 255/2010, après que l'Office du cadastre a visé les documentations cadastrales des futurs travaux d'utilité publique, toute autorisation de construction (émise, bien sûr, au sujet des immeubles

qui vont être expropriés, identifiables grâce à la documentation cadastrale en question) est frappée de nullité. Ainsi, dès que les indicateurs économiques des futurs travaux sont approuvés par une décision du gouvernement, les immeubles visés par l'expropriation sont pratiquement inutilisables pour des constructions, ce qui annule leur valeur sur le marché libre. Pour ne plus parler du fait que depuis le moment où les dédommagements sont affichés, les biens en question sont pratiquement retirés du circuit civil, car tout acte juridique conclu à propos de celui-ci est nul (l'art. 29 de la loi). Et parfois, après une telle période d'immobilisation de ces immeubles, l'administration se ravise et abandonne le projet d'utilité publique. Telle est aussi la situation de la ceinture au nord du municipe Cluj-Napoca, dont les indicateurs technico-économiques ont été approuvés par l'arrêté gouvernemental n° 784/2009. Or, au début de l'année 2012, par manque de fonds, après avoir ajourné plusieurs fois le démarrage de la procédure de déclenchement des expropriations dans la région, le représentant de l'expropriateur, C.N.A.D.N.R S.A., a initié l'abrogation de cet arrêté. À supposer que ce sera la fin de l'objectif d'utilité publique, on se demande de quelle manière le particulier lésé dans ses droits par cette attitude incohérente de l'administration peut obtenir des dédommagements pour l'inutilité du bien finalement non exproprié. En ce qui nous concerne, nous croyons qu'une action pour un dédommagement justifié par cette inutilité (comme forme du préjudice causé) est pleinement admissible.

b) La superposition de plusieurs projets d'utilité publique. Le manque de communication au sein de l'administration publique peut mener à des situations d'incohérence. Par exemple, dans une espèce³¹, ayant l'intention de réaliser une chaussée périphérique du Municipe Cluj-Napoca dans sa partie sud, le Conseil local a adopté un plan urbanistique de zone (PUZ) par lequel il réglementait du point de vue urbanistique tout le couloir de celle-ci et prévoyait le commencement des expropriations dans cette région (approuvé par la Décision du Conseil Local Cluj-Napoca n° 787/2007). Cependant, jusqu'en ce moment-ci, conformément à ce PUZ les terrains affectés par la variante du périphérique ont été déclarés inutilisables pour des travaux de construction (ce qui était, d'ailleurs, normal, pour éviter les dépenses inutiles autant de la part des particuliers que des budgets publics). Selon les projets de la municipalité, le périphérique allait avoir deux bandes par sens et allait être raccordé dans divers points au réseau de rues du Municipe Cluj-Napoca.

Cependant, ultérieurement, disposant d'autres fonds, beaucoup plus consistants, le Gouvernement est passé à l'élaboration d'un nouveau projet de périphérique, sur le même couloir: le projet d'une autoroute urbaine à trois bandes par sens, les autorités centrales informant les autorités locales que le projet de ces dernières „n'est plus d'actualité". Cette superposition des deux projets d'utilité publique a généré une situation incertaine qui a affecté la substance du droit de propriété sur les terrains de la zone

concernée par les expropriations, situation qui pourrait être résumée comme suit: d'une part, on ne pouvait entreprendre de travaux de construction sur ces terrains ni vendre ces terrains; d'autre part, pour l'instant, on ne passait pas à l'expropriation, étant donné que le projet des autorités centrales n'était pas finalisé, que le Ministère des Transports et de l'Infrastructure ne s'était pas prononcé quant à l'opportunité de celui-ci (vu que le rapport entre les bénéfices de ce projet et les coûts qu'il supposait ne pouvait être apprécié qu'une fois le projet achevé); enfin, cette situation tendait à se perpétuer. Dans ces conditions, la Cour d'Appel de Cluj, par deux décisions extrêmement courageuses³², d'une part a annulé le PUZ réalisé par les autorités publiques locales surtout parce que le projet était trop vague et trop ambigu, et, d'autre part, a obligé les autorités centrales compétentes à finaliser le projet d'utilité publique et à se prononcer sur l'opportunité de celui-ci, en établissant des délais dans ce sens; enfin, les autorités publiques locales ont été obligées de réglementer de nouveau la zone en question du point de vue urbanistique, en fonction de l'existence ou de l'inexistence de la nouvelle autoroute urbaine. Ce qui arrivera à l'avenir reste à voir.

c) *Les solutions* pour que ces situations soient évitées *sont évidentes*. Il convient que l'administration calcule mieux ses mouvements, car tout retour en arrière est, à ce niveau, extrêmement coûteux. D'autre part, une meilleure collaboration des différentes autorités impliquées dans la même procédure ne peut être que bienvenue.

Brève conclusion. Dans une des décisions de référence prononcées contre la Roumanie³³, la Cour de Strasbourg a utilisé une expression qui, du moins dans notre système de droit, a fait carrière: „*l'incertitude – qu'elle soit législative, administrative, ou tenant aux pratiques appliquées par les autorités – est un facteur important qu'il faut prendre en compte pour apprécier la conduite de l'Etat.*” Ainsi, l'une des facettes du principe de la sécurité des rapports juridiques – **la qualité du droit** – prétend que les normes juridiques soient claires, lisibles, cohérentes, prédictibles; de même leur application par l'administration. L'absence de ces attributs détermine la violation du droit des membres de la société à la sécurité juridique et de pareilles situations doivent être évitées autant que possible.

¹ Cet article est le résultat du projet PNII – IDEI 921/2009, 2432/2008, intitulé “The inconsistency of the public authorities in capitalizing the State and local authorities' property”, subventionné par le CNCSIS –UEFISCSU.

* Chargé de cours, Faculté de Droit de l'UBB Cluj-Napoca; avocat, Barreau de Cluj; opodaru@law.ubbcluj.ro.

- ² Ov. Podaru, *Drept administrativ. Dreptul administrativ al bunurilor*, Ed. Hamangiu, București, 2011. Ce volume a été à son tour un produit du projet IDEI indiqué ci-dessus.
- ³ Certes, ce sont seulement les principales situations de comportement incohérent que nous avons découvertes en analysant la question de la relation de l'administration avec les biens. Car certaines attitudes apparemment anormales, mais de moindre importance, se retrouvent partout dans la vie administrative. Cependant, si l'on nous permet un jeu de mots, une certaine dose d'anormalité caractérise toute normalité.
- ⁴ Ov. Podaru, *op.cit.*, n° 23 et 47.
- ⁵ Pour des détails, voir J. Morand-Deville, *Cours de droit administratif des biens*, 3e éd., L.G.D.J., Paris, 2003, p. 41; Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, 12e éd., L.G.D.J., Paris, 2002, p. 90-94.
- ⁶ Par déclassement intermédiaire on entend la situation où un bien domanial est déclassé seulement pour qu'ultérieurement il soit classé de nouveau comme un bien appartenant au domaine public, mais ayant une affectation différente.
- ⁷ Pour plus de détails sur cette notion, voir Y. Gaudemet, *op.cit.*, p. 94.
- ⁸ Ainsi, seulement deux hypothèses sont possibles: soit le bien a été classé par erreur, soit l'administration a eu l'intention de sortir le bien de l'incidence des règles du circuit civil (par exemple: elle a essayé d'éviter une exécution forcée).
- ⁹ *De lege ferenda* le remplacement de cette notion avec la notion de littoral (ou bord) de la Mer Noire pourrait être utile. D'une part, il est évident que tout le littoral de la Mer Noire doit faire partie du domaine public, et non seulement ces parties qui représentent des plages, car le droit de promenade (selon le terme utilisé dans la jurisprudence française) de toute personne doit être exercé librement le long de toute la côte maritime. D'autre part, il faut établir une largeur maximale de ce littoral à l'intérieur duquel les plages fassent obligatoirement partie du domaine public, de sorte que, si les autorités publiques n'ont pas de titre valable, elles soient obligées de passer à l'expropriation.
- ¹⁰ Dans le même sens, voir V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, vol. I, Ed. Humanitas, București, 2008, nr. 184; E. Chelaru, *Administrarea domeniului public și a domeniului privat*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 54. Certes, parfois, ce titre est présumé de façon absolue, mais cette présomption résulte aussi de l'impossibilité de toute autre personne de justifier un droit de propriété sur les biens domaniaux en question. Par exemple, dans l'hypothèse des richesses d'intérêt du sous-sol ou des ressources naturelles de la mer territoriale et du plateau continental, il est évident que de par leur formation par voie naturelle elles deviennent la propriété de l'État roumain.
- ¹¹ Publiée dans le Moniteur Officiel n° 448 du 24 novembre 1998.
- ¹² En ce sens, voir, par exemple, l'opinion à part de la Cour d'Appel Oradea, la décision civile n° 976 du 18 novembre 2010 (non publiée). Certaines instances sont encore les adeptes de la vieille orientation (attribuée autrefois à „l'école de Cluj”), au sens que l'opportunité échappe au contrôle du pouvoir judiciaire (pour des détails à ce sujet voir D- Apostol-Tofan, *Puterea discreționară și excesul de putere al autorităților publice*, Ed. All Beck, București, 1999, *passim*; A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, vol. II, Ediția 4, Ed. All Beck, București, 2005, p. 41-52; Ov. Podaru, *Școala de la București vs. Școala de la Cluj: război sau pseudo-conflict? Eseu despre variile viziuni asupra oportunității actelor administrative (mitologie pentru juriști)* in *Studia Iurisprudentia* nr. 2/2009, accessible à <http://studia.law.ubbcluj.ro/index.php>.
- ¹³ Pour la notion de cause de l'acte administratif, voir G. Vedel, *Essai sur la notion de cause en droit administratif*, thèse, Toulouse, 1934, *passim*; Ov. Podaru, *Drept administrativ*, vol. I, *Actul administrativ. Repere pentru o teorie altfel*, Ed. Hamangiu, București, 2010, nr. 151-153. Dans la situation analysée, l'instance devrait rejeter une action en contentieux administratif par laquelle une personne solliciterait l'annulation d'une

décision du conseil local par laquelle celui-ci a passé de son domaine privé dans le domaine public local afin de transformer l'aire dans une zone verte (parc public), en préférant cette solution à celle (tout aussi possible, mais probablement considérée inopportune) de la rétrocession envers le particulier, comme mesure réparatoire sous forme d'équivalent, en raison de la Loi n° 10/2001.

¹⁴ Pour une discussion extrêmement intéressante de cette question dans le droit français, à partir d'une espèce concrète, voir Capitant, *Notă la C.E.*, 17 februarie 1933, *Commune de Barran*, Dalloz, 1933, p. 49; A. de Laubadère, *Domanialité publique, propriété administrative et affectation*, L.G.D.J., Paris, 1950, p. 6-10

¹⁵ Dans ce système, si le bâtiment dans lequel le Gouvernement déroule son activité était la propriété privée d'un particulier, celui-ci serait obligé d'héberger perpétuellement l'autorité publique en question, son seul droit étant de percevoir un loyer. Ainsi, *l'usage d'utilité publique revient toujours à l'administration*, la propriété pouvant être cependant privée étant affectée par cette servitude perpétuelle.

¹⁶ Pour des détails, voir Ov. Podaru, *Afectațiunea, cauză de inadmisibilitate a acțiunii în revendicare a imobilelor preluate în mod abuziv de către regimul comunist?*, in *Studia iurisprudentia*, nr. 4/2010, <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=362>

¹⁷ En conformité avec celui-ci, „Dans le cas des immeubles ayant les destinations mentionnées dans l'annexe n° 2 lett. a) qui fait partie intégrante de la présente loi, nécessaires et affectés inconditionnellement et exclusivement aux activités d'intérêt public, d'enseignement, de santé ou socio-culturelles, on restitue l'immeuble aux anciens propriétaires ou, selon le cas, à leurs successeurs, avec l'obligation de maintenir son affectation pour une période allant jusqu'à 3 ans, pour ce qui vient d'être montré aux points 3 et 4 de l'annexe n° 2 lett. a) ou, selon le cas, jusqu'à 5 ans depuis l'émission de la décision ou de l'arrêté, pour ce qui vient d'être montré aux points 1 et 2 de l'annexe n° 2 lett. a)”.
¹⁸ Selon ce texte de loi, „Au cas où sur les terrains sur lesquels il y avait des immeubles confisqués abusivement ont été édifiés de nouveaux bâtiments, autorisés, la personne en droit obtiendra la restitution en nature de la partie de terrain restée libre, et pour la superficie occupée par les nouveaux bâtiments, celle affectée aux servitudes légales et à d'autres aménagements d'utilité publique des localités urbaines et rurales, les mesures réparatoires sont établies en équivalent.”

¹⁹ Certes, il y avait aussi une autre variante possible: celle de restituer en nature les immeubles en question, affectés d'une servitude administrative, celle du droit d'accès et d'intervention aux utilités en question, pour leur entretien ou en cas de dégât.

²⁰ Voir en ce sens le point III.6 de l'annexe à la Loi n° 213/1998 concernant les biens propriété publique.

²¹ Publiée dans le Moniteur Officiel n° 254 du 21 octobre 1996.

²² L'idée d'affectation comme base de l'inaliénabilité est cependant visible, en ce qui concerne les habitations de service, même dans le texte de loi cité: celles-ci peuvent être aliénées si l'activité qui a généré l'aménagement des habitations en question a cessé (l'idée de désaffectation).

²³ Pour des détails sur l'inconstitutionnalité de l'art. 2 de la loi, quant à l'impossibilité d'exproprier le domaine public de l'État, voir Ov. Podaru, *Dreptul administrativ al bunurilor, op.cit.*, nr. 153.

²⁴ Le Moniteur Officiel n° 487 du 31 mai 2004.

²⁵ Le Moniteur Officiel n° 740 du 31 octobre 2008.

²⁶ Le Moniteur Officiel n° 853 du 20 décembre 2010.

²⁷ Ov. Podaru, *Dreptul administrativ al bunurilor, op.cit.*, nr. 167-174.

²⁸ Ainsi, d'une part, la valeur pourrait augmenter justement à cause des travaux d'utilité publique; d'autre part, l'expertise judiciaire pourrait être administrée/ readministrée en appel, ou lors du second cycle processuel (après une possible cassation), de sorte qu'il se pourrait que plusieurs années passent entre les deux évaluations, ce qui ferait que la seconde diffère évidemment beaucoup de la première.

²⁹ De toute façon, dans de tels cas, vu la situation actuelle de notre infrastructure routière et ferroviaire, on ne pourrait nier l'utilité publique de tels travaux.

- ³⁰ Ainsi, l'expropriation pour cause d'utilité publique d'une part crée une plus-value pour le propriétaire, et d'autre part, elle le prive de son droit de propriété. Or, dans ces conditions, il est normal que le particulier obtienne seulement ce qu'il a perdu en faveur de l'expropriateur, mais pas le plus que ce dernier lui a créé.
- ³¹ Pour des détails, voir aussi Ov. Podaru, *Noțiunea de operațiune administrativă complexă*, *Notă* la dec. civ. nr. 420/2010 a Curții de Apel Cluj s.c.c.a.f., în CJ nr. 6/2011, p. 326-330.
- ³² La Cour d'Appel de Cluj, s.com.c.a.f., déc. civ. nr. 420/2010 (precitată), respectivement déc. civ. nr. 1583/2010 (non publiée).
- ³³ Il s'agit de la décision du Conseil Européen des Droits de l'Homme *Păduraru contre la România* (le Moniteur Officiel n° 514 du 14 juin 2006), par. 92. Cependant, on trouve une idée semblable aussi dans une décision antérieure de la Cour, *Broniowski contre la Pologne* (par. 151).

O VIZIUNE COERENTĂ ASUPRA ACTIVITĂȚII AUTORITĂȚILOR PUBLICE ASUPRA BUNURILOR PE CARE LE DEȚIN¹

Ovidiu PODARU*

Résumé: *Une vision cohérente de l'activité des autorités publiques sur les biens qu'elles détiennent. L'administration mise face à face avec les biens. Surtout ses biens à elle, mais aussi les biens privés. Peut-on identifier, à partir de l'analyse de ses actions, une conduite fondée sur certains principes et cohérente? Notre article propose justement une réponse à cette question.*

Tout d'abord, l'administration doit mettre en valeur les biens affectés à une utilité publique: une règle simple et archiconnue dit que la totalité de ses biens, le domaine public, est inaliénable. Mais, malheureusement, l'administration trouve souvent des modalités (fréquemment illicites) d'enlever la protection du régime domanial afin de les aliéner. Parfois, même le législateur lui donne un coup de main en ce sens.

Ensuite, l'administration doit résoudre les problèmes posés par ses biens relevant de la propriété «privée». Une autre règle simple affirme que ceux-ci sont gouvernés par le droit commun. Mais par exemple, comment un préfet pourrait-il aliéner son siège social - le bâtiment de la préfecture - construit avec des ressources financières extrabudgétaires? Un tel immeuble semble plutôt être inaliénable, du moins en fait. Mais alors, pourquoi n'appartient-il pas à la propriété publique?

Enfin, l'administration, alors qu'elle veut développer ses projets, rencontre souvent les biens des particuliers, qui lui sont nécessaires. Elle recourt à l'expropriation, qui se déroule soit trop lentement, soit trop vite. Dans la plupart des situations, les particuliers se sentent lésés par les abus de l'administration et ils s'adressent à la justice, mais, en même temps, l'intérêt public est affecté aussi, parce que les travaux d'utilité publique traînent ou même n'avancent point.

Peut-on donc caractériser l'activité de l'administration en ce qui concerne les biens comme cohérente et conséquente? Malheureusement, la réponse ne peut être que négative. Du moins pour l'instant.

Rezumat: *„Administrația pusă față în față cu bunurile. Ale sale îndeosebi, dar și ale particularilor. Se desprinde, oare, o conduită principială și coerentă din analiza acțiunilor sale? La această întrebare își propune să răspundă lucrarea de față.*

Mai întâi, administrația trebuie să pună în valoare bunurile afectate unei utilități publice: o regulă simplă și arhicunoscută ne spune că totalitatea acestor bunuri, domeniul public, este inalienabil. Din păcate, adeseori administrația găsește modalități (adesea ilicite) de a le scoate de sub protecția regimului domanial și de a le înstrăina. Uneori chiar legiuitorul îi dă o mână de ajutor în acest sens.

Apoi, administrația trebuie să rezolve problema bunurilor sale proprietate „privată”. O altă regulă simplă ne spune că acestea sunt guvernate de dreptul comun. Dar cum ar putea, bunăoară, un prefect să-și înstrăineze sediul – clădirea Prefecturii – construită din resurse extrabugetare? Un asemenea imobil pare mai degrabă inalienabil, cel puțin în fapt. Dar atunci, de ce nu aparține proprietății publice?

În fine, administrația, în dezvoltarea proiectelor sale, se lovește adesea de bunurile particularilor, care îi sunt necesare. Recurge la expropriere, care se derulează fie prea lent, fie prea repede. De cele mai multe ori particularii se simt lezați prin abuzurile administrației și se adresează justiției, dar, în acest răstimp, nici interesul public nu se simte prea bine, căci lucrările de utilitate publică trenează sau chiar stagnează.

Se poate, deci, caracteriza activitatea administrației legată de bunuri ca fiind coerentă și consecventă? Din păcate, răspunsul nu poate fi decât negativ. Cel puțin în prezent”.

Cuvinte cheie: administrație, proprietate publică, afecțiuni, inalienabilitate, coerență

Mots-clefs: administration, propriété publique, affectation, inaliénabilité, cohérence

Rezumatul de mai sus reprezintă totodată și concluzia, concisă și destul de pesimistă, pe care am așezat-o pe coperta IV a volumului apărut recent și dedicat dreptului administrativ al bunurilor². Această idee transpare, de altfel, și din paginile acestui volum, care însă nu-și propusese să pună accent pe această chestiune. Tocmai de aceea, în rândurile care urmează, vom încerca mai întâi să scoatem în evidență, structurat, cât mai multe situații anormale, incoerente, ale legiuitorului ori administrației față de bunurile asupra cărora se exercită puterea publică, după care vom încerca să propunem soluții în vederea găsirii coerenței de care are nevoie orice activitate înfăptuită în scopul declarat al satisfacerii interesului public.

Trecând prin dreptul administrativ al bunurilor, am observat mai multe situații cel puțin anormale. Unele erau legate de relația dintre criteriul material al domeniului public – *afectarea* la un interes sau un serviciu public și cel formal – *clasarea* unui bun ca fiind domenal (A). Altele vizau relația dintre *afecțiune* și protectorul acesteia – *inalienabilitatea* (B). În fine, există câteva incongruențe și în legislația și practica administrativă și judiciară a *expropriilor*³ (C).

A. Afectare, clasare și incoerență

1. Relația teoretică dintre afectare și clasare

Așa cum am arătat⁴, dacă afectarea este un fapt material, clasarea este actul formal care atestă apartenența unui bun la domeniul public, recunoscând astfel caracterul

său indispensabil pentru interesul public. În esență, rolul clasării este acela de a proteja afectarea, pe cea prezentă ori, eventual, una viitoare, pe care administrația o are în vedere într-un viitor previzibil. În consecință, în teorie, raporturile normale dintre cele două noțiuni ar trebui să țină seama de următoarele repere:

a) *un bun afectat unei utilități publice prezente ar trebui să fie și clasat*; mai mult, clasarea fiind o obligație în aceasta situație, orice persoană care justifică un interes legitim are acțiune în contencios administrativ împotriva refuzului administrației de a o face. În aceeași ordine de idei, *declararea unui bun afectat este în principiu ilegală*, astfel încât instanța de contencios administrativ, sesizată de un particular ori de către prefect poate anula acest act de declarare. Doctrina franceză⁵ arată astfel că inclusiv declararea intermediară⁶ este nulă, în situația în care se intenționează o schimbare a afectării, administrația fiind obligată să păstreze bunul în domeniul public inclusiv în intervalul de timp când vechea afectare nu mai subsistă iar noua afectare încă nu este de actualitate. În acest ultim caz vorbim despre o protecție a domeniului public virtual⁷ (sau viitor), iar interdicția de clasare intermediară evită riscurile unei înstrăinări subite și abuzive.

b) *per a contrario, un bun care nu este afectat unei utilități publice (nici prezente nici viitoare) nu poate fi clasat ca bun domeniului public*. În consecință, *dacă afectarea unui anumit bun a dispărut, administrația este obligată să declaseze bunul și să-l redea circuitului civil atâta timp cât nu are în intenție o schimbare de afectare*. De asemenea, un act de clasare a unui bun proprietate privată, dacă nu are ca fundament o afectare concretă a acestuia, este ilegal, având o cauză ilicită⁸.

Așadar, **numai afectarea poate fundamenta un act de clasare**, astfel că, în mod firesc, faptul material al afectării unui bun la o utilitate publică va fi urmat de un act de clasare a acestuia ca bun domeniului public, după cum faptul material al defecării va fi urmat de actul formal al declasării. Desigur însă că nu întotdeauna aceasta trebuie să fie ordinea lucrurilor. Astfel, uneori mai întâi apare voința administrației de a clasa și abia apoi urmează lucrările materiale finalizate cu afectarea efectivă a bunului în cauză. După cum este posibil ca, în anumite situații, un bun afectat unei utilități publice să se deterioreze treptat, uzura fizică a bunului fiind dublată de una morală, astfel încât utilitatea publică a acestuia scade pe măsura utilizării. Este perfect legală decizia administrației de a declasa la un moment dat bunul (chiar dacă, în acel moment, el este încă afectat utilității publice în cauză), dacă, de pildă, randamentul financiar al bunului este negativ iar utilitatea publică este chiar pusă sub semnul întrebării. În concluzie, indiferent dacă clasarea urmează sau precede afectarea, cert este faptul că între cele două noțiuni există o strânsă legătură.

2. Situații (cel puțin aparent) anormale

Analizând diversele situații apărute în viața administrativă, am descoperit câteva ipoteze în care raționamentul expus mai sus nu se aplică riguros. Iată unele dintre ele:

a) *Ipoteza în care apartenența unui bun la domeniul public se declară prin lege.* Potrivit art. 136 alin. 3 din Constituție „*Bogățiile de interes public ale subsolului, spațiul aerian, apele cu potențial energetic valorificabil, de interes național, plajele, marea teritorială, resursele naturale ale zonei economice și ale platoului continental, precum și alte bunuri stabilite de legea organică, fac obiectul exclusiv al proprietății publice*”. La o primă vedere s-ar părea că în aceste ipoteze reglementate de Constituție ori în cele stabilite de legea organică clasarea unor bunuri ca aparținând domeniului public se face direct prin actele normative care le reglementează. În realitate însă, un veritabil act de clasare nu poate fi decât individual. Astfel, deși în ipotezele amintite plajele fac parte din domeniul public, nimic nu ne poate crea certitudinea că o anumită parcelă de teren, în concret, intră în această categorie și, implicit, în domeniul public, în lipsa unui act administrativ individual care să ateste acest lucru în mod special: acesta este veritabilul act de clasare.

Tehnica stabilirii unei anumite categorii de bunuri ca fiind domeniul public trebuie utilizată de legiuitor cu multă precauție și numai în situațiile evidente, pentru că poate determina derapaje ale autorităților în interpretarea acestor texte de lege. Bunăoară, în ipoteza citată a „plajelor”, deși Constituția nu prevede acest lucru în mod expres, plasarea acestei categorii mai înainte de marea teritorială și de resursele naturale ale zonei economice și ale platoului continental ne determină să credem că este vorba doar despre plajele Mării Negre, și nu de orice fel de plaje de pe întreg teritoriul României⁹. Dar, chiar așa fiind, în aceste ipoteze trebuie să convenim că principiul de interpretare a acestor texte legale este acela că un act normativ care stabilește apartenența unei categorii de bunuri la domeniul public **prezumă doar afectarea acestora la un interes public, nu și titlul statului ori unităților administrativ-teritoriale**¹⁰.

Din înțelegerea greșită a acestui principiu se pot naște, în practică, o sumedenie de abuzuri ale administrației, confirmate prin hotărâri judecătorești: sub protecția principiului preeminenței prevederilor constituționale față de orice alte reguli ale sistemului nostru de drept s-ar putea ajunge la concluzia (abuzivă) în sensul că orice bun aflat în categoriile respective ar aparține domeniului public chiar dacă un terț poate justifica un titlu de proprietate asupra acestuia. De pildă, în ipoteza în care litoralul ar avansa cu câteva zeci de metri în interiorul uscatului prin acțiunile naturale ale Mării Negre o administrație de rea credință ar putea susține că parcelele de teren ajunse

în proximitatea mării și pe care aceasta a adus nisip fac parte de drept din domeniul public și, prin urmare, administrația nu datorează nimic particularului care, astfel, se vede pur și simplu spoliat de bunul său. În realitate, prin această schimbare a stării de fapt, administrația dobândește doar îndreptățirea de a expropria parcelele care constituie noul litoral.

b) *Ipoieza în care administrația abuzează de prerogativa sa de clasare/declasare.* În ultimii douăzeci de ani, fie din neștiință, fie din rea credință, au putut fi identificate numeroase situații în care administrația a intenționat să treacă un bun din domeniul public în cel privat sau invers, fără ca în spatele acestei măsuri să existe o afectare/dezafectare efectivă a bunului în cauză. Cu alte cuvinte, administrația a luat această măsură într-un alt scop: de regulă o înstrăinare sau o retrocedare ulterioară, către un terț (în cazul declasării), respectiv evitarea unei executări silite (în cazul clasării. Era vorba, așadar, de o măsură artificială, și singura soluție aflată la îndemâna particularului care se consideră vătămat în drepturile sau interesele sale legitime prin acesta este acțiunea în contencios administrativ întemeiată pe dispozițiile art. 8 alin. 2 și 10 alin. 3 din Legea nr. 213/1998 privind bunurile proprietate publică¹¹. Însă și aici există riscul ca instanțele să respingă acțiunea pe motivul că trecerea unui bun din domeniul său public în domeniul privat sau invers este un atribut discreționar al administrației pe care instanțele nu îl pot cenzura¹², soluție care, dacă este aplicată *de plano*, este evident, nelegală fiind contrară în primul rând textului art. 8 alin. 2 și 10 alin. 3 din Legea nr. 213/1998 care prevede expres această posibilitate a particularului interesat. Există, într-adevăr, o oarecare doză de adevăr în această orientare jurisprudențială, însă este necesar a fi evidențiată o distincție subtilă: instanțele nu pot cenzura voința administrației de a trece un bun în domeniul public (pentru o cauză evidentă de utilitate publică) preferând o soluție de păstrare a bunului în domeniul privat pentru că interesul unui particular ar fi în acest din urmă sens, însă pot cenzura lipsa cauzei de utilitate publică. Altfel spus, cauza ilicită a actului administrativ este întotdeauna cenzurabilă de către instanța de contencios, nu însă și aprecierea cu privire la diferitele situații de utilitate publică posibile¹³.

B. Afectațiune, inalienabilitate și incoerență

1. Premise

În general, inalienabilitatea este considerată paznicul afectațiunii. Niciun bun nu poate fi considerat inalienabil decât în considerarea faptului că este afectat unei cauze de utilitate publică, iar aceasta merită o protecție care nu-i poate fi asigurată în cazul în care bunul ar circula liber prin circuitul civil, fără nicio restricție.

Cu privire la raporturile dintre afectăriune și inalienabilitate¹⁴, poate fi adoptat unul din două mari concepții asupra acesteia: prima, cea franceză, în sensul că *bunul însuși este inalienabil*. Concepția pornește de la premisa că un bun afectat unei utilități publice nu poate avea o protecție eficientă decât dacă se află în mâinile administrației publice. Tocmai de aceea, în acest sistem, proprietatea afectată unei utilități publice nu poate fi privată. A doua, concepția germană, pornește de la premisa că se poate face distincție între bunul privat material și *afectăriunea* sa de utilitate publică, și numai aceasta din urmă *trebuie să fie protejată de inalienabilitate*. În consecință, bunul în sine poate fi proprietate privată a unui particular, dar el va fi grevat întotdeauna de o servitute de utilitate publică¹⁵.

Oricum, ceea ce au în comun cele două concepții diametral opuse este ideea că *nu poate exista inalienabilitate fără afectăriune*. Indiferent dacă doar această afectăriune ori bunul în sine este protejat de ideea inalienabilității, în lipsa acesteia orice bun trebuie să facă, în mod obligatoriu, obiectul circuitului civil.

În acest domeniu vom evidenția trei situații de incoerență legislativă (care determină ulterior o activitate administrativă fără repere teoretice): prima, în materia de aplicare a Legii nr. 10/2001 cu privire la retrocedarea imobilelor preluate în mod abuziv de către statul comunist (a), a doua în materia aplicării Legii nr. 18/1991 a fondului funciar (b); în fine, cea de-a treia, în materia locuințelor cu statut special (c).

a) Incoerență în modul de concepție a aplicării Legii nr. 10/2001. Așa cum am arătat și cu altă ocazie¹⁶, aparent fără un criteriu unic de diferențiere, în anumite ipoteze în care bunurile preluate în mod abuziv de către Statul Român în perioada 1948-1989 erau afectate unei utilități publice ele trebuiau retrocedate (a se vedea astfel art. 16 alin. 1 din lege¹⁷), în vreme ce în alte situații restituirea se face în mod obligatoriu în echivalent (a se vedea art. 10 alin. 2 din lege¹⁸). Așa cum am arătat și în studiul respectiv, criteriul de distincție între cele două situații a fost, probabil, gradul de mutabilitate al activității sau serviciilor de utilitate publică găzduite de bunul a cărui retrocedare era în discuție, împreună cu costurile aferente: în cazul construcțiilor care adăposteau instituții publice, inclusiv sedii de ambasade și consulate străine, era mult mai ușor și mai ieftin de găsit noi locații pentru activitățile în cauză; în schimb, a strămuta instalații, rețele subterane de transport de electricitate, energie termică etc. Era, dacă nu imposibil din punct de vedere tehnic, cel puțin extrem de costisitor¹⁹. Cu privire la această problemă ar mai fi de făcut o remarcă interesantă, aceea că, în cele două situații deosebite, legiuitorul a aplicat cele două principii distincte în materia relației între afectăriune și inalienabilitate. În prima situație, doar afectăriunea este inalienabilă, iar această situație are caracter temporar (3, respectiv 5 ani potrivit alin. 1 al art. 16); în cea de-a doua, chiar bunul este inalienabil, de vreme ce retrocedarea se face în echivalent.

Aceste situații nu mai comportă propuneri pentru veritabile soluții, dat fiind faptul că fenomenul retrocedărilor este în sine „epuizabil”, Legea nr. 10/2001 apropiindu-se de sfârșitul aplicării sale.

b) Incoerență în modul de concepție a aplicării Legii nr. 18/1991 a fondului funciar. Deși din numeroase texte de lege se poate desprinde ideea că legiuitorul pare să fi înțeles raporturile corecte dintre afectatiune și inalienabilitate, că numai bunurile afectate unei utilități publice trebuie să fie exceptate de la principiul reconstituirii dreptului de proprietate pe vechile amplasamente, există un text care infirmă această concluzie. Astfel, potrivit art. 26 din Legea nr. 18/1991: „*Terenurile situate în intravilanul localităților, rămase la dispoziția autorităților administrației publice locale, de la persoanele care au decedat și/sau nu au moștenitori, trec în proprietatea publică a unităților administrativ-teritoriale și în administrarea consiliilor locale respective, în baza certificatului de vacanță succesorală eliberat de notarul public. În acest sens, secretarul unității administrativ-teritoriale are obligația ca, în termen de 30 de zile de la înregistrarea fiecărui deces al persoanelor respective, să comunice camerei notarilor publici competente datele prevăzute la art. 68 din Legea notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995, cu modificările și completările ulterioare, în vederea dezbaterii procedurii succesorale. Neîndeplinirea de către secretarul unității administrativ-teritoriale a obligației prevăzute în prezentul alineat se sancționează administrativ, potrivit legii*” [alin. (1)]. „*Schimbarea regimului juridic al terenurilor prevăzute la alin. (1), din proprietatea publică a unităților administrativ-teritoriale respective în proprietatea privată a acestora, este interzisă și se sancționează cu nulitatea absolută*”. Textul nu pare a avea nicio logică: nu numai că un bun care nu are nicio afectatiune de utilitate publică este inalienabil, făcând parte din domeniul public local, dar autorităților publice locale le este și interzis să le dezafecteze! S-ar părea astfel că legiuitorul utilizează inalienabilitatea (consecință a apartenenței unui bun la domeniul public) într-un alt scop decât acela al protejării uzului sau serviciului public, specific bunurilor domeniiale.

De lege ferenda propunem abogarea acestui text de lege.

c) Incoerență legislativă în stabilirea raporturilor normale dintre domeniul public și domeniul privat. Am descoperit asemenea situații în analiza legislației care reglementează locuințele cu caracter special: sociale, de intervenție, de necesitate. Astfel, în opinia noastră, ar fi fost recomandat ca unul și același act normativ să le reglementeze pe toate, stabilind unele principii comune precum și unele trăsături distincte, datorate specificului fiecăreia dintre categorii. Din păcate însă, viziunea legiuitorului nu se caracterizează nicidecum prin consecvență, pe mai multe planuri.

În primul rând, aparent nejustificat, una dintre categorii fac parte din domeniul public local (locuințele sociale²⁰) în vreme ce altele sunt bunuri proprietate privată, potrivit prevederilor Legii nr. 114/1996 a locuinței²¹.

În al doilea rând, chiar unele bunuri aparținând proprietății private sunt declarate în mod suprinzător, prin lege, inalienabile (definitiv sau cel puțin temporar). Astfel, potrivit art. 54 alin. (3) din Legea locuinței nr. 114/1996, „Locuințele de intervenție nu pot fi vândute chiriașilor”. De asemenea, potrivit art. 53 alin. (4) din lege, „Locuințele de serviciu realizate în condițiile prezentei legi, finanțate din bugetul de stat și din bugetele locale, pot fi vândute în condițiile legii, cu aprobarea Guvernului, în situația în care activitatea care a generat realizarea locuințelor respective s-a restrâns sau a încetat”. În mod normal, aceste tipuri de locuințe ar trebui să fie **proprietate publică**, pentru simplul motiv că sunt afectate unei utilități publice, chiar dacă au primit o utilizare privată²². De lege ferenda, opțiunea legiuitorului asupra acestor tipuri de locuințe ar trebui regândită.

C. Exproprierea și incoerența

Studiul comportamentului administrației în materia exproprierii relevă, după observațiile noastre, cel puțin două cauze ale incoerenței acesteia: lipsa acută a infrastructurii rutiere actuale (1), respectiv actuala criză economică (2). Le vom analiza pe rând.

1. Incoerența și necesitatea dezvoltării infrastructurii

La momentul adoptării sale, Legea nr. 33/1994 a exproprierii pentru cauză de utilitate publică a manifestat o grijă deosebită pentru protejarea drepturilor persoanelor vizate de expropriere, preocupându-se mai puțin pentru protecția utilității publice în vederea căreia urmează a se realiza această expropriere. Tocmai de aceea, Legea nr. 33/1994 ridică prea puține probleme de constituționalitate²³, căci textul art. 44 alin. 3 din Constituție potrivit căruia nimeni nu poate fi expropriat decât pentru cauză de utilitate publică, cu justă și prealabilă despăgubire este riguros respectat, chiar în spiritul său. Reversul acestei generozități a legiuitorului s-a făcut simțit imediat: coroborat și cu haosul existent în materia reconstituirii dreptului de proprietate reglementat de Legea nr. 18/1991 a fondului funciar, modificată și completată de nenumărate ori până în 2009, marile lucrări de utilitate publică de care orice stat are nevoie (în primul rând dezvoltarea infrastructurii) și care presupun exproprieri masive au întârziat excesiv. În cele din urmă legiuitorul a reacționat, adoptându-se, succesiv, Legea nr. 198/2004 privind unele măsuri prealabile lucrărilor de construcție de autostrăzi și drumuri naționale²⁴, care

a suferit o modificare masivă prin Legea nr. 184/2008 pentru modificarea și completarea Legii nr. 198/2004 privind unele măsuri prealabile lucrărilor de construcție de autostrăzi și drumuri naționale²⁵. În fine, Legea nr. 255/2010 privind exproprierea pentru cauză de utilitate publică, necesară realizării unor obiective de interes național, județean și local²⁶ modificată inclusiv la finele anului 2011 prin Legea nr. 205/2011, însă această reacție a generat mai multe inconsecvențe, pe mai multe planuri:

a) Incoerențe la nivelul stabilirii procedurii de expropriere de urmat într-o situație anume. Dintr-un motiv știut doar de el, legiuitorul a ales să intervină în materia exproprierii doar la nivelul procedurii. Cu alte cuvinte, Legea nr. 33/1994 a rămas un soi de „drept comun” în materie, aplicându-se astfel, pe de o parte, tuturor exproprierilor neprevăzute expres de legislația specială (în ce privește faza administrativă) și, pe de alta, absolut tuturor exproprierilor în ceea ce privește faza judiciară, cu unele elemente de excepție în cazurile exproprierilor reglementate de legislația specială. Iată astfel primul caz de incoerență legislativă: care ar trebui să fie motivul pentru care în anumite situații utilitatea publică să reclame o anumită procedură, simplificată și extrem de rapidă, iar în altele să fie suficientă o procedură mult mai greoaie, fundamental diferită? Întrebarea ar putea rămâne fără răspuns.

b) Incoerențe la nivelul stabilirii instanței competente să soluționeze un diferend în materie de expropriere. Așa cum am arătat în lucrarea precitată²⁷, chiar Legea nr. 33/1994 privind exproprierea pentru cauză de utilitate publică a stabilit un partaj de competență între secția de contencios administrativ a Curții de apel și secția civilă a Tribunalului în raza teritorială a căroră se află bunul, două instanțe care aparent nu au nimic în comun. Pornind de la evidențierea unei practici neunitare asupra problemei competenței curții de apel de a stabili și cuantumul despăgubirilor, am descoperit faptul că toată această situație încâlcită în materia exproprierii este cauzată de legiuitorul nostru care în mod neinspirat a încercat să adapteze realităților prezente unele prevederi ale Legii de expropriațiune pentru cauză de utilitate publică din 20 octombrie 1864, construind o mixtură imposibil de digerat în contextul actual de organizare a sistemului nostru de justiție. Și, de parcă aceasta n-ar fi de ajuns, noua lege în materie, Legea nr. 255/2010 disjunge problema plății despăgubirii de aceea a preluării forțate a bunului expropriat, stabilind că trebuie emise două acte juridice distincte, decizia de expropriere și dispoziția de plată a despăgubirii, fiecare cu regimul său juridic, inclusiv în ceea ce privește instanța competentă să le cenzureze: astfel, dacă decizia de expropriere este considerată un act administrativ de autoritate (art. 9 alin. 2 din lege) putând fi atacată, în consecință,

la instanța de contencios administrativ în condițiile reglementate de art. 10 din Legea nr. 554/2004, dispoziția de acordare a despăgubirii (a cărei natură juridică, neprecizată expres de lege, nu poate fi diferită) poate fi atacată la secția civilă a tribunalului în raza teritorială a căruia se află bunul (art. 22 din lege). Aparent, această alegere nu are nicio logică.

c) *Incoerențe legislative și jurisprudențiale cu privire la stabilirea despăgubirilor.* În primul rând, la nivel legislativ vom remarca o suprapunere (un concurs) de reglementări, sursă evidentă de litigii nedorite. Astfel, **în faza administrativă** a exproprierilor pentru realizarea infrastructurii, evaluarea bunurilor se face global, potrivit art. 5 din Legea nr. 255/2010, pentru toate imobilele care constituie coridorul de expropriere, „pe baza unui raport de evaluare întocmit având în vedere expertizele întocmite și actualizate de camerele notarilor publici”. Dacă însă expropriatul se consideră vătămat de această evaluare și se adresează instanței, **în etapa judiciară** quantumul despăgubirilor este stabilit potrivit art. 25-27 din Legea nr. 33/1004, adică de o comisie de trei experți care va stabili valoarea de piață a imobilului expropriat „la data întocmirii raportului de expertiză” (art. 26 alin. 2). La o analiză mai atentă, situația pare fără ieșire, rezultând din lipsa unei reglementări unice în materie de expropriere. Astfel, pe de o parte, despăgubirea trebuie să fie dreaptă și prealabilă (art. 44 alin. 3 din Constituție). Însă procedura instituită de Legea nr. 255/2010 ține cont de faptul că exproprierea se face prin act administrativ (decizia de expropriere) care nu-și poate produce efectele decât după consemnarea despăgubirii pe numele persoanelor îndreptățite, în vreme ce, în temeiul Legii nr. 33/1994, exproprierea făcându-se prin hotărâre judecătorească, stabilirea quantumului despăgubirii prin expertiză judiciară respectă prevederea constituțională căci întocmirea acestui raport este evident anterioară pronunțării hotărârii în cauză. Prin combinarea celor două proceduri însă se ajunge la o situație nepermisă: este (aparent) nu numai legal dar și obligatoriu ca administrația să stabilească despăgubirile pe cale administrativă mai înainte de emiterea deciziei de expropriere și a dispoziției de acordare a despăgubirilor. Respectând procedura, expropriatorul emite un act legal. Nemulțumit fiind însă de quantumul despăgubirilor, expropriatul contestă dispoziția în instanță astfel că aceasta din urmă, respectând la rândul său legea, administrează proba cu expertiza de evaluare, obiectivul probei în cauză fiind acela de a evalua bunul potrivit criteriilor stabilite de Legea nr. 33/1994, adică **la momentul întocmirii raportului de expertiză**, un moment evident *ulterior exproprierii* (care, potrivit legii speciale s-a produs deja prin emiterea deciziei de expropriere). Or, este evident că valoarea unui imobil poate fi diferită la cele două momente²⁸, situație în care instanța va anula dispoziția de stabilire a despăgubirii chiar dacă, așa cum am stabilit deja, aceasta era un act legal la momentul emiterii sale. Iată deci că, pe lângă prevederea constituțională încălcată,

concursul de reglementări determină și încălcarea unui principiu esențial al dreptului, acela că valabilitatea oricărui act juridic se apreciază la momentul emiterii sale, orice modificări ulterioare fiind irelevante pentru legalitatea acestuia.

Tot art. 5 din Legea nr. 255/2010 conține și alte două motive pentru care modul de stabilire a despăgubirilor ar putea fi considerat în contradicție cu spiritul Constituției: raportat la modul de stabilire a despăgubirii (pe baza expertizelor întocmite de camerele notarilor publici) despăgubirea s-ar putea să nu fie justă. Astfel, așa cum am arătat și cu altă ocazie²⁹, mai ales în ipoteza construcțiilor, finisajele diferite determină prețuri diferite, astfel încât o metodă de calculație pe metru pătrat apreciată global va conduce la despăgubiri injuste. Pe de altă parte, chiar dacă expertizele întocmite de camerele notarilor publici se actualizează din când în când, s-ar putea ca ele să nu reflecte realitatea din piața imobiliară dintr-un moment dat, fiind posibilă atât situația subevaluării imobilelor cât și aceea a supraevaluării lor.

d) Posibile soluții. Concursul de reglementări reprezintă, deci, cauza tuturor incoerențelor semnalate mai sus. Tocmai de aceea, orice soluție propusă trebuie să pornească de la premisa unei noi legi – unice – în materia exproprierii, care să conțină următoarele principii:

i. Toate exproprierile se derulează după una și aceeași procedură. Astfel, în situațiile în care se recurge la exproprieri masive (cum ar fi în ipoteza necesității dezvoltării infrastructurii) utilitatea publică se declară prin lege astfel încât se evită controlul contencios al declarației de utilitate publică³⁰, scurtându-se astfel procedura de expropriere;

ii. Cu excepția controlului contencios al declarației de utilitate publică (atunci când acesta este posibil) secția civilă a Tribunalului sau deplină jurisdicție în materie de expropriere. Astfel, indiferent dacă exproprieria însăși se dispune de către justiție ori prin act administrativ, este de notorietate situația că, în practică, cvasimajoritatea litigiilor vizează cuantumul despăgubirii acordate. Or, în această situație instanțele de drept comun sunt cele mai potrivite să soluționeze aceste litigii. Pe de altă parte, există și o tradiție (ilustrată prin prevederile art. 2 C.pr.civ.) în sensul atribuirii competenței de soluționare a litigiilor în materie de expropriere în favoarea tribunalelor civile;

iii. Valoarea despăgubirii trebuie apreciată la momentul exproprierii efective. Astfel, indiferent cine stabilește cuantumul despăgubirii, el trebuie stabilit la un moment foarte apropiat de acela al exproprierii efective, de preferință înaintea acestuia și fără a se ține seama de sporul de valoare pe care terenul l-a dobândit tocmai ca urmare a lucrării de

utilitate publică³¹. Însă, dacă administrația este aceea care stabilește inițial cuantumul despăgubirii, pentru a se descuraja o practică în sensul stabilirii unei despăgubiri mult subevaluate pe cale administrativă, ar trebui o prevedere în sensul obligării administrației la plata dobânzii legale (sau chiar a unei alte dobânzi, stabilită la nivelul uneia bancare) pentru tot intervalul dintre plata despăgubirii inițiale și cea a despăgubirii finale, stabilite pe cale judiciară la adevărata valoare de piață a imobilului expropriat;

2. Incoerența, fondurile bănești publice și criza economică

Întâmplător sau nu, dar și următoarele situații de incoerență în materia exproprierii au legătură tot cu extinderea infrastructurii rutiere. Însă, spre deosebire de situațiile evidențiate mai sus, comportamentul incoerent al administrației (și nu al legiitorului ori a instanțelor judecătorești) a fost determinat, cel puțin într-o oarecare măsură, de efectele nedorite ale actualei crize economice. În ce ne privește, am identificat în practica administrativă două asemenea situații de atitudine lipsită de coerență:

a) Renunțarea administrației la scopul de utilitate publică. În primul rând trebuie să remarcăm faptul că, deși fenomenul era posibil și cu privire la exproprierile întemeiate pe dispozițiile Legii nr. 33/1994, efectele nedorite asupra particularului nu erau nicidecum aceleași. Astfel, într-o asemenea situație, nu puteau fi posibile decât trei situații: fie lucrările de utilitate publică începeau, iar asta însemna că particularului i s-a achitat deja suma stabilită drept despăgubire, fie utilitatea publică se redeclara după un an (și atunci se presupunea că intențiile administrației sunt serioase și, în cele din urmă, procedura efectivă a exproprierii era demarată), fie declarația de utilitate publică devenea caducă după un an și astfel particularul vizat de expropriere redobânda plenitudinea atributelor dreptului său de proprietate. Dar Legea nr. 33/1994 nici nu cuprindea vreo prevedere care să limiteze exercițiul dreptului de proprietate privată în intervalul de timp cuprins între momentul publicării declarației de utilitate publică și cel al exproprierii efective; era vorba, astfel, doar de un impediment de fapt, căci proprietarul precaut amenințat de iminența unei exproprieri nu avea niciun motiv să facă lucrări (îmbunătățiri, renovări, noi construcții etc.) asupra imobilului vizat de expropriere iar, pe de altă parte, nimeni nu era tentat să cumpere acest bun în același interval de timp, prin urmare în această perioadă un asemenea imobil nu avea valoare de vânzare. În schimb, potrivit art. 30 din Legea nr. 255/2010, după vizarea de către Oficiul de cadastru a documentațiilor cadastrale ale viitoarei lucrări de utilitate publică orice autorizație de construire (emisă, firește, cu privire la imobilele care urmează a fi expropriate, determinabile potrivit documentației cadastrale în cauză) este lovită de nulitate. Astfel, imediat ce indicatorii economici ai viitoarei

lucrări sunt aprobați prin hotărâre de guvern, imobilele vizate de expropriere sunt practic inutilizabile pentru construcții, situație care le face fără valoare pe piața liberă. Ca să nu mai vorbim și de faptul că de la momentul afișării despăgubirii bunurile în cauză sunt practic scoase din circuitul civil, căci orice act juridic încheiat cu privire la acesta este nul (art. 29 din lege). Iar uneori, după o asemenea perioadă de indisponibilizare a acestor imobile, administrația se răzgândește și abandonează proiectul de utilitate publică. Este și situația Centurii ocolitoare de nord a Municipiului Cluj-Napoca, ai cărei indicatori tehnico-economici au fost aprobați prin HG nr. 784/2009. Or, la începutul anului 2012, și din lipsă de fonduri, după mai multe amânări a demarării procedurii de declanșare a expropriierilor din zonă, a fost inițiată abrogarea acestei hotărâri de către reprezentantul expropriatorului, C.N.A.D.N.R S.A. Și, presupunând că acesta va fi finalul obiectivului de utilitate publică, se ridică problema care ar putea fi modalitatea în care particularul vătămat în drepturile sale de această atitudine incoerentă a administrației să poată obține despăgubiri pentru lipsa de folosință a bunului în final neexpropriat. În ce ne privește credem că o acțiune în despăgubire întemeiată pe această lipsă de folosință (ca formă a prejudiciului cauzat) este pe deplin admisibilă.

b) Suprapunerea mai multor proiecte de utilitate publică. Lipsa de comunicare în interiorul administrației publice poate conduce la situații de incoerență. Bunăoară, într-o speță³², intenționând să realizeze o variantă de șosea ocolitoare a Municipiului Cluj-Napoca prin partea sa de sud, Consiliul local a adoptat un plan urbanistic de zonă (PUZ) prin care reglementa urbanistic întregul culoar al acesteia, urmând a se trece la exproprieri în zonă (aprobat prin HCL Cluj-Napoca nr. 787/2007). Până la momentul în cauză însă, potrivit acestui PUZ terenurile afectate de varianta ocolitoare au fost declarate neconstruibile (lucru firesc, de altfel, urmărindu-se evitarea cheltuielilor inutile, atât din partea particularilor cât și, ulterior de la bugetele publice). Potrivit planurilor municipalității, centura ocolitoare urma să aibă două benzi pe fiecare sens, urmând a fi racordată în diverse puncte la rețeaua de străzi a Municipiului Cluj-Napoca.

Ulterior însă, având la dispoziție alte fonduri bănești, mult mai însemnate, Guvernul a trecut la elaborarea unui nou proiect de șosea ocolitoare, pe același culoar, acesta îmbrăcând însă forma unei autostrăzi urbane cu trei benzi pe sens, autoritățile centrale informându-le pe cele locale că proiectul acestora din urmă „nu mai este de actualitate”. Raportat la această suprapunere a celor două proiecte de utilitate publică s-a creat o situație de incertitudine care a afectat substanța dreptului de proprietate asupra terenurilor din zona vizată de exproprieri, situație care putea fi rezumată astfel: pe de o parte terenurile erau neconstruibile și nevandabile; pe de alta, deocamdată

nu se trecea la expropriere, dat fiind faptul că proiectul autorităților centrale nu era finalizat, că Ministerul Transporturilor și Infrastructurii nu se pronunțase cu privire la oportunitatea acestuia (având în vedere că proporționalitatea dintre beneficiile aduse de acest proiect și cheltuielile pe care le presupunea nu putea fi apreciată decât după ce proiectul este finalizat); în fine, această situație tindea să se perpetueze. În aceste condiții, Curtea de Apel Cluj, prin două decizii extrem de curajoase³³, pe de o parte a anulat PUZ-ul întocmit de autoritățile publice locale în esență pentru că proiectul era prea vag și prea ambiguu iar, pe de alta, a obligat autoritățile centrale competente să finalizeze proiectul de utilitate publică și să se pronunțe asupra oportunității acestuia, stabilindu-se și termene în acest sens; în fine, autoritățile publice locale au fost obligate să reglementeze din nou zona în cauză din punct de vedere urbanistic, raportat la existența sau inexistența noii autostrăzi urbane. Ce va fi în viitor, rămâne de văzut.

c) *Soluțiile* pentru ca aceste situații să fie evitate *sunt evidente*. Se impune ca administrația să-și calculeze mai bine mișcările, căci orice întoarcere din drum este, la acest nivel, extrem de costisitoare. Pe de altă parte, o colaborare mai bună între diferitele autorități implicate într-una și aceeași procedură nu poate fi decât binevenită.

Scurtă concluzie. Într-una din hotărârile de referință pronunțate împotriva României³⁴, Curtea de la Strasbourg a utilizat o exprimare care, cel puțin în sistemul nostru de drept, a făcut carieră: „*Incertitudinea - fie ea legislativă, administrativă sau provenind din practicile aplicate de autorități – este un factor important ce trebuie luat în considerare pentru a aprecia conduita statului*”. Astfel, una dintre fațetele principiului securității raporturilor juridice – **calitatea dreptului** – pretinde ca normele juridice să fie clare, lizibile, coerente, predictibile; la fel și aplicarea lor de către administrație. Lipsa acestor atribute determină încălcarea dreptului membrilor societății la securitate juridică iar situații de acest gen se impun, pe cât posibil, a fi evitate.

¹ This work was supported by CNCIS – UEFISCSU, through project number PNII – IDEI 921/2009, code 2432/2008, entitled “The inconsistency of the public authorities in capitalizing the State and local authorities’ property”.

* Lector, Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; opodaru@law.ubbcluj.ro.

² Ov. Podaru, *Drept administrativ. Dreptul administrativ al bunurilor*, Ed. Hamangiu, București, 2011. Acest volum a fost de asemenea un rezultat al grantului IDEI indicat mai sus.

³ Desigur, acestea sunt doar *principalele* situații de comportament incoerent pe care le-am găsit analizând

problema relației administrației cu bunurile. Pentru că anumite atitudini aparent anormale dar de o importanță redusă se găsesc peste tot în viața administrativă, însă, dacă ne este permis un joc de cuvinte, o oarecare doză de anormalitate caracterizează orice normalitate.

⁴ Ov. Podaru, *op.cit.*, nr. 23 și 47.

⁵ Pentru detalii a se vedea J. Morand-Deviller, *Cours de droit administratif des biens*, 3e éd., L.G.D.J., Paris, 2003, p. 41; Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, 12e éd., L.G.D.J., Paris, 2002, p. 90-94.

⁶ Prin declarație intermediară se înțelege situația în care un bun domeniial este declarat numai pentru ca ulterior să fie clasat din nou ca bun aparținând domeniului public, dar având o afecțiune diferită.

⁷ Pentru detalii cu privire la această noțiune, a se vedea Y. Gaudemet, *op.cit.*, p. 94.

⁸ Astfel, nu sunt posibile decât două ipoteze: fie bunul a fost clasat din eroare, fie administrația a intenționat să scoată bunul de sub aplicabilitatea regulilor circuitului civil (ex: a încercat să evite o executare silită).

⁹ *De lege ferenda* ar putea fi utilă înlocuirea acestei noțiuni cu aceea de litoral (sau țarm) al Mării Negre, din două puncte de vedere. Pe de o parte, este evident că întregul litoral al Mării Negre se impune a face parte din domeniul public, iar nu numai acele părți care reprezintă plaje, întrucât dreptul de promenadă (potrivit termenului utilizat în doctrina și jurisprudența franceză) al oricărei persoane trebuie să fie exercitat liber de-a lungul întregii coaste maritime. Pe de alta se impune însă stabilirea unei lățimi maxime a acestui litoral în interiorul căreia plajele să facă parte în mod obligatoriu din domeniul public, astfel încât, dacă autoritățile publice nu au un titlu valabil, să fie obligate să treacă la expropriere.

¹⁰ În același sens, V. Stoica, *Dreptul civil. Drepturile reale principale*, vol. I, Ed. Humanitas, București, 2008, nr. 184; E. Chelaru, *Administrarea domeniului public și a domeniului privat*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 54. Desigur că, uneori, acest titlu este prezumat în mod absolut, însă această prezumție rezultă și din imposibilitatea oricărei alte persoane de a justifica un titlu de proprietate asupra bunurilor domeniiale în cauză. Bunăoară, în ipoteza bogățiilor de interes ale subsolului ori resurselor naturale ale mării teritoriale și platoului continental, este evident că prin însăși formarea lor în mod natural ele devin proprietatea Statului Român.

¹¹ Publicată în M. Of. nr. 448 din 24 noiembrie 1998.

¹² În acest sens, a se vedea, bunăoară, opinia separată la Curtea de Apel Oradea, dec. civ. nr. 976 din 18 noiembrie 2010 (nepublicată). În esență, unele instanțe încă sunt adepții vechii orientări (atribuite cândva „Școlii de la Cluj”) în sensul că oportunitatea actelor administrative scapă controlului puterii judecătorești (pentru detalii cu privire la această problemă a se vedea D- Apostol-Tofan, *Puterea discreționară și excesul de putere al autorităților publice*, Ed. All Beck, București, 1999, *passim*; A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, vol. II, Ediția 4, Ed. All Beck, București, 2005, p. 41-52; Ov. Podaru, *Școala de la București vs. Școala de la Cluj: război sau pseudo-conflict? Eseu despre variile viziuni asupra oportunității actelor administrative (mitologie pentru juriști)* în *Studia Iurisprudentia* nr. 2/2009, accesibil la <http://studia.law.ubbcluj.ro/index.php>.

¹³ Pentru noțiunea de cauză a actului administrativ a se vedea G. Vedel, *Essai sur la notion de cause en droit administratif*, thèse, Toulouse, 1934, *passim*; Ov. Podaru, *Drept administrativ, vol. I, Actul administrativ. Repere pentru o teorie altfel*, Ed. Hamangiu, București, 2010, nr. 151-153. În situația analizată, instanța ar trebui să respingă o acțiune în contencios administrativ prin care o persoană ar solicita anularea hotărârii unui consiliu local prin care acesta a trecut un teren din domeniul său privat în domeniul public local cu scopul de a transforma aria într-o zonă verde (parc public), preferând această soluție față de aceea (deopotrivă posibilă dar probabil considerată inoportună) a retrocedării către particular, ca măsură de reparație în echivalent, în temeiul Legii nr. 10/2001.

¹⁴ Pentru o discuție extrem de interesantă asupra problemei în dreptul francez, pornită de la o speță concretă, a se vedea R. Capitant, *Notă la C.E.*, 17 februarie 1933, *Commune de Barran*, Dalloz, 1933, p. 49; A. de Laubadère, *Domanialité publique, propriété administrative et affectation*, L.G.D.J., Paris, 1950, p. 6-10.

- ¹⁵ În acest sistem, dacă clădirea în care își desfășoară activitatea Guvernul ar fi proprietate privată a unui particular, acesta ar fi obligat să găzduiască în mod perpetuu autoritatea publică în cauză, singurul său drept fiind acela de a percepe o chirie. Astfel, *folosița de utilitate publică rămâne întotdeauna a administrației*, proprietatea însă, putând fi privată, afectată fiind de această servitute perpetuă.
- ¹⁶ Pentru detalii, a se vedea Ov. Podaru, *Afectațiunea, cauză de inadmisibilitate a acțiunii în revendicare a imobilelor preluate în mod abuziv de către regimul comunist?*, în *Studia iurisprudentia*, nr. 4/2010 accesibil la <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=362>.
- ¹⁷ Potrivit acestuia „*În situația imobilelor având destinațiile arătate în anexa nr. 2 lit. a) care face parte integrantă din prezenta lege, necesare și afectate nemijlocit și exclusiv activităților de interes public, de învățământ, sănătate, ori social-culturale, foștilor proprietari ori, după caz, moștenitorilor acestora, li se restituie imobilul în proprietate cu obligația de a-i menține afectațiunea pe o perioadă de până la 3 ani, pentru cele arătate la pct. 3 și 4 din anexa nr. 2 lit. a) sau, după caz, de până la 5 ani de la emiterea deciziei sa a dispoziției, pentru cele arătate la pct. 1 și 2 din anexa nr. 2 lit. a)*”.
- ¹⁸ Potrivit acestui text legal „*În cazul în care pe terenurile pe care s-au aflat construcții preluate în mod abuziv s-au edificat noi construcții, autorizate, persoana îndreptățită va obține restituirea în natură a părții de teren rămase liberă, iar pentru suprafața ocupată de construcții noi, cea afectată servituților legale și altor amenajări de utilitate publică ale localităților urbane și rurale, măsurile reparatorii se stabilesc în echivalent*”.
- ¹⁹ Desigur, era posibilă și o altă variantă: aceea a restituirii în natură a imobilelor în cauză, afectate de o servitute administrativă, aceea a dreptului de acces și intervenție la utilitățile în cauză, pentru întreținerea lor ori în caz de avarie.
- ²⁰ A se vedea în acest sens pct. III.6 al Anexei la Legea nr. 213/1998 privind bunurile proprietate publică.
- ²¹ Publicată în M. Of. nr. 254 din 21 octombrie 1996.
- ²² Ideea de *afectațiune* ca temei al *inalienabilității* este vizibilă însă, în ceea ce privește locuințele de serviciu, din chiar textul legal citat: acestea pot fi *înstrăinate* dacă activitatea care a generat realizarea locuințelor în cauză a încetat (ideea de *dezafectare*).
- ²³ Pentru detalii cu privire la neconstituționalitatea art. 2 din lege, referitor la imposibilitatea de a expropria domeniul public al statului, a se vedea Ov. Podaru, *Dreptul administrativ al bunurilor, op.citi.*, nr. 153.
- ²⁴ M. Of. nr. 487 din 31 mai 2004.
- ²⁵ M. Of. nr. 740 din 31 octombrie 2008.
- ²⁶ M. Of. nr. 853 din 20 decembrie 2010.
- ²⁷ Ov. Podaru, *Dreptul administrativ al bunurilor, op.cit.*, nr. 167-174.
- ²⁸ Astfel, pe de o parte valoarea ar putea crește tocmai din cauza lucrărilor de utilitate publică; pe de altă parte, expertiza judiciară ar putea fi administrată/readministrată în apel, sau în al doilea ciclu procesual (după o posibilă casare), astfel că ar putea trece chiar câțiva ani între cele două evaluări astfel încât, în mod evident cea de-a doua să difere mult față de prima.
- ²⁹ Ov. Podaru, *Dreptul administrativ al bunurilor, op.cit.*, nr. 186.
- ³⁰ Oricum, în asemenea cazuri, dată fiind și situația actuală a infrastructurii noastre rutiere și feroviare, ar fi imposibil de negat utilitatea publică a unei asemenea lucrări.
- ³¹ Astfel, exproprierea pentru cauză de utilitate publică pe de o parte creează o plusvaloare pentru proprietar iar, pe de alta, îl privează de dreptul său de proprietate. Or, în aceste condiții este firesc ca particularul să obțină numai ceea ce a pierdut în favoarea expropriatorului, nu și plusul pe care chiar acesta din urmă i l-a creat.
- ³² Pentru detalii, a se vedea și Ov. Podaru, *Noțiunea de operațiune administrativă complexă, Notă* la dec. civ. nr. 420/2010 a Curții de Apel Cluj s.c.c.a.f., în CJ nr. 6/2011, p. 326-330.
- ³³ Curtea de Apel Cluj, s.com.c.a.f., dec. civ. nr. 420/2010 (precitată), respectiv dec. civ. nr. 1583/2010 (nepublicată).
- ³⁴ Este vorba despre hotărârea CEDO *Păduraru c. România* (M. Of. nr. 514 din 14 iunie 2006), par. 92. O idee asemănătoare găsim însă și într-o hotărâre anterioară a Curții, *Broniowski c. Polonia* (par. 151).

JURĂMÂNTUL MARTORILOR ÎN PROCEDURA ARBITRAJULUI COMERCIAL

Paul POPOVICI*

Abstract: *The oath of witnesses in commercial arbitration procedure. The evidence of witnesses in commercial arbitration procedure is not accompanied by Romanian swearing-in. The reasons that could have determined such a regulation may be different: from the absence of formalism to the character of confessing a solemn oath that occurs only in front of the public authorities. However, in practice the use of oath could be allowed giving parties at least the possibility to establish rules of arbitration to be settled after the potential dispute. Regarding the problem of administering oath before an authority, we should remember that the decision of the arbitrator shall have the full effects of a court decision even if it is not pronounced by a court.*

Therefore, mutatis mutandis, the administration of the oath of witnesses in the arbitration procedure is possible. Furthermore, the American experience, as well as the Romanian courts after entering the religious oath may constitute a mark through the gauntlet that oath makes to each individual's consciousness.

Keywords: commercial arbitration, court, oath, procedure, witnesses

Cuvinte cheie: arbitraj comercial, curte, jurământ, procedură, martor

Introducere

Arbitrajul, într-o definiție sintetică, este o „instituție cu caracter durabil, însărcinată cu soluționarea pe cale arbitrală (nu judiciară) a unor litigii, fie printr-o clauză compromisorie, fie printr-o convenție arbitrală a părților litigante”¹. În ceea ce privește hotărârea arbitrală, aceasta produce efecte întocmai ca și o hotărâre judecătorească². Deși este scutită de formalitățile procesului civil, totuși anumite elemente au fost preluate tocmai pentru a atrage atenția părților că este vorba de un litigiu care se soluționează nu mai puțin serios. Este adevărat că părțile pot „inventa” reguli proprii de arbitraj, însă la fel de adevărat este faptul că acestea trebuie să conducă la aflarea adevărului, nu la escamotarea lui.

Jurământul martorilor

O chestiune pe care doctrina românească o tratează expeditiv în mod unanim este aceea a jurământului martorilor. În mod aproape firesc, deoarece puterile arbitrilor în materie sunt mult diminuate în raport cu judecătorii instanțelor civile. Bunăoară, arbitrii nu pot obliga martorii să se prezinte în fața instanței arbitrale.

Jurământul martorilor este neîntâlnit în procedura arbitrală românească și nu numai. În doctrina românească, în materia procedurii civile, jurământul este definit ca fiind o „promisiune solemnă făcută în fața instanței de judecată de o persoană înainte de a fi ascultată ca martor”³. Dar, în condițiile în care „administrarea probelor se va face potrivit regulilor dreptului comun”⁴, instituirea excepției nedepunerii jurământului de către martori ne face să ne întrebăm de ce există o astfel de derogare.

În literatura de specialitate s-a afirmat că „această dispoziție legală este un reflex al lipsei de formalism ce caracterizează întreaga procedură arbitrală”⁵. O asemenea optică legislativă este una comună la nivel european unde dreptul de a impune depunerea jurământului de către martor fiind inexistent, iar exercitarea acestui fapt este considerată o veritabilă „uzurpare a prerogativelor judiciare”⁶. În doctrina americană s-a constatat faptul că, pentru a fi valid și prin urmare să aibă eficiență, depunerea jurământului trebuie să fie administrată de un funcționar public⁷. Cu toate acestea, sistemul arbitral american permite exercitarea acestei formalități de către martori în fața arbitrilor⁸.

Această capacitate a arbitrilor americani nu este singurul atribut care îi diferențiază de confrății lor din sistemul arbitrajului românesc⁹ (și continental). Sistemul arbitral american are în fond o altă optică, arbitrii fiind investiți cu drepturi similare instanțelor de judecată, inclusiv cu acela de a putea aplica sancțiuni pentru fapte comise în timpul audierilor¹⁰.

Revenind asupra problemei administrării jurământului în fața unei autorități, reamintim faptul că hotărârea arbitrală este asimilată prin efectele care le produce unei veritabile hotărâri judecătorești chiar dacă ea nu este pronunțată de o instanță judecătorească. Prin urmare, *mutatis mutandis*, administrarea jurământului martorilor în procedura arbitrală ar fi posibilă: de vreme ce hotărârea arbitrală nu constituie o uzurpare a puterii judecătorești, nici prestarea jurământului martorilor (ca element al probatoriului în baza căruia se va pronunța o hotărâre) nu poate avea la rândul ei valențe de limitarea a prerogativelor puterii judecătorești. Cu alte cuvinte, această putere conferită arbitrilor nu nesocotește nicidecum statutul judecătorilor¹¹, de care se apropie totuși prin aceea că hotărârile arbitrale pot fi puse în executare întocmai ca și orice hotărâre judecătorească. În fond, este vorba de un paralelism legal¹² care poate fi extins, în opinia noastră, și asupra dreptului de a pretinde martorului prestarea unui jurământ mai înainte de a i se consemna depoziția.

De lege ferenda, problema administrării jurământului de către alte persoane decât judecătorii sau funcționarii publici poate fi înlăturată printr-o simplă dispoziție legală în sensul admiterii ei de către legiuitor.

Credem că nu este importantă frecvența cu care sunt înregistrate cazurile în care martorii sunt obligați să depună jurământ în arbitrajul american, ci faptul că o asemenea

posibilitate există și că se poate recurge la ea: „Spre deosebire de procedurile judiciare, martorii într-un arbitraj depun foarte rar mărturie sub jurământ”¹³ (deși unii autori afirmă faptul că probele testimoniale sunt administrate de regulă sub jurământ)¹⁴.

În ceea ce privește Europa, după cum s-a afirmat, audierea martorilor se realizează fără ca aceștia să depună vreun jurământ. Bunăoară, este cazul Franței¹⁵, atât de apropiată sistemului juridic românesc.

În Suedia însă „părțile nu pot conferi arbitrilor competențe care sunt rezervate exclusiv instanțelor de judecată, cum ar fi audierea martorilor sub jurământ, aplicarea de amenzi sau alte măsuri obligatorii care pot fi luate în vederea obținerii probelor solicitate”. Cu toate acestea, o instanță judecătorească poate autoriza instanța arbitrală să audieze un martor după prestarea jurământului¹⁶.

Spre deosebire de sistemul arbitral suedez, în cel austriac în cazul în care arbitrii consideră că trebuie depus un jurământ, vor solicita ca acest fapt să se realizeze în fața unei instanțe de stat¹⁷. Și în Germania arbitrilor le este interzis să administreze jurământul martorilor¹⁸; acesta poate fi însă realizat în fața unei instanțe de judecată¹⁹.

Sistemul juridic olandez permite ascultarea martorilor după depunerea unui jurământ; în practică însă, se pare că aceasta nu se întâmplă foarte des²⁰. Este de subliniat faptul că depoziția martorului este admisibilă chiar și fără jurământ²¹.

În mod evident, sistemul britanic permite administrarea jurământului martorului în fața instanței arbitrale²². Aceeași situație este și în Irlanda, în al cărei sistem arbitral martorii pot fi obligați să presteze un jurământ cu excepția cazului în care părțile convin altfel²³.

În Canada, a cărei legislație a constituit în multe aspecte un etalon pentru legiuitorul român, arbitrii pot administra jurământul martorilor în procedura arbitrală; în practică ei atrag atenția acestora cu privire la obligația de a spune adevărul în timpul depoziției²⁴.

Justificarea administrării jurământului martorilor

În doctrina americană, arbitrajul este descris ca fiind „o metodă alternativă de soluționare a unui litigiu [...] care include de regulă administrarea unei probațiuni complete [...]”²⁵; de unde și tendința arbitrajului contemporan de a deveni tot mai formal, iar uneori asemănător cu litigiile care se poartă în fața instanțelor de judecată²⁶.

Prin urmare, rațiunea administrării jurământului este justificată de faptul că astfel martorului i se atrage atenția asupra importanței depoziției sale²⁷ realizându-se astfel implicit responsabilizarea sa, indiferent de confesiune sau de existența sau nu a unei credințe (fie prin invocarea unei conștiințe morale supreme și atotștiutoare, fie prin referirea la propria conștiință)²⁸.

Consecințele neadministrării jurământului

Nerespectarea cerinței depunerii jurământului, acolo unde legea o prevede, constituie încălcarea unei cerințe imperative și depoziția respectivă se sancționează cu nulitatea; prin urmare, se poate invalida hotărârea arbitrală chiar dacă părțile aflate în litigiu au convenit altfel²⁹.

În ceea ce privește dreptul românesc, considerăm că același regim al nulității va sancționa situația în care părțile convin ca eventualii martori să fie ascultați după prestarea unui jurământ, întrucât, conform normelor în vigoare, regulile de desfășurare a arbitrajului pot fi stabilite de părți de comun acord.

Sanționarea sperjurului

Mărturia mincinoasă săvârșită în procedura arbitrală poate fi sancționată chiar dacă martorul nu este avizat în mod expres cu privire la această faptă, deoarece textul de lege care incriminează nu numai că nu distinge o asemenea ipoteză, ci face o enumerare enunțiativ-exemplificativă: „Fapta martorului care într-o cauză penală, civilă, disciplinară sau în orice altă cauză în care se ascultă martori, face afirmații mincinoase, ori nu spune tot ce știe privitor la împrejurările esențiale asupra cărora a fost întrebat, se pedepsește cu închisoare de la unu la 5 ani”³⁰.

Concluzii

În practică utilizarea jurământului ar putea fi permisă, *de lege lata*, cel puțin prin posibilitatea părților de a-și stabili regulile de arbitraj după care să fie soluționat eventualul litigiu. Or, în opinia noastră, nimic nu poate împiedica părțile să stabilească o astfel de regulă.

Cu toate că procedura arbitrajului se caracterizează prin absența formalismului, apreciem că introducerea jurământului martorilor poate crește gradul de preocupare a acestora vizavi de depoziția lor, în sensul potențării unei autocenzuri semnificative în ceea ce privește minciuna, abaterea de la adevăr și fantezia³¹. La acestea se adaugă și celelalte argumente invocate în sistemul arbitral american și care considerăm că sunt suficient de convingătoare pentru a se putea reforma din temelii această procedură. S-ar putea ca audierea martorului sub jurământ în procedura arbitrală să fie un reflex al sistemului juridic american în care atitudinea față de depoziția martorilor este alta decât în sistemele de „drept civil”³².

Soluționarea pe cale arbitrală, deși dezbărată de formalism, credem că poate fi ajustată cu minime formalități care să atragă atenția asupra importanței litigiului și a soluționării acestuia.

În ceea ce privește martorii care depun jurământul în fața tribunalelor arbitrale, aceștia ar trebui să aibă aceleași drepturi și privilegii ca și în procedurile desfășurate în fața instanțelor de judecată. Avem în vedere aici posibilitatea martorului de a opta pentru forma jurământului³³. În cazul în care, „din motive de conștiință sau confesiune”, martorul nu dorește să depună jurământul, se va reține prevederea corespunzătoare din Codul de procedură civilă³⁴.

Renunțarea la jurământ și înlocuirea acestuia doar cu o simplă promisiune de a spune adevărul, în procedura instanțelor de judecată, a fost făcută pentru prima oară în 1792, în Franța, în efortul revoluționar de laicizare a dreptului, în general, și de secularizare a jurământului, în special. Măsura nu a avut însă o viață lungă, revenindu-se asupra ei prin Codul de procedură penală din 1808³⁵. Astăzi, renunțarea la jurământ în procedura arbitrală nu se poate întemeia pe aceleași considerente avute în vedere de legiuitorii francezi de la sfârșitul secolului al XVIII-lea. Dar nici simplificarea procedurii arbitrale în raport cu cea civilă nu constituie un motiv convingător pentru a înlătura jurământul, datorită argumentelor menționate mai sus.

În cele din urmă, rostirea unui jurământ de către un martor nu este nici împotriva dreptului, nici a cuvântului în sine; chiar în esența sa, vocabula „martor” a fost legată de prestarea unui jurământ încă de la începuturile dreptului: a atesta nu este altceva decât a mărturisi sub jurământ³⁶. Și tocmai în acest sens experiența americană, dar și cea din fața instanțelor judecătorești românești, poate constitui un reper prin provocarea pe care jurământul o exercită asupra conștiinței fiecăruia.

* Lect.univ. dr., Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir”, Facultatea de Drept din Cluj-Napoca; paul.popovici@pedagogia.ro.

¹ M. Mureșan, *Dicționar de drept civil*, ed. actualizată, îndreptată și dezvoltată de M. David, S. Fildan, J. Kocsis, P. Vasilescu, Edit. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2009, p. 73-74.

² Pentru o sinteză a problematicii arbitrajului, a se vedea C. M. Costin, *Arbitrabilitatea litigiului*, în M. N. Costin ș. a., „Dicționar de procedură civilă”, Edit. Hamangiu, București, 2007, pp. 134-135. Pentru amănunte privind arbitrajul comercial, a se vedea C.-I. Florescu, *Arbitrajul comercial. Convenția arbitrală și tribunalul arbitral*, Edit. Universul Juridic, București, 2011; D. M. Șandru, *Arbitrajul în litigiile comerciale*, Edit. Tribuna Economică, București, 2010; M. Ionaș-Sălăgean, *Arbitrajul comercial*, Edit. All Beck, București, 2001.

³ M. N. Costin, *Jurământ*, în M. N. Costin ș. a., *op. cit.*, pp. 544.

⁴ T. Prescure, R. Crișan, *Arbitrajul comercial, modalitate alternativă de soluționare a litigiilor patrimoniale*, Edit. Universul Juridic, București, 2010, p. 151.

⁵ G. Dănăilă, *Procedura arbitrală în litigiile comerciale interne*, Edit. Universul Juridic, București, 2006, p. 241.

⁶ A.M. Cobuz-Băgnaru, *Arbitrajul ad-hoc conform regulilor Comisiei Națiunilor Unite pentru Dreptul Comercial Internațional*, Edit. Universul Juridic, București, 2010, p. 340.

⁷ J. Lehman, S. Phelps (editori), *West's encyclopedia of American law*, ed. a II-a, vol. 7, *Mc to Pl*, Thomson & Gale, 2005, p. 293.

- ⁸ I.R. Macneil, *American arbitration law: reformation, nationalization, internationalization*, Oxford University Press, 1992, p. 18.
- ⁹ T. Prescure, R. Crișan, *op. cit.*, p. 151.
- ¹⁰ I.R. Macneil, *op. cit.*, p. 18.
- ¹¹ M. Rubino-Sammartano, *International Arbitration. Law and Practice*, 2nd Ed., Kluwer Law International, 2001, p. 636 și urm.
- ¹² Cf. cu B. Harris, R. Planterose, J. Tecks, *The Arbitration Act 1996: a commentary*, 4th ed., Blackwell, 2007, p. 188.
- ¹³ P.J. Martinez-Fraga, *The American Influence on International Commercial Arbitration. Doctrinal developments and discovery methods*, Cambridge University Press, 2009, p. 118.
- ¹⁴ R. Turner, *Arbitration awards: a practical approach*, Blackwell, 2005, p. 105.
- ¹⁵ B. Prat, *France*, în S. Finizio, W. Miles (ed.), *op. cit.*, p. 245.
- ¹⁶ H. Bagner, K. Persson, *Sweden*, în S. Finizio, W. Miles (ed.), *op. cit.*, pp. 310-311, 312.
- ¹⁷ Chr.W. Konrad, Ph. A. Peters, *Austria*, în S. Finizio, W. Miles (ed.), „The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2011”, Global Legal Group Ltd., 2011, p. 212.
- ¹⁸ R.A. O. Bolthausen, P.H. Acker, *Obtaining Discovery in International Arbitral Proceedings: The European v American Mentality*, în „Arbitration. The international journal of arbitration, mediation and dispute management”, nr. 3/ 2008, p. 234.
- ¹⁹ K. Noussia, *Confidentiality in International Commercial Arbitration. A Comparative Analysis of the Position under English, US, German and French Law*, Springer, 2010, p. 102.
- ²⁰ E. Meerdink, E. van Geuns, *Netherlands*, în S. Finizio, W. Miles (ed.), *op. cit.*, p. 287.
- ²¹ Spre deosebire de procedura civilă – R. A. O. Bolthausen, P. H. Acker, *op. cit.*, p. 233.
- ²² W. Miles, K. Davies, *England and Wales*, în S. Finizio, W. Miles (ed.), *op. cit.*, p. 231.
- ²³ N. Dunleavy, G. Carey, *Ireland*, în S. Finizio, W. Miles (ed.), *op. cit.*, p. 261-262.
- ²⁴ D. Urbas, R. J. C. Deane, *Canada*, în S. Finizio, W. Miles (ed.), *op. cit.*, p. 426.
- ²⁵ S.E. Wild (Legal Editor), *Webster's New World Law Dictionary*, Wiley, 2006, p. 29.
- ²⁶ J. Lehman, S. Phelps (editori), *West's encyclopedia of American law*, ed. a II-a, vol. 1, *A to Ba*, Thomson & Gale, 2005, p. 327.
- ²⁷ ???
- ²⁸ J. Lehman, S. Phelps (editori), *op. cit.*, vol. 7, *Mc to Pl*, p. 293.
- ²⁹ Bechtel International Co Ltd v. Departamentul Aviației Civile Guvernul din Dubai, cauza nr 288/2002 (Tribunalul de Primă Instanță), M. Polkinghorne, *Enforcement of Annulled Awards in France: The Sting in the Tail*, în „International Construction Law Review”, vol. 25, partea 1 / 2008, pp. 48-56.
- ³⁰ Art. 260 C. pen.
- ³¹ M. Polkinghorne, *op. cit.*, pp. 48-56.
- ³² S.H. Elsing, J. M. Townsend, *Bridging the Common Law Civil Law Divide in Arbitration*, în „Arbitration International”, nr. 1 / 2002, p. 62.
- ³³ Art. 193 alin. 1-5 C. proc. civ. Pentru comparație cu sistemul american în materia arbitrajului, a se vedea D.A. Stephenson, *Arbitration practice in construction contracts*, 5th ed., Blackwell Science, 2001, pp. 89-90.
- ³⁴ „Martorii care din motive de conștiință sau confesiune nu depun jurământul vor rosti în fața instanței următoarea formulă: « Mă oblig că voi spune adevărul și că nu voi ascunde nimic din ceea ce știu »” – art. 193 alin. 6 C. proc. civ.
- ³⁵ H. Silving, *The Oath: I*, în „The Yale Law Journal”, nr. 7 / 1959, pp. 1352-1353.
- ³⁶ G. Hughes, *An encyclopedia of swearing: the social history of oaths, profanity, foul language, and ethnic slurs in the English-speaking world*, M.E. Sharpe, 2006, p. 15.

NATURA JURIDICĂ A CONTRACTULUI DE ASIGURARE AUTO OBLIGATORIE

Denisa N. TINCĂU*

Summary: The legal nature of compulsory car insurance contract. *The large number of road accidents has created an enormous risk, so the damages produced by these accidents have become more anonymous because these causes are less and less localized in an act of a man, unlawful and culpable. So throughout this article I will focus on the interest of the victim who has suffered a car accident and the penalties to the author of the accident will be analyzed like a repair obligation. Due to the important social role that the car insurance has, it is practiced in all European States.*

The compulsory insurance contract covers the damages caused, by the author of the car accident or by the owner of the car involved in the accident, to the third party, victim of the accident. Basically, when an accident occurs, the payment obligation arising from the car accident will be extinguished by the insurer. The compulsory car insurance, governed by the principle of obligation, is based on a right given to the injured third parties, an immediate right which is offered by the law against the insurer to satisfy the debt consisting of a sum limited by the law. This type of contract is used as an instrument of public policy, based on the legal interest of protecting victims of traffic accidents.

In the near future, the insurance contract will be looked like a mandatory law which governs the relationship of the parties involved in a car accident, a law which will be respected strictly, so the court will not be crowded with such cases. All the compensation problems arising from a car accident will be solved by the parties friendly. So the interest of the victim of a car accident will be protected.

Keywords: compulsory car insurance; Law number 136 of 29 December 1995 about insurance and reinsurance in Romania; the legal nature of the insurance contract; the obligation for compensation; the *ex lege* right, victim of the car accident, the payment obligation of the insurer.

Cuvinte cheie: contractul de asigurare auto obligatorie; Legea Nr. 136 din 29 decembrie 1995 privind asigurările și reasigurările în România; natura juridică a contractului de asigurare; obligația de despăgubire; dreptul *ex lege*, victima unui accident, obligația de plată a asiguratorului.

În lucrarea de față vom încerca să analizăm regimul juridic al despăgubirilor cuvenite victimei unui accident de circulație prin prisma răspunderii delictuale a conducătorului auto și luând în considerare obligația impusă, de legiuitor prin Legea asigurărilor¹, fiecărui posesor de autovehicule de a încheia un contract de asigurare (RCA).

Noua înfățișare a societății postindustriale, confruntată cu riscuri potențiale de accidente în continuă creștere, începând cu cele de circulație până la catastrofele nucleare sau genetice, a creat un potențial enorm de riscuri, prejudiciile devenind tot mai anonime, iar cauzele tot mai difuze și tot mai puțin localizate într-o faptă a omului, ilicită și culpabilă².

Prin urmare, în optica pe care o propunem, vom pune răspunderea civilă delictuală sub imperativul reparației, preocupată mai ales de interesele victimei care a suferit un prejudiciu, iar sancțiunea o vom privi ca efect subsecvent al obligării la reparație. Este un nou „dat” al unei societăți în mișcare, de care dreptul trebuie să ia act, în care asigurările au devansat răspunderea civilă, pentru că, așa cum se remarcă „chiar și în ipotezele de răspundere bazate pe culpă, neresponsabilitatea autorilor care au încheiat asigurare anihilează orice idee de sancțiune și ruinează orice speranță de prevenție”³.

Datorită rolului social pe care îl are, asigurarea obligatorie de răspundere civilă auto RCA este practică obligatoriu în toate statele din spațiul economic european. Prin contractul de asigurare obligatorie de răspundere civilă pentru prejudicii produse prin accidente de vehicule este acoperită răspunderea civilă delictuală a proprietarului sau a utilizatorului unui vehicul pentru prejudiciile produse unei terțe părți prin intermediul vehiculului. Practic, în momentul producerii unui accident, asigurătorul preia obligațiile de plată ale șoferului vinovat către partea/părțile vătămate, conform actelor normative în vigoare ce impun o serie de obligații părților contractului de asigurare RCA .

În raporturile de asigurare intervine și o a treia persoană, terțul prejudiciat (beneficiarul poliței), pe lângă părțile contractante – asigurat și asigurător. Acesta este titularul dreptului de a cere despăgubirea sau de a încasa suma asigurată. Contractul de asigurare își produce efectele față de această persoană, fie prin intermediul stipulației pentru altul, fie în virtutea dreptului direct la repararea prejudiciului rezultat din contractul de asigurare (acțiunea directă), fie în virtutea unui drept propriu ce are natura unui privilegiu sui-generis asupra indemnizației de asigurare.

Până și în prezent se poartă o serie de discuții în doctrină în legătură cu natura juridică a contractului de asigurare. În lucrarea de față voi încerca să prezint succint fiecare soluție oferită, urmând ca apoi să împărtășim o singură părere.

Trebuie menționat că în toate cazurile asigurarea obligatorie de răspundere civilă acoperă numai răspunderea civilă delictuală⁴. Efectuarea transportului pe baze contractuale între asigurat și persoana păgubită nu este cuprinsă în asigurarea de răspundere obligatorie.

Legea prevede în favoarea persoanei păgubite prin accidentul de circulație un drept de opțiune: de a acționa fie împotriva persoanei responsabile delictual (potrivit dreptului comun – răspunderea delictuală), fie direct împotriva asigurătorului obligat la plată în baza contractului de asigurare în care persoana păgubită nu este parte.

Permițând terțului prejudiciat să ceară plata întregii datorii de la oricare dintre debitorii ținuți la plată, iar la nevoie să urmărească pe oricare dintre ei, la alegerea sa, solidaritatea pasivă este pentru creditor, ca o adevărată garanție a executării creanței sale⁵. De aceea, unele instanțe franceze consideră că ar fi vorba de o *garanție derivată contractului de asigurare*. Într-adevăr, prin intermediul asigurărilor obligatorii legiuitorul a dorit să garanteze victimei posibilitatea de a-și recupera, în totalitate, despăgubirile pentru prejudiciul suferit în urma accidentului de circulație. Dar, ideea de garanție este legată strict de fapta asiguratului. Noi știm însă că terțul prejudiciat se poate adresa direct împotriva asigurătorului nu numai când prejudiciul a fost produs direct prin fapta asiguratului (răspunderea delictuală pentru fapta proprie) ci și atunci când acesta a fost produs prin fapta unei terțe persoane care conducea autovehiculul asiguratului (răspunderea pentru fapta altei persoane) sau chiar și atunci când paguba s-a produs datorită unei cauze intrinseci autovehiculului (răspunderea pentru lucruri). Ideea prezentată nu este greșită, însă nu este completă datorită faptului că nu poate fi aplicată în toate cazurile de răspundere cuprinse în contractul de asigurare auto obligatorie.

Potrivit art. 4 din Legea asigurărilor este obligatorie asigurarea de răspundere civilă pentru pagubele produse prin accidente de autovehicule, asigurare care se realizează prin încheierea unui contract, care, în baza art. 9 din aceeași lege, obligă asigurătorul în caz de producerea riscului, la plata unei despăgubiri. Despăgubirea prevăzută în contractul de asigurare, conform art. 41 din legea mai sus menționată, se acordă terțelor persoane păgubite în urma accidentului, persoane cu care inculpatul nu a încheiat un contract de transport.

Terțul prejudiciat în urma accidentului auto se poate adresa (și) direct împotriva asigurătorului. Obligația asigurătorului față de terț ia naștere din lege dar numai cu ocazia încheierii unui contract de asigurare.

Legea asigurărilor a lărgit domeniul de aplicare a răspunderii asigurătorului față de victimă și la acele situații când cel care conducea autovehiculul răspunzător de producerea accidentului, este o altă persoană decât asiguratul (art. 51 alin. 1), când autorul accidentului nu poate fi identificat dar numai în situația în care paguba a fost produsă prin vătămarea sănătății sau cauzarea morții (art. 51 alin. final), ori chiar în situația când paguba este produsă datorită unor cauze intrinseci autovehiculului (art. 49 alin. final). Această lărgire a domeniului de activitate a asigurărilor obligatorii a confirmat faptul că *nu poate fi vorba de o garanție ce însoțește contractul de asigurare* în temeiul căreia asiguratorul să fie obligat la plata despăgubirilor. Asigurătorul intrevine

nu numai în situația unei răspunderi pentru fapta proprie a inculpatului pentru a fi vorba de o garanție prevăzută în favoarea victimei. Natura și fundamentul dreptului terțului de a-și recupera pagubele suferite trebuie privită într-un mod mai nuanțat.

O parte a doctrinei consideră că în cazul asigurării de răspundere auto, contract obligatoriu, *conform legii*, în vederea protejării unui terț păgubit în urma unui accident de circulație se folosește tehnica *stipulației pentru altul*.

Stipulația pentru altul sau contractul în folosul unei terțe persoane este contractul încheiat între două persoane, numite stipulant și promitent, prin care prima stipulează iar cea de-a doua promite să efectueze o prestație față de o a treia persoană, numită terț beneficiar, care astfel devine creditor⁶. E vorba de o structură triunghiulară unde stipulantul este asiguratul, promitentul este asigurătorul iar terțul prejudiciat este cel în favoarea căruia se încheie contractul.

Pe lângă cerințele generale ce se cer a fi îndeplinite cu ocazia încheierii oricărui contract (capacitatea părților, voința, obiectul și cauza), în cazul stipulației pentru altul se cer a fi îndeplinite și următoarele condiții speciale ce sunt îndeplinite și în cazul contractelor de asigurare obligatorie. Acestea sunt:

- în contractul dintre stipulant și promitent trebuie să se prevadă o stipulație în folosul unei persoane. În materia contractului de asigurare asiguratul (stipulantul) convine ca societatea de asigurare (promitentul) să plătească indemnizația de asigurare unei terțe persoane⁷, victimă a accidentului cauzat prin intermediul vehiculului asigurat.

- terțul beneficiar trebuie să dobândească față de promitent un drept direct, de sine stătător. Creditorii stipulantului nu pot urmări beneficiul stipulației, întrucât acest beneficiu nu face parte din patrimoniul acestuia. Dreptul nu trece nici o clipă prin patrimoniul stipulantului, terțul beneficiar nu suportă insolvabilitatea acestuia și nici concursul creditorilor chirografari ai stipulantului⁸. La fel, în cazul asigurării obligatorii de răspundere civilă, despăgubirile datorate de asigurător, se plătesc nemijlocit terțului păgubit și nu pot fi urmărite de creditorii asiguratului⁹, așa cum se prevede în mod expres și în art.55 alin.1 și 2 din Legea asigurărilor.

- persoana terțului beneficiar să fie determinată în momentul încheierii contractului sau cel mai târziu până în momentul când stipulația trebuie executată. În cazul asigurărilor RCA, terțul este o persoană nedeterminată, a cărei determinare se petrece ulterior, în momentul producerii accidentului, moment premergător punerii în executare a stipulației.

Analizând aceste condiții, putem trage cu ușurință concluzia că asigurarea obligatorie auto se mulează perfect pe structura tripartită a stipulației pentru altul.

Dar, „stipulația” prevăzută în favoarea terțului prejudiciat este impusă prin Legea asigurărilor ce prevede în art. 4 obligația fiecărui conducător auto de a încheia o asigurare de răspundere civilă pentru pagubele produse prin accidente de autovehicule.

Se stipulează astfel în favoarea unei persoane nedeterminate o anumită sumă de bani, impusă de lege, ce va fi achitată de către promitent – societatea de asigurare la momentul producerii accidentului. Deci, beneficiul stipulat în favoarea unei terțe persoane e impus de lege și nu provine din inițiativa stipulantului. Atunci cum poate fi vorba de un contract în favoarea unei terțe persoane din moment ce e vorba de o obligație *ex lege* ?

Într-adevăr în situația asigurărilor facultative de răspundere civilă e vorba de o stipulație pentru altul din moment ce încheierea contractului este lăsată la latitudinea părților și mai mult, suma acordată pentru despăgubirea cazului asigurat se stabilește pe baza convenției dintre părți, neexistând o limită în această privință.

Persoanele păgubite prin producerea accidentelor de autovehicule au un drept direct împotriva asigurătorului de răspundere civilă, susținut cu multă forță în art. 57 alin. 1 a legii analizate.

La prima vedere acceptăm cu ușurință această teorie, însă uităm că în cadrul unei stipulații se naște un drept în favoarea terțului beneficiar ca urmare a unui acord de voință între părțile contractante și nu în mod forțat ca efect al legii. De asemenea, în cadrul stipulației pentru altul părțile convin ca promitentul să-și asume o obligație care i-ar reveni stipulantului. Însă, nu trebuie să uităm caracterul *intuitu rei* al asigurărilor obligatorii, astfel asigurătorul este obligat la plata indemnizației de asigurare chiar dacă asiguratul nu e vinovat iar autorul accidentului a rămas neidentificat sau o altă persoană e răspunzătoare de producerea accidentului¹⁰; deci, esențială fiind implicarea în accident a vehiculului asigurat și nu existența unei obligații din partea asiguratului pe care și-o asumă asigurătorul, ca și în cazul stipulației pentru altul.

Caracterul *intuitu rei* vine să demonstreze faptul că cea mai importantă condiție pentru angajarea răspunderii asigurătorului față de victimele unui accident de circulație este aceea ca vehiculul implicat în accident să fie identificat și asigurat. Deci, existența poliței de asigurare este, indirect, o condiție pentru angajarea răspunderii asigurătorului în mod direct și nemijlocit față de victimă, condiție pentru posibilitatea de a pune în aplicare normele imperative ale Legii asigurărilor.

Efectele contractului între stipulant și promitent sunt guvernate de dreptul comun. Stipulantul are la dispoziție toate mijloacele juridice conferite de lege oricărui creditor și părților contractante. El are dreptul să acționeze în justiție pe promitent pentru a-și executa obligația față de terțul beneficiar, să invoce excepția de neexecutare a contractului, să ceară rezoluțiunea (specific stipulației – doar până în momentul acceptării stipulației de către beneficiar), inclusiv să ceară plata unor daune-interese atunci când prin neexecutarea contractului față de terțul beneficiar i s-a cauzat un prejudiciu¹¹.

Din punctul meu de vedere aceste efecte specifice stipulației nu se aplică contractului de asigurare RCA. În primul rând, asiguratul nu are dreptul să-l acționeze pe asigurător pentru a-l constrânge să-l plătească pe creditor datorită faptului că acțiunea directă nu s-a născut din contractul care îi leagă juridic. Este la latitudinea terțului dacă dorește sau nu să profite de beneficiul legal stipulat în favoarea sa. Mai mult, excepția de neexecutare e greu de imaginat într-un astfel de contract fiind vorba de o executare a prestațiilor la intervale de timp diferite. Lipsa simultaneității de executare rezultă din prevederile exprese ale Legii asigurărilor cu privire la ordinea îndeplinirii obligațiilor reciproce ale părților, astfel că invocarea excepției de către asigurat este greu de imaginat.

În cazul stipulației pentru altul asemenea obligații sunt prevăzute de-a lungul contractului sub forma unor clauze, însă în cazul asigurării de răspundere civilă obligațiile dintre părți sunt prevăzute în lege, contractul impus ia forma unei polițe de asigurare ce are natura unui act *ad probationem*. Astfel, art. 9 prevede în mod clar obligația asiguratului de a acorda primele de asigurare și obligația asigurătorului de a acorda suma asigurată în caz de producere a riscului. De asemenea, asigurătorul este obligat la despăgubire nu datorită acordului de voință realizat între părți în mod voluntar în momentul încheierii contractului ci datorită obligației impuse de lege așa cum este prevăzut în art. 41 din lege.

Între stipulant și terț nu există nici un raport obligațional izvorât din contractul de asigurare. Singurul raport obligațional între cei doi este cel izvorât din fapta juridică ilicită, accidentul de circulație, ce dă dreptul păgubitului să se îndrepte împotriva autorului accidentului rutier conform dreptului comun – răspunderea civilă delictuală. Acest lucru este prevăzut și de Legea asigurărilor în art. 42 alin. 1 unde se prevede clar posibilitatea persoanelor păgubite de a intenta o acțiune împotriva persoanelor responsabile de producerea accidentului, deci inclusiv asiguratul, fiind până la urmă un drept de opțiune acordat victimei și totodată un mijloc de completare a despăgubirilor ce depășesc limita maximă asigurată conform legii.

Această acțiune directă în favoarea terțului este efect al contractului încheiat în favoarea unei terțe persoane – stipulație pentru altul sau efect al legii? Fiind prevăzută în mod expres în art. 57 considerăm că e vorba de o acțiune directă specifică acordată victimei ca efect al legii. Într-adevăr, beneficiul acordat terțului are natura beneficiului ce ar rezulta în urma unei stipulații prin aceea că intră direct în patrimoniul terțului fără a putea fi urmărit de creditorii asiguratului, dar deosebirea esențială constă în faptul că în prima situație fundamentul este legea asigurărilor prin art. 44.

În consecință, sub aspectul raporturilor juridice dintre asigurător și persoana vătămată, coroborând dispozițiile art. 3 din Legea asigurărilor, cu cele ale art. 49 din aceeași lege, apreciem că acestea au o natură mixtă, contractual-legală, de vreme ce

angajarea răspunderii asigurătorului rezultă din lege, iar plata despăgubirilor se realizează în baza contractului de asigurare¹². Am putea discuta de o stipulație pentru altul dacă dreptul terțului s-ar naște din contractul încheiat între asigurat și asigurator, însă el există exterior contractului și se naște datorită prevederilor legale ce obligă deținătorul unui autovehicul la încheierea unui contract de asigurare RCA, având natură legal - contractuală. Contractul fiind doar forma materială prin care părțile contractante demonstrează faptul că și-au îndeplinit obligațiile impuse de lege, pentru a nu fi sancționate contravențional și implicit o condiție necesară pentru ca terțul să se poată utiliza de acțiunea directă ope legis. Dreptul oricărei victime a unui accident de circulație de a se îndrepta direct împotriva unei societăți de asigurare există anterior încheierii unui contract de asigurare, fiind prevăzut în lege, însă poate fi utilizat doar dacă a fost încheiat un contract între persoana deținătoare a unui autovehicul și o societate de asigurare; producându-și efectele în momentul producerii cazului asigurat. În cazul stipulației pentru altul dreptul terțului beneficiar ia naștere doar cu ocazia încheierii contractului de asigurare și poate fi utilizat doar de la acest moment, producându-și efectele în momentul în care terțul ia decizia să se prevaleze de acest drept oferit voluntar de către părți prin contract.

Considerăm astfel criticabilă și inacceptabilă teza stipulației pentru altul ca fundament al răspunderii asigurătorului față de terț.

În cele ce urmează vom încerca să analizăm acțiunea directă din două puncte de vedere, ca efect al legii și ca un privilegiu special.

Cei care împărtășesc părerea că în cazul asigurărilor de răspundere civilă e vorba de o acțiune directă specifică, diferită de cea izvorâtă dintr-o stipulație pentru altul, consideră că dreptul victimei este și rămâne de natură contractuală; el nu se naște din contractul de asigurare; victima nu este o persoană asigurată; calitatea de asigurat o are persoana răspunzătoare care a încheiat contractul de asigurare de răspundere civilă cu asigurătorul¹³.

Într-adevăr, dreptul victimei nu se naște din contractul de asigurare ci *ex lege* datorită principiului obligativității care stă la baza asigurărilor obligatorii. Acest principiu impune tuturor deținătorilor de autovehicule să încheie un contract de asigurare RCA cu o societate de asigurare.

Acțiunea directă este un mecanism corector al prevederilor art. 973 C.Civ.¹⁴. E vorba de o excepție de la prevederile art. 973 C.Civ. prevăzută expres de Legea asigurărilor în art. 57, motivată de principiul echității. Oferă un drept victimei de a cere direct asigurătorului să-i plătească despăgubirile datorate de persoana răspunzătoare de producerea accidentului de circulație.

Acțiunea directă *stricto sensu* nu trebuie confundată cu acțiunea directă *lato sensu* ce se naște din diferite mecanisme juridice, așa cum e cea născută din stipulația pentru altul.

De asemenea, uneori a fost confundată cu un privilegiu special. Situație întâlnită în analiza contractului de asigurare obligatorie, unde s-a considerat că terțul dispune de un drept propriu ce are natura unui privilegiu sui-generis asupra indemnizației de asigurare. Natura privilegiată a creanței victimei a fost argumentată prin faptul că (a) păgubitul mai dispune de un debitor, alături de asiguratul răspunzător, (b) acest debitor este dator să-i plătească terțului în mod direct și nemijlocit despăgubirea datorată de asigurat și (c) creanța sa față de asigurator este insesizabilă¹⁵. Toate acestea ducând la noțiunea de privilegiu oferită de art. 1722 C. civ.¹⁶.

Cu privire la această părere aș avea un contra argument solid care se bazează pe prevederile Codului civil și Legii asigurărilor. Astfel, conform dispozițiilor Codului civil putem să constatăm faptul că privilegiile pot fi generale sau speciale și pot exista doar asupra *bunurilor*, așa cum este precizat în art. 1726 C.civ. (mobile sau imobile). Ele oferă creditorului un drept de preferință față de alți creditori chirografari sau chiar ipotecari. Creditorul privilegiat în cazul asigurărilor obligatorii este terțul păgubit care ar beneficia de un privilegiu special asupra recuperării daunelor produse doar *bunului său* prin accidentul de circulație. Astfel, dacă susținem această teorie ajungem să limităm avantajul oferit de lege victimei de a-și recupera direct și nemijlocit inclusiv daunele morale suferite de acesta. Legea asigurărilor precizează în art. 50 că asiguratorul acordă despăgubiri cu titlu de dezdăunare și cheltuieli de judecată persoanelor păgubite prin *vătămare corporală și deces* cât și pentru avarierea sau *distrugerea de bunuri* aparținând victimei. Aplicând așa numitul „privilegiu al solidarității tacite” ajungem să încălcăm prevederile legale și implicit să limităm dreptul victimei oferit de lege de a-și recupera integral pagubele suferite cu ocazia faptei ilicite - accidentul de circulație.

Privilegiul este întotdeauna un accesoriu a unei creanțe care are o calitate specială, în schimb acțiunea directă este un drept propriu și de sine stătător al creditorului direct, drept oferit de lege. Cu privire la suma ce i se datorează ca despăgubire, victima nu suferă concursul nici unui alt creditor, chiar privilegiat, al debitorului său, ea este privită independent față de alți creditori. Terțul păgubit trebuie privit distinct față de ceilalți creditori ai asiguratului deoarece legea îi oferă un drept propriu ce îl separă de concursul celorlalți creditori, creanța sa fiind satisfăcută ex lege de o terță persoană, asiguratorul, față de raportul juridic ilicit născut prin producerea accidentului de circulație. Mai mult, privilegiul este un drept de preferință născut în urma unui raport juridic dintre două părți, iar în cazul asigurărilor RCA nu există la bază un raport juridic între terț și asigurator ce ar putea da naștere unui privilegiu; din contră, dreptul special oferit victimei ia naștere strict din lege.

Dreptul victimei constă într-o acțiune directă conferită de lege ce-i oferă acestuia posibilitatea de a cere despăgubirea direct de la asigurător, în limita indemnizației de asigurare pe care s-a obligat față de asigurat să o plătească. Asiguratul, nu are dreptul să-l acționeze pe asigurător pentru a-l constrânge să-l plătească pe creditor datorită faptului că acțiunea directă nu s-a născut din contractul care îi leagă juridic. Este la latitudinea tertului dacă dorește sau nu să profite de beneficiul legal stipulat în favoarea sa.

Potrivit unei păreri mai recente exprimate în doctrină¹⁷, temeiul juridic al dreptului pe care-l are partea vătămată a unui accident de circulație de a se îndrepta direct împotriva asigurătorului constă în subrogația personală a asigurătorului în obligația de răspundere civilă a asiguratului pentru prejudiciile cauzate din vina sa tertelor persoane, fiind vorba de un caz de răspundere civilă indirectă.

Consider inacceptabil abordarea asigurărilor de răspundere obligatorie prin prisma acestui temei juridic.

Subrogația personală este acea formă de transmitere legală sau convențională a unui drept de creanță, cu toate garanțiile și accesoriile sale, către un tert care a plătit pe creditorul inițial, în locul debitorului. Mecanismul întâlnit în cadrul asigurărilor RCA este cu totul diferit, fiind vorba de o obligație legală a asigurătorului de a plăti creanța tertului păgubit, obligație izvorâtă din lege și nu dintr-un raport juridic anterior, plată anterioară, prin care se înlocuiește un creditor cu un alt creditor. Prin acordarea indemnizației de asigurare asigurătorul efectuează o plată, își îndeplinește cea mai importantă obligație contractuală impusă de lege.

Prin coroborarea art. 22 alin. 1 din lege cu art. 55 alin. final putem desprinde concluzia că în cazul asigurărilor de răspundere civilă auto nu e vorba de o subrogație personală. Astfel, alin. final al art. 55 vine să clarifice confuzia transmisă prin art. 22 trasând linia de demarcație între asigurările facultative și asigurările obligatorii. În cazul ultimelor subrogația are loc doar atunci când asiguratul i-a despăgubit pe cei păgubiți și sumele respective nu urmează să fie recuperate potrivit prevederilor art. 58 din aceeași lege; asiguratul se subrogă în drepturile victimei pentru a-și recupera sumele avansate acesteia.

Prin excepție, subrogația va avea loc doar pentru a justifica și a fundamenta regresul ulterior care este permis asiguratorului în situațiile limitativ prevăzute de art. 58 din lege – subrogație legală:

- 1) accidentul a fost produs cu intenție
- 2) accidentul a fost produs în timpul comiterii unor fapte incriminate de dispozițiile legale privind circulația pe drumurile publice ca infracțiuni săvârșite cu intenție
- 3) accidentul a fost produs în timpul când autorul infracțiunii săvârșite cu intenție încearcă să se sustragă de la urmărire

4) persoana răspunzătoare de producerea pagubei a condus autovehiculul fără consimțământul asiguratului.

Putem spune că numai în aceste cazuri asigurătorul are rol de un simplu garant al plății despăgubirilor, avansând, fără a suporta finalmente, o sumă care va reintra în patrimoniul său pe calea regresului; în celelalte situații, care reprezintă regula, asigurătorul este adevăratul debitor al despăgubirii care se cuvine terțului prejudiciat¹⁸.

Un alt argument care vine să contrazică teza subrogației constă în faptul că victima unui accident de circulație va fi despăgubită de asigurător și în acele situații în care cel care conducea autovehiculul răspunzător de producerea accidentului este o altă persoană decât asiguratul (art. 51 alin. 1 din lege), precum și atunci când autorul accidentului a rămas neidentificat (art. 51 alin. 3 din lege). În aceste situații cum s-ar putea imagina o răspundere indirectă a asigurătorului întemeiată pe o subrogație personală? Caracterul *intuitu rei* a asigurărilor RCA arată faptul că importantă este implicarea într-un accident a autovehiculului asigurat, ceea ce înseamnă că acest tip de asigurare nu se poate întemeia pe subrogație, este de neconceput ca în asemenea situații, ca cele prezentate anterior, să poată fi utilizată o acțiune în regres de asigurător.

Dat fiind faptul că odată cu plata indemnizației asigurătorul își îndeplinește propria obligație, nu putem considera că s-ar aplica nici dispozițiile art. 1108 pct. 3 C.civ.¹⁹ deoarece asigurătorul nu face o plată nici pentru făptuitor și nici alături de făptuitor, ci își îndeplinește propria obligație, impusă de lege și asumată prin contractul de asigurare, corelativă primelor de asigurare²⁰.

Asigurătorul nu trebuie privit ca un simplu garant în vederea acordării despăgubirilor convenite terțelor persoane prejudiciate, el este un adevărat debitor al creanței terțului, suportă, efectiv și definitiv în limita stabilită de lege, prejudiciul cauzat din culpa asiguratului său.

Analizând părerile exprimate în doctrină putem trage concluzia că Legea asigurărilor este asemenea unui contract cadru care oferă limitele în care se vor încadra contractele de asigurare. În asigurările prin efectul legii, raporturile dintre asigurat și asigurător, drepturile și obligațiile lor, sunt stabilite prin lege, ceea ce înseamnă că asigurarea ia ființă în virtutea legii, fără a se cere acordul de voințe al celor care dețin bunurile respective sau al persoanelor fizice sau juridice ce intră sub incidența legii²¹. Scopul încheierii unor astfel de contracte este același, o protecție a patrimoniului asiguratului cât și o modalitate de a garanta victimei unei fapte prejudiciabile recuperarea pagubelor suferite. Astfel, fiecare contract de asigurare, ce ia forma unei polițe de asigurări *ad probationem*, se încheie între un deținător de autovehicul și o societate de asigurare, contract a cărui desfășurare e guvernată de legea asigurărilor.

O astfel de părere se justifică prin supremația principiului autorității, încheierea unui astfel de contract fiind folosit ca instrument al ordinii publice, la bază fiind interesul legal de a proteja victimele accidentelor de circulație

Contractul obligatoriu de răspundere auto are la bază un *drept ex lege, direct și nemijlocit* acordat terțului păgubit împotriva asigurătorului, drept acordat până la satisfacerea creanței constând într-o sumă având o limită maximă admisă de lege. Pe lângă acest drept oferit de lege, terțul mai are posibilitatea de a intenta o acțiune, potrivit dreptului comun, împotriva asiguratului pentru a-și recupera întreaga sumă pretinsă sau numai diferența rămasă după acordarea despăgubirii maxime admise de lege de către societatea de asigurare. Cele două părți contractante ale unei polițe RCA răspund *in solidum* față de victimă, aspect ce urmează a fi detaliat în rândurile următoare.

În cazul asigurărilor, terțul poate să ceară întreaga prestație de la oricare dintre cele două părți ale raportului juridic, fără să fie obligat mai întâi să-și dividă creanța²²; discutăm deci, în cazul contractului de asigurare de răspundere civilă, de obligații indivizibile. Chiar dacă legiuitorul a limitat răspunderea asigurătorului prin Legea asigurărilor, nu poate fi vorba de o obligație divizibilă din moment ce în cazul în care despăgubirile acordate prin hotărâre judecătorească nu ar depăși plafonul stabilit de lege, asigurătorul ar răspunde pentru întreaga datorie.

Obligațiile solidare pasive sunt acele raporturi obligaționale cu pluralitate de subiecte în care oricare debitor solidar este ținut să execute întreaga prestație la care creditorul are dreptul. Unul dintre efectele obligațiilor solidare, care ne interesează, constă în faptul că oricare dintre debitorii care a achitat în întregime datoria are acțiune în regres împotriva celorlalți codebitori, însă numai pentru cota-parte ce le revine din datoria indivizibilă. În raporturile dintre codebitori solidaritatea pasivă produce ca efect principal divizarea prestației – când datoria a fost plătită integral numai de către unul dintre ei – astfel încât fiecare dintre aceștia să suporte partea ce-i revine din acea prestație²³.

Obligațiile *in solidum* produc, în principal, acelaș efect: îndatorirea fiecărui debitor la plata întregii datorii. Particularitatea care le deosebește de obligațiile solidare cu pluralitate de debitori este aceea că datoria nu se împarte între cel obligat și debitorul care a cauzat paguba prin propria faptă, față de acesta din urmă existând, numai în unele cazuri, un drept de regres pentru întreaga plată efectuată creditorului²⁴. Situație întâlnită în cazul asigurărilor RCA (art.41 și art.49 al Legii asigurărilor), inclusiv dreptul de regres al asigurătorului care este expres și limitativ, așa cum e prezentat cu exactitate în cazul art. 58 al legii menționate anterior.

Astfel, în cazul obligațiilor *in solidum*, debitorii acționați în instanță răspund în temeiul a două obligații independente ce derivă din raporturi juridice distincte,

fiecare fiind obligat la dezdăunarea integrală a victimei, care o poate reclama oricărui dintre ei²⁵. La fel și în cazul asigurărilor obligatorii de răspundere civilă auto, fiecare datorie pentru întreg are o origine și o viață proprie, răspunderea asigurătorului *ex lege* este grefată pe contractul de asigurare, în timp ce asiguratul răspunde delictual ca efect a săvârșirii unei fapte ilicite, fără să fie vorba de o datorie unică și comună celor doi ca în cazul obligațiilor solidare și fără să se poată produce acel efect al solidarității prezentat în art. 1056 C.Civ. – reprezentarea mutuală între debitori față de creditor. Deci, spre deosebire de datoriile debitorilor solidari care se nasc dintr-o singură sursă, datoriile codebitorilor obligați *in solidum* se nasc din surse diferite.

Reprezentarea mutuală constă în aceea că debitorii solidari se reprezintă reciproc – adică fiecare pe ceilalți – în toate actele ce au ca finalitate micșorarea sau stingerea obligației²⁶. Lipsa mandatului tacit reciproc de reprezentare specific obligațiilor *in solidum* este întâlnit și în cazul contractului de asigurare, fapt evidențiat de Legea asigurărilor ce impune prezența obligatorie a celor două părți contractante în cadrul procesului pentru a le putea fi opozabilă hotărârea judecătorească pronunțată în cauză, nefiind suficientă doar prezența unuia dintre debitori ca și în cazul obligațiilor solidare.

Dreptul de regres al codebitorului împotriva celuilalt codebitor care se întemeiază exclusiv pe o subrogație legală este o altă trăsătură specifică obligațiilor *in solidum* întâlnită și în cazul contractelor de asigurare obligatorie. O astfel de prevedere expresă și limitativă este prevăzută în legea asigurărilor în cuprinsul art. 58 și introdusă de art. 22; fiind vorba de un caz special de subrogație legală care se deosebește de acela reglementat de art. 1108 pct. 3 C.civ.²⁷.

În concluzie, asigurarea auto obligatorie, denumită RCA, are la bază un drept *ex lege*, direct și nemijlocit acordat terțului păgubit împotriva asigurătorului, drept acordat până la satisfacerea creanței constând într-o sumă având o limită maximă admisă de lege; încheierea unui astfel de contract fiind folosit ca instrument al ordinii publice, la bază fiind interesul legal de a proteja victimele accidentelor de circulație.

Fiecare contract de asigurare RCA se încheie între un deținător de autovehicul și o societate de asigurare fără a se cere acordul de voințe al părților, deoarece e vorba de un contract guvernat de principiul obligativității. Mai exact, legea obligă părțile la încheierea contractului, fiind constrânse prin aplicarea unor sancțiuni contravenționale.

Drepturile și obligațiile ce revin cocontractanților sunt impuse de normele imperative ce reglementează asigurările de tip RCA, norme ce oferă posibilitatea victimei unui accident auto de a-și recupera prejudiciul suferit direct de la societatea de asigurare, fiind protejată astfel de insolvabilitatea asiguratului.

De lege ferenda, se impune o reglementare clară și precisă cu privire la natura juridică a răspunderii asigurătorului pentru a se evita dezbaterile doctrinare și pentru a se asigura o mai bună aplicare și interpretare a legii.

* Masterand, facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; tincaudenis@yahoo.com.

- ¹ Legea Nr. 136 din 29 decembrie 1995 privind asigurările și reasigurările în România modificată și completată prin Legea nr. 304 din 13 noiembrie 2007 publicată în Monitorul Oficial cu numărul 784 din data de 19 noiembrie 2007; brevis causa prezentul act normativ îl vom numi pe parcursul întregii lucrări Legea asigurărilor ;
- ² Sache Neculaescu, *Reflecții privind fundamentul răspunderii civile delictuale*, în „Dreptul” nr. 11/2006, p.34-35;
- ³ Sache Neculaescu, *op. cit.*, p.42;
- ⁴ Maria Ioniche, *Drept civil. Contracte speciale. Contractul de asigurare. Contract aleatoriu, Teorie și jurisprudență*, editura Alma Maier, Sibiu, 2007, p.202;
- ⁵ Maria Ioniche, *op. cit.*, p.198;
- ⁶ Ioan Albu, *Drept civil: contractul și răspunderea contractuală*, editura Dacia, Cluj Napoca, 1994, p.108;
- ⁷ Liviu Pop, *op. cit.*, p.113;
- ⁸ Ica Dana Savulov, *Excepții de la principiul relativității efectelor contractului*, Teză de doctorat, Cluj Napoca, 1995, p.57;
- ⁹ Radu Bercean, *op. cit.*, p. 81;
- ¹⁰ I. Sferdian, *op.cit.*, p.299-300;
- ¹¹ Liviu Pop, *op.cit.*, p.115;
- ¹² Andrei Claudiu Rus, *Discuții privitoare la modul de angajare a răspunderii asigurătorului în cadrul asigurării obligatorii de răspundere civilă pentru pagubele produse prin accidente de autovehicule*, în Revista Dreptul nr.7/2006, p.50;
- ¹³ Liviu Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile. Vol.1. Regimul juridic general sau Ființa obligațiilor civile*, editura C.H. Beck, București, 2006, p.421;
- ¹⁴ Art.973 C.Civ. „*Convențiile n-au efect decât între părțile contractante*”
- ¹⁵ Radu N. Cătană, *op.cit.*, p.244;
- ¹⁶ Art. 1722 Codul civil, „*Privilegiul este un drept, ce dă unui creditor calitatea creanței sale de a fi preferit celorlalți creditori, fie chiar ipotecari.*”
- ¹⁷ V. Pătulea, *Natura juridică a asigurării de răspundere civilă pentru pagubele produse prin accidente de autovehicule și poziția procesuală a asigurătorului*, în Dreptul nr. 8/2004, p.42-43;
- ¹⁸ I. Sferdian, L. Bercea, *op.cit.*, p.303-304;
- ¹⁹ Potrivit art. 1108 pct.3 C.civ., „*Subrogația se face de drept: (...)3.în folosul aceluia care, fiind obligat cu alții sau pentru alții la plata datoriei, are interes a o desface*”.
- ²⁰ I. Sferdian, L. Bercea, *op. cit.*, p.112-113;
- ²¹ I.Văcărel, Fl. Bercea, *Asigurări și reasigurări*, editura Marketer și Expert, București, 1993, p.63;
- ²² Irina Sferdian, *op. cit.*, p.309;
- ²³ Mircea N. Costin, *Tratat de drept civil. Teoria generală a obligațiilor vol.1. Despre obligații în general*, editura Universitatea Ecologică „Dimitrie Cantemir”, Facultatea de Drept, Târgu-Mureș, 1993, p.128;
- ²⁴ Ciprian Coadă, *op. cit.*, p.240;
- ²⁵ A. Ionașcu, *Examen teoretic al practicii judiciare privind răspunderea fără culpă pentru repararea prejudiciului cauzat de prepuși sau de lucruri*, în „Revista română de drept” nr. 2/1978, p.27;
- ²⁶ Dr. Mircea N. Costin, *op.cit.*, p.124;
- ²⁷ I. Sferdian, *op.cit.*, p.64-65;