

**ANALELE UNIVERSITĂȚII
TITU MAIORESCU**

Drept
Serie nouă
- anul VII -
2008

Editura Universității Titu Maiorescu
[www.utm.ro/anale drept](http://www.utm.ro/anale_drept)

Editura Universității Titu Maiorescu, 2009
București, România
Calea Văcărești nr 187, sector 4
Tel.: (004021) 330.21.42.
(004021) 316.16.46.
Fax: (004021)330.10.83.
(004021) 331.22.97

Toate drepturile asupra ediției sunt rezervate
Editurii Universității Titu Maiorescu.
Orice reproducere, prelucrare parțială sau integrală, prin orice
mijloc, a textului este interzisă, acesta fiind proprietatea
exclusivă a editorului

ISSN:

ANALELE UNIVERSITĂȚII TITU MAIORESCU

Drept
Serie nouă
2008

COLEGIUL DE REDACȚIE

Prof.univ.dr. **Smaranda Angheni**, *Director, Decan, Facultatea de Drept, Universitatea Titu Maiorescu*

Prof.univ.dr. **Nicolae Voiculescu**, *Redactor-șef, Prodecan Facultatea de Drept, Universitatea Titu Maiorescu*

Prof.univ.dr. **Claudia Ghica Lemarchand**, *Redactor-șef adjunct, Universitatea Paris 12, Franța*

Lector univ.dr. **Violeta Slavu**, *Secretar general de redacție Universitatea Titu Maiorescu*

Prof.univ.dr. **Joel Moneger**, *Universitatea Dauphine-Paris, Franța*

Prof.univ.dr. **Jacques Leroy**, *Universitatea Orleans, Facultatea Drept-Economise-Gestiune, Franța*

Prof.univ.dr. **Emilian Stancu**, *Facultatea de Drept, Universitatea București*

Prof.univ.dr. **Constantin Mitrache**, *Facultatea de Drept, Universitatea București*

Manuscrisele, cărțile și revistele pentru schimb, precum și orice corespondență se vor trimite Colegiului de redacție al Analelor Universității Titu Maiorescu, Calea Văcărești nr. 187, sector 4, cod 040054, Tel. 0213302141; 0213301174; Fax: 0213302141, email: anale.drept@utm.ro, [www.utm.ro/anale drept](http://www.utm.ro/anale_drept)

EDITORIAL BORD

Prof.univ.dr. **Smaranda Angheni**, *Director, Dean of the Law School, Titu Maiorescu University*

Prof.univ.dr. **Nicolae Voiculescu**, *Editor-in-Chief, Deputy Dean of the Law School, Titu Maiorescu University*

Prof.univ.dr. **Claudia Ghica Lemarchand**, *Deputy Editor-in-Chief University Paris 12*

Lector univ.dr. **Violeta Slavu**, *Editor general Secretary Titu Maiorescu University*

Prof.univ.dr. **Joel Moneger**, *University Dauphine-Paris, France*

Prof.univ. dr. **Jacques Leroy**, *University Orleans, Facultatea Law-Economics-Management, Franța*

Prof.univ.dr. **Emilian Stancu**, *Law School, Bucharest University*

Prof.univ.dr. **Constantin Mitrache**, *Law School, Bucharest University*

COMITÉ DE REDACTION

Prof.univ.dr. **Smaranda Angheni**, *Director, Doyen de la Faculté de Droit, Université Titu Maiorescu*

Prof.univ.dr. **Nicolae Voiculescu**, *Redacteur en chef, Vicedoyen de la Faculté de Droit, Université Titu Maiorescu*

Prof.univ.dr. **Claudia Ghica Lemarchand**, *Redacteur en chef-adjoint, Vicedoyen de la Faculté de Droit Paris 12*

Lector univ.dr. **Violeta Slavu**, *Secrétaire general de redaction Université Titu Maiorescu*

Prof.univ.dr. **Joel Moneger**, *Université Dauphine-Paris, France*

Prof.univ. dr. **Jacques Leroy**, *Université Orleans, Faculté Droit-Economie-Gestion, France*

Prof.univ.dr. **Emilian Stancu**, *Faculté de Droit, Université Bucarest*

Prof.univ.dr. **Constantin Mitrache**, *Faculté de Droit, Université Bucarest*

Les manuscrits, les livres et les revues destinés à l'échange, ainsi que toute correspondance seront envoyés au Comité de redaction des Annales de l'Université Titu Maiorescu, Calea Văcărești nr. 187, secteur 4, code 040056, Tel. 0213302141; 0213301174; Fax: 0213302141, email: anale.drept@utm.ro, www.utm.ro

CUPRINS

CONSIDERAȚII ASUPRA REGLEMENTĂRII POSESIEI ȘI DETENȚIEI PRECARE ÎN NOUL COD CIVIL ROMÂN Prof. univ. dr. Iosif R. URS.....	9
PRINCIPIILE GUVERNĂRII CORPORATIVE A ÎNTEPRINDERILOR REFLECTATE ÎN LEGISLAȚIA ROMÂNĂ PRIVIND SOCIETĂȚILE COMERCIALE Prof. univ.dr. Smaranda ANGHENI Lector univ.dr. Manuela TĂBĂRAȘ	19
GLOBAL WARMING AND THE PROTECTION OF THE HUMAN ENVIRONMENTAL HERITAGE Professor José Manuel Sobrino HEREDIA Associate Professor Gabriela Alexandra OANTA.....	24
MEDIATION AND POLITICS CAN DEMOCRACY BE REINVENTED IN AN ERA OF DIRECT COMMUNICATION? Mediator Thierry GARBY	35
ADMINISTRAREA SOCIETĂȚILOR COMERCIALE POTRIVIT SISTEMULUI DUALIST. ASPECTE DE DREPT COMPARAT Prof. univ.dr Smaranda ANGHENI	40
NORME NOI IN DREPTUL COMUNITAR AL MUNCII SI IMPACTUL LOR ASUPRA LEGISLATIEI AUTOHTONE Prof.univ.dr. Nicolae VOICULESCU.....	46
CONSIDERAȚII ASUPRA DISTINCȚIEI DINTRE CONCEPTUL DE "EXPROPRIERE" SI CEL DE "REGLEMENTARE" DIN PERSPECTIVA FILOSOFICĂ Conf.univ.dr.Nicolae CULIC Prep.univ.Madalina CONSTANTIN.....	62
NUMĂRUL UNIC DE IDENTIFICARE A PERSOANEI FIZICE Lector univ.dr.Antigona Camelia IORDANA Conf. univ.dr. Carmen PALACEAN	72

**EXAMEN TEORETIC AL PRACTICII JUDICIARE ROMÂNE
ȘI A PRACTICII C.E.D.O. PRIVIND SOLUȚIONAREA
CERERILOR DE RESTITUIRE A IMOBILELOR PRELuate
ÎN MOD ABUZIV DE CĂTRE STATUL ROMÂN ÎN PERIOADA
6 MARTIE 1945-22 DECEMBRIE 1989**

Prof. univ. dr. Dumitru C. FLORESCU.....82

**AVOCATUL POPORULUI, O PUTERE MORALĂ ÎN
ECHILIBRUL CELOR TREI PUTERI ÎN STAT**

Student Laura Ionela CRĂCIUNESCU, Dr. Eugen DINU 120

**RĂSPUNDEREA ADMINISTRATORULUI SOCIETĂȚII
COMERCIALE ÎN CAZUL NERESPECTĂRII OBLIGAȚIEI
DE LOIALITATE FATA DE SOCIETATE**

Lector univ. drd. Carmen TODICĂ 126

**OBLIGAȚIA ADMINISTRATORULUI DESEMNAT
REPREZENTANT AL SOCIETĂȚII DE A ÎȘI DEPUNE
SEMNĂTURA LA REGISTRUL COMERȚULUI**

Asist. univ. Alexandru TODICĂ 136

DIFERITE FORME ALE CUPLURILOR NECĂSĂTORITE

Lect.univ.dr.Antigona-Camelia IORDANA 141

**LUPTA ÎMPOTRIVA TERORISMULUI INTERNAȚIONAL –
INTRE LEGALITATE SI REALITATE**

Prep. univ. Alexandra MANEA 170

**PARTICULARITĂȚI ALE RĂSPUNDERII ORGANIZAȚIILOR
INTERNAȚIONALE PENTRU FAPTE INTERNAȚIONAL ILICITE**

Lector univ.dr. Felicia MAXIM..... 183

**CIRCULAȚIA TITLURILOR EXECUTORII ÎN SPAȚIUL
JUDICIAR EUROPEAN. DE LA BRUXELLES I LA
REGULAMENTUL CE NR. 805/2004**

Lector univ. Dr. Gabriela RĂDUCAN 194

CONSIDERAȚII ASUPRA REGLEMENTĂRII POSESIEI ȘI DETENȚIEI PRECARE ÎN NOUL COD CIVIL ROMÂN

Profesor universitar doctor Iosif R. URS
Universitatea Titu Maiorescu din București

ABSTRACT

The article presents in the first part the advantages of the regulations regarding the possession in the New Civil Code compared to the Previous Civil Code emphasizing the scientific qualities of the legislator in 2009.

Further on, it is described the situation in which the possessor owns the good having also the quality of proprietor showing that in the given hypothesis the possession and property meet in one person who has a double quality – possessor and owner. Following, it is highlighted the notion of possession in the new vision of the legislator, the characteristic elements of possession and the manners to exercise it, which are: direct exercise, exercise through another person and exercise through legal representative. There are outlined the elements that differentiate between the possession as state of affairs and the possession as state of law.

The paper highlights the fact that the ownership of a good, besides possession and property, can be expressed by precarious possession. After describing the four modalities of exercising precarious possession, it is emphasized the fact that the latter institution is different from the institution of possession and it benefits from legal protection, having a special legal regime.

Another aspect that is presented is the cases, exhaustively listed by the legislator, in which precarious possession transforms into possession. The conclusions of the paper underlines that the new regulations regarding possession and precarious possessions are superior to the old ones, both in form as in content.

posesie, detenție precară, aparență de drept

Este neîndoielnic și unanim admis ca atare în doctrina juridică faptul că posesia se relevă ca o instituție importantă a dreptului civil în general și a drepturilor reale în special.

Configurată în substanța ei încă în dreptul roman, unde era structural legată de dreptul de proprietate, instituția posesiei s-a dezvoltat și s-a extins și la celelalte drepturi reale, constituind, în materie imobiliară, astfel cum se prevede și în noua reglementare, premisa esențială a dobândirii proprietății prin uzucapiune asupra bunului posedat, iar în materie mobilă, ocrotind pe posesorul de bună-credință și asigurând aplicarea prezumției existenței unui titlu de dobândire a dreptului de proprietate asupra bunului, dar și a opozabilității față de terți a actelor juridice constitutive sau translativ de drepturi reale.

1. Însumând experiența doctrinară și jurisprudențială, legiuitorul anului 2009 realizează mai vechiul deziderat al mediului nostru juridic și consacră posesiei patru capitole în Titlul VIII - "*Poesia*" al Cărții a III-a - "*Despre bunuri*" din noul Cod civil. Soluția legiuitorului este meritorie nu numai prin consacrarea distinctă a instituției posesiei, ci și prin revalorizarea importanței acesteia în fundamentarea teoriei drepturilor reale prin simplificarea realizării efectului principal al posesiei - uzucapiunea, prin înlăturarea unor inadvertențe ale vechiului Cod civil, care folosea noțiunea de posesie în materii străine dreptului de proprietate și a altor drepturi reale¹, printr-o sistematizare, structurare și ierarhizare rațională a normelor, aducând o așteptată clarificare în reglementarea acestei instituții prin eliminarea vocabularului arhaic depășit de vremuri, adoptând un stil nou, cel al exprimării normelor juridice în spațiul european, necesar pentru înțelegerea cu mai multă ușurință a conținutului normelor de către destinatarii acestora.

Comparativ cu vechea reglementare², legiuitorul actual definește posesia în art. 916(1) ca fiind „*exercitarea în fapt a prerogativelor dreptului de proprietate asupra unui bun de către persoana care îl stăpânește și care se comportă ca un proprietar*”, sau astfel cum

¹ De exemplu: Art. 895 prevede că legatarul unei fracțiuni de ereditate va *cere posesiunea* (s.n.) de la „erezii, rezervatari”; art. 897 precizează că legatarul universal sau acela al unei fracțiuni a succesiunii nu se poate pune în posesiunea legatului (s.n.); art. 1097 face referire la posesiunea unei creanțe (s.n.)

² Codul civil intrat în vigoare la 1865 reglementează această materie în Cartea III „Despre diferitele moduri prin care se dobândește proprietatea”, Titlul XX “Despre prescripție”, capitolul II „Despre posesiunea cerută pentru a prescrie, începând cu art. 1846

completează alin. 2 al aceluiași articol, „*ca un titular al altui drept real, cu excepția drepturilor reale de garanție*”³.”

Așadar, ceea ce de-a lungul vremii doctrina juridică civilă a subliniat în unanimitate ca fiind necesar⁴ a consacrat expres noul Cod civil. Potrivit textului legal mai sus citat posesia constă în stăpânirea unui bun de către o persoană numită posesor. În același timp posesiunea consistă în exercitarea în fapt a prerogativelor dreptului de proprietate asupra bunului de către posesor. Posesorul stăpânește bunul prin simțurile sale și exercită în fapt asupra lui prerogativele conferite de dreptul de proprietate (*usus, fructus și abusus*). Posesorul exercită în fapt atributele proprietarului.

2. Atunci când exercitarea în fapt a posesiei se realizează prin puterea conferită de calitatea de titular al dreptului de proprietate, persoana se înfățișează atât ca posesor cât și ca proprietar. Posesorul este și proprietar, iar posesia se analizează ca un atribut al dreptului de proprietate (*jus utendi*). Exercițarea în fapt se suprapune cu exercitarea în drept, iar persoana care stăpânește bunul *are dubla calitate de posesor și proprietar*, posesia neinteresând ca instituție separată.

3. În numeroase cazuri însă o persoană are stăpânirea și exercițiul de fapt asupra bunului fără a avea puterea izvorâtă din dreptul de proprietate pe care îl are altă persoană. În aceste cazuri vorbim de posesie și de proprietate ca despre două instituții distincte, fiecare având un regim juridic propriu aplicabil unor titulari diferiți.

³ A se vedea: Cartea a V-a „Despre obligații”, Titlul XI „Privilegiile și garanțiile reale”, Cap. III „Ipoteca”, începând cu art. 2343 și Cap. V „Gajul”, începând cu art. 2450, Cod civil nou.

⁴ D. Alexandresco, Explicațiunea teoretică și practică a Dreptului Civil Român, Tomul XI, Atelierele Grafice Socec & Co, București, 1915, p. 95; C. Hamangiu, Codul civil adnotat, vol. IX, editura Librăriei „Universala”, București, 1934, p. 464; L. Pop, Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 192; I. Dogaru, S. Cercel, Drept civil. Teoria generală a drepturilor reale, Ed. All Beck, București, p. 261; C. Bârsan, Drept civil. Drepturile reale principale, Ed. All Beck, București, 2001, p. 237; Iosif R. Urs, Drepturile reale, Ed. Universitară, București, 2006, p. 257; Dumitru C. Florescu, Dreptul de proprietate, Ed. Universității Titu Maiorescu, București, 2002, p. 455; V. Stoica, Drept civil. Drepturi reale principale, Ed. Humanitas, București, 2004, p. 147; D. Gherasim în Dreptul civil român, Ed. Academiei, București, 1986, . 20; Tr. Ionașcu, S. Brădeanu, Drepturile reale principale, Ed. Academiei, București, 1978, p. 167; I. Adam, Drept civil. Drepturile reale. Ed. Europa Nova, București, 2002, p. 567; O. Ungureanu, C. Munteanu, Drept civil. Drepturi reale, Ed. Lumina Lex, București, 2003, p. 208.

În realitate, noul Cod civil reglementează instituția posesiei ca o exercitare de fapt a atributelor dreptului de proprietate de către cel care stăpânește bunul și care *se comportă ca un proprietar* față de toți ceilalți.

Posesorul nu este proprietar, dar *exercită în fapt* prerogativele proprietarului, adică se comportă ca un proprietar. Posesorul exercită în fapt acte materiale și acte juridice ca un titular al dreptului de proprietate, fără a avea însă calitatea de proprietar.

Din dispozițiile generale privind noțiunea posesiei se desprind elementele care circumscriu esența posesiei și care o deosebesc de *proprietate* și de *detenție precară*. Elementul *corpus*, rezidă în *stăpânirea* materială asupra bunului și *exercitarea în fapt* a atributelor ce împlinesc conținutul dreptului de proprietate, iar elementul intențional, psihologic, *animus rem sibi habendi*, consistă în voința celui care stăpânește bunul, adică în voința posesorului de a exercita atributele dreptului de proprietate pentru sine, de a se înfățișa ca un proprietar, deși în realitate nu este proprietar deoarece stăpânirea sa și exercitarea de fapt își găsesc izvorul într-o putere de fapt, *o putere proprie* iar nu într-o stăpânire și exercitare izvorâtă din puterea dreptului de proprietate pentru a fi calificată exercitare de drept. Este esențială deosebire între posesor și proprietar. *Posesorul stăpânește bunul în putere proprie comportându-se ca un proprietar în timp ce proprietarul stăpânește bunul în puterea conferită de dreptul său de proprietate*. Posesia este o *stare de fapt* care se bucură de un regim juridic de protecție tocmai pentru că se înfățișează ca o *aparență de drept*, or este îndeobște admis în literatura de specialitate că aparența în drept conduce la validarea actelor juridice încheiate cu bună-credință de către terți cu un posesor, ca o aplicație a regulii *error communis facit jus*.⁵

Dispozițiile ce se aplică posesorului care stăpânește un bun și se comportă ca titular al dreptului de proprietate se aplică și posesorului care se comportă ca titular al altui drept real⁶ cu excepția celor de garantare a unor raporturi obligaționale, dispune expres art. 916 (2) din noul Cod civil⁷. Posesorul care exercită în fapt prerogativele dreptului de proprietate ori ale altui drept real se bucură de același regim de protecție juridică în considerarea aparenței de drept pe care o manifestă prin comportarea sa ca titular al unui drept real asupra bunului.

⁵ A se vedea: C. Bârsan, op.cit p. 260.

⁶ Art. 551 Cod civil nou. Sunt drepturi reale: dreptul de proprietate, dreptul de suprafață, de uzufruct, de uz, de abitație, de servitute, de administrare, de concesiune, de folosință, drepturile reale de garanție, alte drepturi cărora legea le recunoaște acest caracter.

⁷ A se vedea art. 2343 și urm. și art. 2480 și urm. cu privire la ipotecă și respectiv gaj.

4. În legătură cu exercitarea posesiei, art. 917 din noul Cod civil cuprinde dispoziții clare dispunând următoarele: “Posesorul poate exercita prerogativele dreptului de proprietate asupra bunului fie în mod nemijlocit, prin putere proprie, fie prin intermediul altei persoane” (alin. 1). “Persoanele lipsite de capacitate de exercițiu și persoanele juridice exercită posesia prin reprezentantul lor legal” (alin. 2). Legiuitorul reglementează după cum vedem trei modalități de exercitare a posesiei:

1. exercitarea **nemijlocită**;
2. exercitarea prin **intermediul** altei persoane;
3. exercitarea prin **reprezentantul legal**.

Exercitarea nemijlocită este modul firesc în care se înfățișează posesia ca stare de fapt, elementele acesteia “**corpus și animus**” fiind întrunite în “mâna aceleiași persoane”. Exercitarea nemijlocită se realizează prin **putere proprie**.

Exercitarea prin intermediul unei alte persoane înseamnă o separare între corpus și animus în sensul că posesorul păstrează elemental intențional, animus, adică voința de a exercita, pentru sine, prerogativele dreptului de proprietate și care să rezulte din fapte exterioare, dar elementul material al posesiei, corpus, adică stăpânirea fizică dar și acțiunea faptică se realizează prin mijlocirea altei persoane care se înfățișează ca un detentor precar. Acesta este obligat de lege să restituie bunul fiindcă detenția sa este temporară sau stăpânirea bunului o are cu îngăduința posesorului real. Intermediarul exercită prerogativele dreptului de proprietate prin puterea posesorului și în numele acestuia și care nu-și pierde calitatea de posesor.

Exercitarea posesiei prin reprezentant legal este cea de a treia modalitate și privește două ipoteze:

1. persoanele lipsite de capacitate, respectiv minorul care nu a împlinit 14 ani și interzisul judecătoresc⁸, precum și
2. persoanele juridice⁹.

Ambele categorii de persoane au un element comun privind exercitarea posesiei și anume **lipsa voinței**. Atât unele cât și altele exercită elementul subiectiv al posesiei (animus) prin reprezentanții lor legali.

Sintetizând, în considerarea celor de mai sus, subliniem că posesiunea nu se confundă cu proprietatea. Posesorul exercită în fapt prerogativele dreptului de proprietate ori altui drept real prin putere proprie, prin puterea de fapt asupra bunului și nu ca titular al dreptului de

⁸ A se vedea art. 43 din noul Cod civil.

⁹ A se vedea art. 209 și urm. din noul Cod civil.

proprietate sau al altui drept real, posesiunea fiind o *stare de fapt*. Proprietarul exercită stăpânirea bunului prin puterea dreptului de proprietate, ca titular al acestui drept, posesia fiind doar un atribut al conținutului dreptului de proprietate, astfel încât starea de fapt este absorbită în *starea de drept* care este însăși proprietatea.

Dincolo de elementele care le separă și care justifică regimul lor juridic diferit, între posesie și proprietate – ca modalități de stăpânire a unui bun, există și elemente comune, ceea ce l-a determinat pe legiuitorul noului Cod civil să instituie expres în art. 919 două prezumții în favoarea posesorului:

1. **prezumția de posesiune**, în temeiul căreia acela care stăpânește un bun, până la proba contrară, este prezumat posesor și

2. **prezumția de proprietate**, în temeiul căreia posesorul, până la proba contrară, este considerat proprietar¹⁰.

În prima prezumție se precizează că acela care stăpânește este **prezumat**¹¹, adică presupus, estimat, ca fiind posesor iar în a doua prezumție posesorul este **considerat**¹², adică privit, ca proprietar. Deși exprimate diferit, poate numai pentru evitarea repetării, apreciem că cele două prezumții au aceeași valoare ca prezumții legale ce pot fi răsturnate prin proba contrară.

5. Alături de posesie și proprietate ca modalități de stăpânire a unui bun, art. 918 din noul Cod civil, printr-o formulare negativă, este reglementată a treia modalitate de stăpânire a unui bun, anume **detenția precară**¹³. Actualul legiuitor, pentru a evita confuziile din Codul civil încă în vigoare, precizează în art. 918 expres “**cazurile care nu constituie posesie**”, evidențiind astfel că precaritatea nu este un viciu al posesiei, ci o situație juridică distinctă cu regim juridic special având “**efectele recunoscute posesiei în cazurile și limitele prevăzute de lege**”. Așadar, nu constituie posesie stăpânirea unui bun de către un detentor precar, precum:

¹⁰ Presumția nu funcționează în ipoteza imobilelor înscrise în cartea funciară

¹¹ A se vedea: Dicționarul explicativ al limbii române (DEX), Academia Română, Ed. Univers enciclopedic, 1998, p. 847

¹² Ibidem, p. 214

¹³ Posesia sub nume precar este reglementată în art. 1847 și art. 1853 din vechiul Cod civil. Art. 1847 cere expres, printre altele, ca posesiunea să fie sub nume de proprietar, adică să nu fie sub nume precar cum precizează art. 1853. Precaritatea este concepută de legiuitor ca un viciu al posesiei și a fost relevată ca atare în doctrină și jurisprudență. În realitate precaritatea nu este un viciu al posesiei ci este mai mult decât atât, este chiar lipsa posesiei (C. Bîrsan, op.cit., p. 248).

- a) locatarul, comodatul, depozitarul, creditorul gajist;
- b) titularul dreptului de suprafață, uzufruct, uz, abitație sau servitute, față de nuda proprietate;
- c) fiecare coproprietar, în proporție cu cotele-părți ce revin celorlalți coproprietari;
- d) orice altă persoană care, deținând temporar un bun al altuia, este obligată să îl restituie sau care îl stăpânește cu îngăduința acestuia.

Detenția precară și posesia sunt două situații juridice diferite și ca urmare detentorul precar se deosebește de posesor.

Deși îi apropie până la confuzie un element comun, respectiv stăpânirea materială, fizică a bunului (corpus), ceea ce îi așează în categorii juridice distincte este elementul psihologic al stăpânirii materiale – animus. Detentorul precar deține bunul pentru altul căruia îi recunoaște dreptul asupra bunului, iar după cum am aflat mai sus, posesorul îl stăpânește prin putere proprie, pentru sine. După cum observăm, detentorii precari dețin bunul fie ca titulari ai unor **drepturi de creață**, fie ca **titulari ai unor drepturi reale**, fie ca **simpli deținători** prin bunăvoința proprietarului.

În legătură cu titularii unor drepturi reale – suprafață, uzufruct, uz, abitație, servitute – facem precizarea că au o dublă calitate și anume: de **detentori** precari în raport cu nuda proprietate și de **posesori** în privința drepturilor lor reale în raport cu terți care sunt obligați să respecte aceste drepturi.

Trebuie spus și faptul că în toate cazurile de detenție precară, chiar și în cazul prevăzut de art. 918(d) din noul Cod civil, detentorul deține bunul în temeiul unui act juridic încheiat cu proprietarul¹⁴, astfel încât starea de fapt se suprapune cu starea de drept, după cum s-a apreciat în doctrină¹⁵.

În legătură cu detenția precară, art. 919(2) din noul Cod civil reglementează prezumția precarității¹⁶, statuând că “detenția precară, odată dovedită, este prezumată că se menține până la proba intervertirii sale (s.n.). “Posesorul precar își conservă această calitate fără a putea schimba caracterul posesiei sale altfel decât prin intervertirea titlului în cazurile

¹⁴ oricum stăpânirea detentorului și îngăduința proprietarului presupun un acord de voințe.

¹⁵ C. Bîrsan, op.cit. p. 240

¹⁶ Codul civil de la 1865, în art. 1857 interzice detentorului precar să schimbe, fie prin sine însuși, fie prin alte persoane interpușe calitatea unei asemenea posesiuni; a se vedea și art. 1855 din același cod.

limitative prevăzute de lege¹⁷. Potrivit art. 920(1) din noul Cod civil, intervertirea detenției precare în posesie nu¹⁸ se poate face decât în următoarele cazuri:

a) dacă detentorul precar încheie cu bună-credință un act translativ de proprietate cu titlu particular cu altă persoană decât cu proprietarul bunului;

b) dacă detentorul săvârșește împotriva posesorului acte de rezistență neechivoce în privința intenției sale de a începe să se comporte ca un proprietar; în acest caz, intervertirea nu se va produce însă mai înainte de împlinirea termenului prevăzut pentru restituirea bunului;

c) dacă detentorul precar înstrăinează bunul, printr-un act translativ de proprietate cu titlu particular, cu condiția ca dobânditorul să fie de bună-credință.

Înainte de un succint comentariu al acestor cazuri, subliniem încă o dată caracterul detenției precare ca fiind o instituție distinctă în raport cu posesia, caracter desprins cu ușurință din compararea prevederilor art. 918(1) cu ale art. 920(2) din noul Cod civil. Astfel primul text legal invocat face două precizări clare:

1. cazurile care nu constituie posesie, ci detenție precară și
2. faptul că detenția precară nu constituie posesie. În același sens și în completarea clarificării, celălalt text legal enumeră limitativ cazurile în care detenția precară se intervertește în posesie.

În primul caz¹⁹ intervertirea are loc ca urmare a încheierii unui act translativ de proprietate de către detentorul precar cu un terț, altul decât proprietarul bunului. Intervertirea se produce în prezența următoarelor cerințe:

1. încheierea unui act translativ de proprietate (vânzare-cumpărare, donație etc.);

2. actul translativ să fie cu titlu particular având ca obiect bunul stăpânit de detentorul precar;

¹⁷ Legiuitorul actual a preferat folosirea termenului „intervertire” care la epoca intrării în vigoare a Codului civil de la 1865, de inspirație franceză, avea justificarea preluării din limba franceză a termenului a interverti, a schimba ordinea, locul elementelor dintr-o serie dată (DEX, citat supra, p. 501)

¹⁸ Redactarea normei este imperativ-prohibitivă, după modelul art. 1858 din Codul civil încă în vigoare. „Posesiunea care se exercită nu sub nume de proprietar, nu se poate schimba în posesie utilă decât prin vreunul din următoarele moduri”

¹⁹ Pentru dezvoltarea ipotezelor de intervertire a precarității, a se vedea: D. Alexandresco, op.cit.p. 116 și urm; I. Dogaru, S. Cercel, op.cit p. 31, C. Bîrsan, op.cit. p. 249; Iosif R. Urs, op.cit. p. 265, Dumitru C. Florescu, op.cit. p. 460

3. lipsa calității de proprietar a terțului (înstrăinător, donator etc.)²⁰;

4. buna-credință a detentorului precar, cu precizarea că buna-credință a detentorului se prezumă și se cere să existe în momentul încheierii actului translativ de proprietate.

Buna-credință înseamnă credința neechivocă a detentorului că a încheiat un act valabil cu adevăratul proprietar, urmată de schimbarea atitudinii detentorului care din momentul încheierii actului se va comporta ca un proprietar²¹.

Cel de al doilea caz de intervertire are loc prin voința detentorului, dar nu ca o simplă voință de schimbare a stăpânirii bunului, fiindcă aceasta nu ar fi suficientă pentru a învinge prezumpția de precaritate²², ci ca o voință manifestată prin acțiuni de rezistență neechivoce din care să rezulte intenția detentorului de a se comporta ca un proprietar. Dacă detentorul acționează contra posesorului prin acte concrete, neîndoielnice, ușor de dovedit din care rezultă comportamentul său de proprietar, intervertirea este admisă, cu singura condiție impusă de lege ca asemenea fapte să nu se producă înainte de împlinirea termenului prevăzut pentru restituirea lucrului.

Schimbarea intenției detentorului prin acte de rezistență, care pot fi acte juridice, fapte materiale, trebuie, pe de o parte, să fie bine motivate pentru că altfel, conflictul declanșat cu proprietarul, în loc să ducă la intervertirea precarității în posesie, cu toate efectele sale, poate duce la pierderea acesteia²³.

Al treilea caz de intervertire a detenției precare în posesie se produce în prezența următoarelor cerințe:

1. înstrăinarea bunului printr-un act translativ de proprietate, cu titlu particular și

2. dobânditorul să fie de bună-credință. Buna-credință a dobânditorului cu titlu particular existentă la data încheierii actului translativ de proprietate, transformă precaritatea în proprietate, acesta din urmă nefiind în niciun fel obligat față de adevăratul proprietar. Facem cuvenita

²⁰ Dacă actul translativ de proprietate se încheie cu adevăratul proprietar nu suntem în materia intervertirii detenției precare (jus possessionis), deoarece detentorul va exercita posesia ca prerogativă a dreptului de proprietate (jus possidendi)

²¹ Dacă locatarul cumpără cu bună-credință lucrul închiriat de la un terț pe care îl consideră proprietar, dar va plăti în continuare chiria către fostul locatar, este clar că nu se produce intervertirea titlului (D. Alexandresco, op.cit.p. 118)

²² A se vedea art. 919(2) din noul Cod civil

²³ Simplul fapt de a nu plăti chirie nu este suficient; acesta trebuie însoțit de conduita detentorului care se comportă ca un proprietar (I. Dogaru, S. Cercel, op. cit. p. 33)

precizare cu privire la buna-credință a detentorului care poate lipsi, acesta știind că înstrăinează lucrul altuia. Intervertirea se bazează exclusiv pe buna-credință dovedită a dobânditorului și pe principiul potrivit căruia dobânditorul cu titlu particular nu răspunde pentru obligațiile autorului său²⁴.

În ceea ce privește buna-credință a dobânditorului, art. 920(2) face două precizări importante și anume:

1. în cazul imobilelor înscrise în cartea funciară, dobânditorul este de bună-credință dacă înscrie dreptul în folosul său întemeindu-se pe cuprinsul cărții funciare și

2. în celelalte cazuri, dobânditorul este de bună credință dacă nu cunoștea și nici nu trebuia, după împrejurări, să cunoască lipsa calității de proprietar a celui de la care a dobândit bunul.

Pentru a încheia succintele explicații la dispozițiile generale cuprinse în Capitolul I²⁵ al Titlului VII din Cartea a III-a a noului Cod civil cu privire la posesie, precizăm că legiuitorul enumeră în art. 921 modalitățile prin care posesia încetează. Acestea sunt:

- a) transformarea sa în detenție precară;
- b) înstrăinarea bunului;
- c) abandonarea bunului mobil sau înscrierea în cartea funciară a declarației de renunțare la dreptul de proprietate asupra unui bun imobil;
- d) pieirea bunului;
- e) trecerea bunului în proprietate publică;
- f) înscrierea dreptului de proprietate al comunei, orașului sau municipiului, după caz, conform art. 889 alin. (2);
- g) deposedare, dacă posesorul rămâne lipsit de posesia bunului mai mult de un an.

²⁴ Cel de al patrulea caz de intervertire, prin transmisiunea printr-un act translativ cu titlu universal nu mai este reglementat în noul Cod civil, pe bună dreptate. Succesiunea universală presupune subrogarea succesoriului în toate drepturile și obligațiile autorului, indiferent de buna sau reaua credință. El urmează deci să restituie bunul pe care autorul său l-a deținut cu titlu precar, așa cum s-a spus, este greu de admis ca fiind suficientă buna-credință a succesoriului pentru transformarea titlului precar în posesie utilă (a se vedea: C. Bârsan, op.cit. p. 250).

²⁵ Într-o logică firească noua reglementare continuă cu : „Viciile posesiei (cap. II), „Efectele posesiei” (Cap. III), „Acțiunile posesorii (Cap. IV)”, dar despre toate acestea într-o viitoare abordare.

BIBLIOGRAFIE

- D. Alexandresco, Explicațiunea teoretică și practică a Dreptului Civil Român, Tomul XI, Atelierele Grafice Socec & Co, București, 1915;
- C. Hamangiu, Codul civil adnotat, vol. IX, editura Librăriei „Universala”, București, 1934;
- Tr. Ionașcu, S. Brădeanu, Drepturile reale principale, Ed. Academiei, București, 1978
- D. Gherasim în Dreptul civil român, Ed. Academiei, București, 1986;
- Dicționarul explicativ al limbii române (DEX), Academia Română, Ed. Univers enciclopedic, 1998;
- L. Pop, Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale, Ed. Lumina Lex, București, 2001;
- I. Dogaru, S. Cercel, Drept civil. Teoria generală a drepturilor reale, Ed. All Beck, București;
- C. Bârsan, Drept civil. Drepturile reale principale, Ed. All Beck, București, 2001;
- Iosif R. Urs, Drepturile reale, Ed. Universitară, București, 2006;
- Dumitru C. Florescu, Dreptul de proprietate, Ed. Universității Titu Maiorescu, București, 2002;
- I. Adam, Drept civil. Drepturile reale. Ed. Europa Nova, București, 2002;
- O. Ungureanu, C. Munteanu, Drept civil. Drepturi reale, Ed. Lumina Lex, București, 2003;
- V. Stoica, Drept civil. Drepturi reale principale, Ed. Humanitas, București, 2004;
- Codul civil.

PRINCIPIILE GUVERNĂRII CORPORATIVE A ÎNTRINDERILOR REFLECTATE ÎN LEGISLAȚIA ROMÂNĂ PRIVIND SOCIETĂȚILE COMERCIALE

Prof. univ. dr. Smaranda ANGHENI,
Facultatea de Drept, Universitatea Titu Maiorescu

Lect. univ. drd. Manuela TĂBĂRAȘ,
Facultatea de Drept, Universitatea Titu Maiorescu,

ABSTRACT

The authors present the legal framework in matters of companies that has been substantially changed by Law no. No 441/2006 and GEO. 82/2007 to amend Law no. 31/1990 on trading companies, and by Law no. 26/1990 regarding trade register in order to harmonize it with EU requirements in the field and adapt them to the standards of transparency and decision making shareholder protection in the Member States of the European Union.

guvernare corporativă, dividende, societăți comerciale

Reglementarea generală în materia societăților comerciale a fost substanțial schimbată prin Legea nr. 441/2006 și O.U.G. nr. 82/2007, pentru modificarea Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale și a Legii nr. 26/1990 privind registrul comerțului, în scopul armonizării acesteia cu prevederile comunitare în domeniu și adaptării ei la standardele de transparență decizională și protecție a acționarilor, existente în statele membre ale Uniunii Europene.

De asemenea, reforma legislativă a avut în vedere, ca punct de plecare și ca preocupare permanentă în elaborarea normelor legale, elemente ale acquis-ului comunitar concretizate într-o serie de Directive ale Consiliului Uniunii Europene.

Totodată, la elaborarea legii au fost avute în vedere principiile OECD în materia guvernării corporative a societăților comerciale, perspectivele de dezvoltare a materiei la nivel comunitar și cele mai bune practici în statele membre ale Uniunii Europene.

Este de domeniul evidentei ca, odată cu impunerea sistemului corporatist comunitar și în peisajul societar intern românesc se produc serioase mutații sub o întreită perspectivă: legislativă, jurisprudențială și doctrinară. Se realizează, pe de o parte, modificări de substanță în chiar filosofia sistemului societar și, în același timp, se produce o uniformizare a regulilor de organizare și funcționare în această materie.

Principiile guvernării corporative a întreprinderilor elaborate de Organizația pentru Cooperare Economică și Dezvoltare (O.E.C.D.) din anul 2004 conțin un ansamblu de norme și linii directoare în domeniul guvernării întreprinderilor. Elaborate inițial, în anul 1999, principiile guvernării întreprinderilor au stat la baza inițiativelor legislative atât a statelor membre ale Organizației de Cooperare Economică și dezvoltare, cât și în celelalte state. Aceste principii constituie puncte de referință în materia guvernării întreprinderilor în raporturile întocmite de Banca Mondială și de F.M.I. De altfel, Banca Mondială, Banca de Reglementări Internaționale (B.R.I.) și Fondul Monetar Internațional (F.M.I.) au participat, în calitate de observatori, la lucrările Grupului de conducere privind problemele guvernării întreprinderilor, grup constituit din reprezentanți ai țărilor membre ai Organizației pentru Cooperare Economică și Dezvoltare (O.E.C.D.).

Principiile guvernării întreprinderii au ca obiect, sprijinirea guvernelor statelor membre și nemembre ale O.E.C.D., în scopul evaluării și ameliorării cadrului juridic, instituțional și legislativ în materia guvernării întreprinderilor și de a formula orientări și propuneri autorităților bursiere, investitorilor, societăților și altor părți care ar putea să intervină în elaborarea unui regim eficient privind guvernarea întreprinderilor.

Principiile vizează, în principal, societățile deschise de capital, care se constituie prin subscripție publică fie că au sau nu au vocație financiară. Cu toate acestea, în măsura în care pot fi aplicabile, principiile guvernării întreprinderilor se adresează, în egală măsură, societăților cu capital privat, cât și întreprinderilor publice.

Guvernarea întreprinderilor se referă la relațiile dintre conducerea întreprinderii, consiliul de administrație, acționari și alte persoane implicate. Totodată, principiile guvernării întreprinderilor determină structura prin care sunt definite obiectivele unei întreprinderi, mijloacele de realizare a acestora, precum și urmărirea rezultatelor.

O guvernare de calitate a întreprinderii trebuie să mobilizeze consiliul de administrație și directoratul în a urmări realizarea obiectivelor întreprinderii, în conformitate cu interesele societății și ale acționarilor.

Existența unui sistem de guvernare eficient al întreprinderilor în interiorul fiecărei întreprinderi și în economie considerată în globalitatea sa, contribuie la asigurarea încrederii necesare unei bune funcționări a economiei de piață.

Astfel, efectele bunei guvernări ar însemna diminuarea costurilor de capital și încurajarea întreprinderilor de a folosi eficient resursele proprii alimentând și favorizând astfel, creșterea productivității și, evident, progresul.

În multe țări, *problemele guvernării întreprinderilor rezultă din separarea proprietății și controlul capitalului*. De asemenea, problemele de guvernare a întreprinderii *rezultă și din puterea disproporționată dintre acționarii care dețin controlul* (acționarii majoritari) *și acționarii minoritari*. În alte țări, salariații întreprinderii dețin drepturi importante independent de acele drepturi pe care le au în calitate de deținători de capital (acționari).

Principiile guvernării întreprinderilor au în vedere stabilirea unui echilibru de puteri și definirea corectă a drepturilor și a obligațiilor părților implicate în „viața întreprinderii”.

Astfel, principiile au fost formulate avându-se în vedere, deopotrivă, interesele acționarilor, salariaților, dar și a creditorilor sociali (terțe persoane).

Principiile guvernării întreprinderii *nu au caracter obligatoriu, coercitiv* și nu conțin prevederi detaliate care ar trebui să fie reluate în fiecare legislație națională.

Rolul acestor principii este acela de a fi norme, practici de referință pe care să le aibă în vedere statele cărora se adresează. Pentru a rămâne competitiv pe piață, întreprinderea trebuie să știe să se adapteze practicilor de guvernare a întreprinderilor în scopul de a răspunde noilor așteptări și de a sesiza oportunitățile care i se oferă. Autoritățile publice, la rândul lor, au obligația de a amenaja un cadru juridic suplu de guvernare a întreprinderii, un cadru economic eficient pentru a răspunde așteptărilor acționarilor și a celorlalte părți implicate.

Principiile guvernării întreprinderilor au fost elaborate referindu-se la:

1. stabilirea fundamentelor unui regim eficient de guvernare a întreprinderilor;

2. drepturile acționarilor și principalele funcții ale deținătorilor de capital;
3. tratamentul echitabil aplicat acționarilor;
4. rolul principalelor părți în guvernarea întreprinderilor;
5. transparența și transmiterea informațiilor;
6. răspunderea consiliului de administrație.

Având în vedere, pe de o parte, reforma legislativă privind societățile comerciale, iar pe de altă parte, standardele Uniunii Europene, legiuitorul român a modificat Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale incluzând principiile guvernării întreprinderilor, modificare care se înscrie în cadrul măsurilor de reformă legislativă, cu două componente:

I. alinierea legislației românești la standardele pretinse de aquis-ul comunitar în materia societăților comerciale, imperativ care a determinat modificarea Legii nr. 31/1990 sub mai multe aspecte: revizuirea clauzelor obligatorii ale actului constitutiv în sensul diminuării numărului acestora, revizuirea condițiilor care atrag nulitatea societății, reglementarea expresă a răspunderii pentru neîndeplinirea formalităților de publicitate la constituirea societății și în cursul funcționării acesteia, crearea arhivei electronice, pentru solicitarea/furnizarea de informații din registrul comerțului în format electronic, pentru formularea cererii de înmatriculare on-line, abordări noi în materia evaluării aporturilor în natură, reglementarea instituției capitalului autorizat, clarificarea conceptelor „dobândire de acțiuni proprii”, „subscriere de acțiuni proprii” și elaborarea unei reglementări fluente în materie (a doua directivă), definirea fuziunii/divizării, revizuirea clauzelor proiectului de fuziune/divizare (inserarea unor clauze prin care sunt identificate condițiile de repartizare a acțiunilor/părților sociale către acționarii/asociații societății absorbite/care își încetează existența în societatea absorbantă, clauze prin care se fixează data de la care tranzacțiile efectuate de societatea absorbită/divizată devin ale societății absorbante/beneficiare – clauze care consolidează protecția acordată asociaților/acționarilor și terților), clarificarea reglementării instituției „desprinderii”, îmbunătățirea reglementării constituirii și funcționării sucursalelor societăților naționale, crearea unui nou cadru legal în materia sucursalelor unei societăți străine - regim diferit pentru societățile supuse legislației unui stat membru UE, în raport cu societățile având naționalitatea altor state.

II. adaptarea legislației interne la standardele O.E.C.D. în materia guvernării corporative, componentă a reformei legislative printre ale cărei elemente de noutate putem enumera: remodelarea structurii consiliului de

administrație (s-a optat pentru sistemul monist „one-tier”), făcându-se distincție, în cadrul Consiliului, între funcțiile ne-executive și cele executive, definirea funcției ne-executive și a celei executive, fixarea cadrului legal al răspunderii față de societate a administratorilor neexecutivi și executivi, stabilirea criteriilor ce definesc independența unui administrator neexecutiv (preluate din Recomandarea 2005/162/EC a Comisiei Europene din 15 februarie 2005 cu privire la rolul administratorilor neexecutivi ai companiilor listate, revizuirea reglementării statutului administratorilor (instituirea obligației de diligență, a obligației de loialitate față de societate, adoptarea regulii „judecării de afaceri”- „business judgment rule”, clarificarea instituției „cumulului de mandate” (distincție între cumulul de mandate administrator - persoană fizică, administrator-persoană juridică), îmbunătățirea protecției acordate acționarilor, prin modificarea condițiilor de convocare a adunării generale ordinare și extraordinare (mărirea termenului de convocare a adunării generale de la 15 zile la 30 de zile, reducerea procentului acționariatului care poate solicita convocarea adunării generale extraordinare), a cerințelor de cvorum și majoritate (reducerea acestora), reglementarea dreptului acționarilor de a solicita introducerea unor puncte noi pe ordinea de zi a adunării generale, instituirea dreptului acționarilor ce dețin acțiuni preferențiale de a participa la adunările generale (fără a putea vota), reglementarea votului în absență în adunarea generală și a posibilității încheierii de convenții între acționari privind exercitarea dreptului de vot, reglementarea dreptului la informare, îmbunătățirea sistemului de stabilire și plată a dividendelor (reducerea termenului de plată, stabilirea unui raport echitabil între acțiunile preferențiale cu dividend prioritar și acțiunile ordinare, reglementarea condițiilor de transformare a acțiunilor preferențiale în acțiuni ordinare); redefinirea condițiilor de exercitare a dreptului acționarului/asociatului de a se retrage din societate (adăugarea unei noi circumstanțe în care poate interveni retragerea, stabilirea termenului în care poate opera), reglementarea obligației de evaluare de către un expert independent a prețului acțiunilor, clarificarea reglementării în materia numirii auditorilor financiari (s-a optat pentru numirea acestora de către adunarea generală ordinară), îmbunătățirea cadrului legal al acțiunii în despăgubiri introduse de acționarii minoritari (stabilirea unui procent din acționariat care poate introduce acțiunea, fixarea momentului în raport cu care se analizează existența calității de acționar).

BIBLIOGRAFIE

- Legea nr. 441/2006 pentru modificarea legii societăților comerciale, publicată în M.Of.Partea I nr. nr. 955 din 28/11/2006;
- O.U.G. nr. 82/2007, pentru modificarea Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale și a altor acte normative incidente, publicată în M.Of.Partea I nr. 446/29 iunie 2007;
- Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului, publicată în M.Of. Partea I, nr. 49 din 4 februarie 1998, republicată în temeiul art. IV din Legea nr. 12 din 8 ianuarie 1998;
- Recomandarea 2005/162/EC a Comisiei Europene din 15 februarie 2005 cu privire la rolul administratorilor neexecutivi ai companiilor listate.

GLOBAL WARMING AND THE PROTECTION OF THE HUMAN ENVIRONMENTAL HERITAGE

José Manuel Sobrino HEREDIA

Professor of Public International Law and Director of the University
Institute of European Studies “Salvador de Madariaga”
at the University of La Coruña

Gabriela Alexandra OANTA

Associate Professor of Public International Law
at the University of La Coruña

ABSTRACT

In a world profoundly divided by inequalities in economic and environmental development, in which the benefits of progress are so unequally shared, it is not easy to balance the demands of human development, defended by most of humanity, with the need to respect the environment, which is often harmed by disastrous national and international development policies. Faced with this situation, both global and regional responses have been formulated to produce sustainable development in spite of climate change and global warming. These are strategies which seek to preserve certain basic common environmental resources necessary for humanity. Such resources belong to the whole of humanity, must not be appropriated by any particular group, and form part of the heritage which must be passed on to future generations, and which is nowadays threatened by global warming, thus converting climate patterns into a common concern for the whole of humanity.

global warming, emission of greenhouse gases, Climate Change

1. INTRODUCTION

The warming of the Earth’s atmosphere and surface produced by the emission of greenhouse gases represents, at this moment in time, a reality upon which there is a broad consensus among the scientific community. Its

widespread consequences both on the global human environment and on its different essential component parts (water, air, the earth and living beings) have meant that global warming, as an element within the climate system of our Planet, has become a common concern of the whole of humankind, affecting as it does our common environmental heritage.

The modification of the climate which the Planet is undergoing as a result of human activities is a scientifically proven fact, although science does not mean certainty, as there are still many uncertainties, which are relevant when designing strategies and policies to be followed. But what scientists point out to us is undoubtedly alarming. Thus, the *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC)²⁶ warned, in a scientific report presented in 2007, that the Earth's temperature has risen 0.76°C since pre-industrial times, that this rise is accelerating, and that, if measures are not taken to prevent its probable causes (the emission of human-generated greenhouse gases²⁷), the average temperature of the Earth could increase by between 1.8 and 4°C in the course of the present century, which may have important consequences on natural resources which are vital for our survival.

In the course of this paper we propose to present, firstly, the way in which the effects of global warming are shared unevenly from country to country according to their level of development, which in turn leads to different answers as to how vital ecological resources like water, air, the earth and living beings should be exploited (Section 2). Then we turn to what seems evident: beyond the situation of each individual State, changes in the climate system end up affecting all living beings, individually and collectively, and endanger the long-term survival of certain resources vital to humanity; this interrelationship causes, a new dimension to appear, in

²⁶ The *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) was set up by the World Meteorological Organization (WMO) and the United Nations Environmental Program (UNEP) in 1988. Among its main activities is that of carrying out periodical assessments about climate change, presenting special reports and technical documents about these questions and backing the framework of the United Nations Convention on Climate Change. These reports can be consulted at <http://www.ipcc.ch/>.

²⁷ The sum total of the CO₂ per year released by all nations is almost 10,000 million tons, and the United States, housing almost 8,000 of the 50,000 electricity generating plants in the world, is responsible for nearly 30% of the total. However, while the United States will only increase its emissions by about 21% in the next ten years, those of China will double and those of India almost triple. After the United States (2,800 million tons of CO₂ per year) and China (2,680 million tons), as major sources of CO₂, come Russia (661 million tons) and India (583 million tons).

our opinion: the dimension of human heritage – which should be reflected in the judicial and institutional mechanisms which should be put in place for the protection of a climate system which has allowed life to develop on our Planet (Section 3).

2. GLOBAL WARMING AS AN ELEMENT OF COMMON BUT DIFFERENT RESPONSABILITIES OF THE STATES

Global warming is not only produced by the developed countries, where scientists and public opinion alert us to its dangers, but, more and more importantly, also in underdeveloped societies, where the degradation of the environment is coupled with endemic situations of extreme poverty. Even though, from the point of view of global solidarity, responsibilities are held in common, the truth is that, in line with Principle 7 of the Rio Declaration on Environment and Development, these responsibilities are differentiated according to a country's degree of development and the financial and technological resources available to it.

Thus it appears to be evident that not all countries that make up the International Community are equally prepared to face up to climate change and global warming. Not all of them can adopt the same measures to try to slow this process, not all of them can count on enlightened industries and administrations, disposed to and prepared to design and carry out measures. So it is important that the answers to these problems should be coordinated in a way that is integrated with social and economic development, and that the foremost and legitimate needs of the developing nations should be taken into account, so that sustained economic growth and the eradication of poverty can be achieved²⁸.

In the same sense that it is true that not all countries are equally well adapted to climate change, it is also true that they do not all bear the same responsibility for global warming. In this sense, it must be stressed that historically, the developed countries are those that bear the greatest responsibility, given their larger ecological footprint, which places them in an uncomfortable position as regards shouldering the costs of its mitigation.

²⁸ *Vid.* Preamble of the United Nations Convention on Climate Change. This Convention has entered into force in March 21st, 1994. The European Union is part to this Convention. In this sense, see: *Council Decision 94/69/EC*, of 15 December 1993, concerning the conclusion of the United Nations Framework Convention on Climate Change, OJ L 33, 7.2.1994, p. 11.

More than three quarters of the CO₂ in the atmosphere originates in the developed world, containing less than 20% of the world's population. In the face of this reality, some developing countries insist that they cannot be obliged to adopt mitigating actions, as such actions will hinder their plans for development, as well as those for meeting the Millennium Development Objectives. Likewise, they argue that adopting such measures will depend on the level of international cooperation regarding the transfer of technology, capacitating and financing. In this sense, they point out that international cooperation is fundamental in order to face up to the tasks of mitigation and capacitating, but that these must be conceived as additional funds and not as a rechanneling of development funds. Proof of this is the position adopted by China, India and the G77 countries during the recent United Nations Conference on Climate Change (Bali, Indonesia, 3rd – 15th December 2007), where they declared that only voluntary reductions would be acceptable, at the same time as they defended the right to development and presented evidence that their gas emissions are lower than those of any existing developed country – while one Chinese person releases 4 tons of CO₂ per year, one American emits 20 ...

Predictably, global warming will produce even more social inequality in the world, due to the fact that rich countries have a better opportunity to address these issues than poor ones. Therefore, the agenda for mitigation of, and adaptation to, climate change should be closely linked to the development agenda, to the elimination of world poverty and the reduction of social inequalities, as the starting points for the First and Third Worlds are not the same. The United Nations Framework Convention on Climate Change and the Kyoto Protocol establish that all countries are obliged to initiate programs to limit their emissions (of contaminating gases), but that it is the industrialized ones that must provide resources to make this possible. Developing countries accused the industrialized countries, on the occasion of the United Nations Conference on Climate Change celebrated in Bali, of not fulfilling their commitment regarding technology transfer agreed to in Kyoto. The transfer of technology is essential for the most vulnerable countries to be able to adapt to the forthcoming changes caused by global warming, and many need to set in motion advanced warning systems, irrigation and drought-resistance infrastructures. So technology is one of the main tools used to fight climate change, and is one of the four fundamental pillars debated in Bali, together with the mechanisms of mitigation, adaptation and financing in order to palliate and face up to global warming.

In relation to this point, it is worth noting that a series of measures is available to reinforce the actions carried out by these countries in their fight against and adaptation to climate change, such as: - the broadening and rationalization of the Mechanism for Clean Development (MCD) provided for in the Kyoto Protocol of 1997 in whole national sectors; - the improvement of access to financing by means of a combination of the different instruments available, with the aim of allowing developing countries to avail themselves of the “cleanest” electricity-producing facilities possible; - the introduction of a system controlling the rights of companies to emit gases in those industrial sectors that count on the necessary instruments to control such emissions; - the adoption of appropriate and quantifiable commitments by those countries reaching a level of development comparable to that of developed countries; - and the ability of the least developed countries to opt out of these commitments²⁹.

3. THE NON-COMMERCIAL MANAGEMENT AND EXPLOITATION OF CERTAIN COMMON ECOLOGICAL RESOURCES IN THE INTERESTS OF HUMANITY, AND ITS RELATIONSHIP WITH GLOBAL WARMING

The natural resources found in the Earth are subject to an artificial division into spaces where they are submitted both to State sovereignty, and spaces which cannot be appropriated by the States, but exploitation involves numerous problems which overwhelm the compartmentalized world we live in, which is ecologically a single unit. The necessity to internationally regulate the exploration, exploitation and management of natural resources from the point of view of sustainable development gives rise to two difficulties. The first arises from the facts that, as a result of scientific and technological dynamism, certain legal norms quickly become obsolete, thus creating a gap between rules and reality. In this situation, which, by its very nature, will always exist, it will be necessary to go back to the principles which inspired those rules and resort to the procedures which will allow the peaceful solution of conflicts. The second difficulty arises from the fact that

²⁹ COM (2007) 2 final: Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “Limiting Global Climate Change to 2 degrees Celsius – The way ahead for 2020 and beyond”, Brussels, 10.1.2007.

such regulation is a real crossroads where several increasingly autonomous branches of International Law meet. Such is the case of International Environmental Law, International Trade Law, the International Law of Development, or the International Law of the Sea, which can all mean the fragmentation or division into sectors of the International legal order. Faced with this situation, a complementary interpretation of these rights and an integrated application of the rules are both necessary.

On the other hand, in order to achieve sustainable development, the physical and biological resources which support human life and life on this Planet in general, need to be conserved. It is also necessary that the use of such resources should be responsible, balanced and efficient, all this in a context of a balanced climate, wherein all countries can adapt, independently of the level of development they have reached. It should not surprise us that, within an economic and social context where there is more and more inequality between the States, many countries have made the exploitation of natural resources an essential element of their development.

In this way, many resources may be, and are, perceived from an economic perspective, whereby they are viewed as objects to be appropriated and exchanged commercially, thus entering into the game of trading relations, juxtaposing commerce and environment, and prompting us to consider the issue of the necessity to reconcile commercial measures and measures to protect the environment. But on the other hand, within these natural resources, there are some which are vital for humanity and which traditionally were thought to be inexhaustible, such as water or air, for example, and which in consequence were considered as public resources, and thus resources whose use by some did not limit their use by others. Nowadays, this kind of natural resource is perceived in a different way, as a kind of limited resource, non-renewable and capable of being exhausted, and therefore, as a common economic resource which cannot be appropriated. They are resources belonging to the whole of humanity, cannot be appropriated, and form part of a heritage which must be passed on to future generations. These resources are affected by global warming and thus the latter becomes a common problem to the whole of humanity.

Therefore, a problem arises – that of the adaptation of the law to a highly dynamic and variable reality, which frequently demonstrates that what was foreseen in the past by the law is now not applicable, and that really the facts derived from technological advances and human progress are different and the necessities new. All of this makes it clear, in our opinion, that there are resources vital for humanity and there are problems that affect

them, such as global warming. In this sense, one of the main challenges the world order faces these days is the search for the right response to human needs. It is essential that there should be more solidarity between States so that the fundamental interests of the International Community as a whole can be protected, and, no doubt, the vital resources and the climate system which make progress possible form part of the interests of humankind.

But, besides, and in relation with this, it seems to us that it is necessary to establish a difference in legal regulation between, on the one hand, those natural resources which can be exploited essentially with the aim of making their owners develop economically, and, on the other, certain natural resources which, due to their constituting essential elements for life and its conservation – and climate falls within this category – should be managed, independently of their geographical situation, in the benefit of humankind as a whole. We are in the presence of *res communis* things which, due to their character as being indispensable to life, belong to the whole human race, thus removing them from the list of general commodities. These are resources that nature has produced for the use of one and all, for today and tomorrow. These things are common property, more than simply the sum of the private interests of each State. In our opinion, the use of basic ecosystems should be regulated by international norms within permanent institutional frameworks. In this sense, we believe that the international cooperation aimed at combating and adapting to global warming should be channeled through international norms and within the framework of an effective International Organization with universal powers.

Due to the nature of exhaustible resources, water, the atmosphere or biological diversity, subject to the risks of use and abuse and of climate change some common rules are necessary to guarantee their common use and permanence. It is necessary to go beyond sovereign agreements and reciprocity, to reach the recognition of the common interest they have for the whole of humankind. However, it is clear that States are reluctant to accept a process whereby their objective responsibility and accountability is contemplated, together with the obligation to provide the economic and human instruments to control their activity internationally.

Nowadays, humanity, without being subject to International Law in a strict sense is the object of certain international norms, and, as such, enjoys a heritage of which the climate system and these vital resources form part. Transmitting the heritage to future generations, including the climate system and vital natural resources, should be our aim. This heritage should not be wasted or thrown away and there is one part (vital resources) and one

context (the climate) which should be left untouched, otherwise the whole of the system will suffer. These are, definitively, unique irreplaceable reserves, which should be passed on to future generations independently of where they are to be found. There is a higher right, to be exercised and enjoyed over these reserves, above the right of States over their territory, as in the formula coined by R. J. Dupuy when he refers to the resources of the Earth, a higher right in the interests of the whole of humanity.

We are dealing with widening the notion of traditionally restricted judicial limits, as is that of a common human heritage, to include new situations where the actual survival of the human race and life on the Planet is at stake, and therefore not only the present quality of life but that of future generations. This approach stresses the principle of generational equality and the right of future generations to inherit and enjoy an environment in which they can survive.. It would be necessary, or at least convenient, to think of creating a permanent institutional structure, provided with financial capacity and empowered to initiate specific policies, supervise their application and sanction failure to comply. In this sense, the creation of an International Climate Authority, in line with the International Seabed Authority (ISBA), could build an International Organization with sufficient powers to make the different stakeholders negotiate and take any measures deemed necessary.

Vital resources, in our opinion, are not merely a concern for humanity, but should form part of a common environmental heritage of humankind, and as such should: be free of all State or private appropriation; be accessible to all and managed by an International Organization and not by the individual States; the economic benefits from their exploitation should be shared out with equality paying particular attention to the poorest countries (compensatory inequality); their exploitation should only be with peaceful aims; and the integrity, or wholeness, of the reserves should be protected for future generations (sustainable development).

These resources, moreover, are affected by the climate change and global warming which has already started. Faced with this situation, it is no good for some countries to adopt severe effective policies regarding global warming while others turn a blind eye or are economically incapable of applying necessary measures. The challenge is a global one, while the actors are not all prepared to the same degree, and the answers, as we have seen, largely ineffective or at least of variable effectiveness, while the interests affected are single, common ones: those of humanity as a whole.

In our opinion, in the case of resources such as water, the atmosphere and biological diversity, which are essential for humanity, the dimension of simple survival should be of primordial importance as against commercial interests. We are dealing with *rex extra commercium*, which, in our opinion, is outside the range of mere business interests, given that these are not – or should not be – subject to commercial transactions according to the rules holding in the marketplace, but common to humankind.

In this sense, it can be argued that the climate system has a dimension as part of its patrimony which involves the idea of transmitting a life-bearing climate system to future generations.

4. CONCLUSIONS

The least-developed countries are, then, more vulnerable to climate change and global warming. So it is essential to reinforce their ability to adapt, and to encourage sustainable development. In agreement with the principle contained in the framework United Nations Convention on Climate Change that speaks of the “common but different responsibilities and their respective capacities” the developed countries must make most of the effort, but it will be impossible to control climate change and global warming without cooperation from the developing countries as well, since it is foreseeable that their emissions will overtake those of the industrialized world around 2020. In this line, the developed countries will need to take the initiative in the fight against global warming, considerably increasing their efforts to reduce the emission of greenhouse gases and also increasing their financial and technological cooperation with the developing countries. Meanwhile the latter, for their part, will have to adopt the path of sustainable development, incorporating environmental matters in their national development plans. In particular, developing nations should plan long-term development with low carbon emissions.

People are increasingly aware of the dangers of climate change, and of the necessity to protect the global climate against the overheating of the atmosphere. In this sense, it is estimated that the uncontrolled release of greenhouse gases produced, especially, by combustion in industrial plants and motor vehicles is producing an increase in the average temperature of the Earth which could surpass 2°, thus causing irreversible and potentially catastrophic changes. The ever-increasing demand for energy and food supplies makes the fight against climate change more difficult. This fight

needs to be carried out from a multilateral point of view, with the United Nations being the most appropriate institution to lead it (or from an International Climate Authority integrated within the United Nations system). Efforts to reduce must be based, firstly, in the principle of solidarity and the need for sustainable economic growth. In this sense, a different focus is needed which will take into account the geographical location of the different States, the characteristics of their industries and their level of development.

But also, secondly, efforts to reduce should also pay attention to the principle of intergenerational equity which supports the notion of humanity. In this sense, the texts of International Law which we have mentioned, stress sustained development as their first priority, through which we try to guarantee satisfactory living conditions for present and future generations. And these conditions will only be achieved if we assure the survival of the Earth's natural resources, both global and diverse, and the survival of a climate which will permit their permanence. We need to reach an environmental common ground which will provide sustainable economic prosperity. The States, but also other international subjects and actors, such as International Organizations, individuals and multinational companies, will be bound to protect the climate system in the benefit of present and future generations, based on equality and in agreement with common responsibilities.

The need to regulate internationally the exploration, exploitation and management of natural resources from the point of view of sustainable development generates two difficulties. The first one springs from the fact that certain legal norms quickly become obsolete as a consequence of scientific and technological dynamism, thus producing a gap between rules and reality. In this situation, which by its very nature will always recur, it will be necessary to resort to the principles which inspire those rules and resort to the procedures which will allow the peaceful solution of conflicts. The second difficulty arises from the fact that such regulation is a real crossroads where several increasingly autonomous branches of International Law meet. Such is the case of International Environmental Law, International Trade Law, the International Law of development, or the International Law of the Sea, which can all mean the fragmentation or division into sectors of the International legal order. Faced with this situation, a complementary interpretation of these rights and an integrated application of the rules are both necessary.

Obviously, approaching the notion of common human heritage from a formal legalistic perspective would exclude vital resources and the climate system. But, in our opinion, the evolution of the International Community, the dimension of these resources as part of our heritage, and the need to pass them on, would all make it possible to apply to them the fundamental principles of the common human heritage and free them, in this way, from all kinds of State or private appropriation, and would make them accessible to all, with their management carried out internationally and in an institutionalized way, taking particularly into account the unequal development of nations.

BIBLIOGRAPHY

1. CARRILLO SALCEDO, J. A. – “Le concept de patrimoine comun de l’humanité“, in *Hommage à R. J. Dupuy. Ouvertures en Droit international*, ed. Pedone, Paris, 2000.
2. CHEMILLIER-GENDREAU, M. – *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du Droit international*, ed. La Découverte, Paris, 1995.
3. GORDILLO, J. L. (coord.) – *La protección de los bienes comunes de la humanidad. Un desafío para la política y el derecho del siglo XXI*, ed. Trotta, Madrid, 2001.
4. PAQUEROT, S. – *Le statut des ressources vitales en droit international*, ed. Bruylant, Bruxelles, 2002.
5. PUREZA, J. M. – *El patrimonio común de la humanidad: ¿Hacia un Derecho internacional de la solidaridad?*, ed. Trotta, Madrid, 2002.
6. SARASÍBAR IRIARTE, M. – *Régimen jurídico del cambio climático*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2006.
7. SMITH, J.; SHEARMAN, D. – *Climate Change Litigation. Analysing the law, scientific evidence & impacts on the environment, health and property*, ed. Presidian, Adelaide, 2006.
8. SOBRINO HEREDIA, J. M. (coord.) – *Mares y océanos en un mundo en cambio: tendencias jurídicas, actores y factores*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

MEDIATION AND POLITICS CAN DEMOCRACY BE REINVENTED IN AN ERA OF DIRECT COMMUNICATION?

Mediator Thierry GARBY

President of Mondial Mediation Centres Forum

Western democracy appeared and evolved over time between the 16th and the 19th century. This was a period when few people travelled; travelling was slow; there was no long distance communication and mass media were being created.

In those times, a limited number of citizens could read and write and very few had a level of education that allowed them to understand the political and economical issues that their country was facing.

Furthermore, there was no way to resolve conflicts of interests other than an authority making a decision that would be imposed by constraint on those who would resist it.

As long as communities were small, direct conversation between individuals allowed both the discussion of public issues and the resolution of disputes. The local authority would only intervene in case of a deadlock.

The national or imperial authority would only take care of issues concerning the whole nation or empire.

As communities grew and the economy became more powerful, direct conversation was not any more a means to discuss political and economical issues which directly affected the citizens.

As citizens could not communicate with the sovereign, they had to have representatives. Such representatives were chosen in consideration of their personality and their global ideas (conservative, liberals etc.).

Once they were chosen, representatives had little contact with their constituency. They lived far away from their voters and would only report once in a while. The representatives became the decision makers.

The situation has very much changed. Travelling has become faster, easier and cheaper, the telephone can reach us anywhere and at any time, most of us have attained a high level of understanding of political issues and the number of people understanding and the degree of their understanding is rising all over the world. Finally, the Internet allows each of us to instantly

communicate with everyone (receiving and sending information or opinions).

In other words, the reasons for the representative system have disappeared. This does not mean that the system should disappear. It invites us to ask ourselves the following question: does the evolution of societies and of technologies allow us to create a better political system?

This is what we want to address.

Most political decisions are affecting the interests of various groups of citizens in various ways. They create actual or potential conflicts. The present structure of power is such that all the groups only talk to the power (the government and the parliament). They very seldom talk to each other.

When they do, they have little chance to reach an agreement. They know that, in cases of disagreement, the government will make the decision. Therefore, they tend not to be flexible in negotiation. They want to show to the government how important the question is for them, in the hopes that those in power will make a decision in their favour. This prevents them from showing any creativity. They have to stick to the conflict and can hardly create new options. Groups are not organised to talk to each other on a horizontal basis. They are organised to talk to the government.³⁰

For instance, if we want to discuss water allocation, this is usually done on the basis of each town talking to another one.

There is usually no structure which will allow city dwellers, farmers and industrial companies to discuss their respective needs together with the authorities. The town, which is usually the authority in charge of managing water resources, is not necessarily the appropriate authority to organise this debate (which cannot be repeated for each village).

Finally each group will ask its representatives to lobby and try to influence the mayor or the parliament or the government in order to obtain the most favourable decision for its interests and the general interest is not taken into account by these groups.

General interest is not even a value for such lobbyists, who only concentrate on the interests of their constituency.

If the various groups do negotiate and unexpectedly reach an agreement, nothing will guarantee that the agreement will be followed by the authorities.

If you consider things in the financial perspective, they are even more absurd. You currently hear expressions such as “the government is

³⁰ Obviously, this varies considerably from country to country.

paying...”, “the government is making an effort...”. This is wrong. This money is not the government’s. It is ours. It is taken from us to be paid to us. The question is who of us will pay and who will receive the money. It is our concern first. Today, it appears to only be the government’s concern because it receives money indifferently and distributes it in a selective way.

It is my belief that things could be viewed and organised a different way.

Today, from a technological point of view, we can intervene directly in the discussion of these problems.

In developed countries, most stakeholders have sufficient education to understand their problems, the other stakeholders’ problems and the general interest. We can easily and inexpensively travel to discuss our problems with each other. We can also communicate without meeting (telephone, video-conference, e-mail) etc.

It is also easy to structure the discussion by actual groups and subgroups on the internet.

The real challenge of this is how best to actually structure the discussion. If you open the discussion to every one it may become chaos rather quickly, unless there is some one who does a number of things such as:

1. Identifying the stakeholders in terms of groups and possible subgroups as well as individuals (if any) with special problems;
2. Helping each group and subgroup express its fundamental interests (rather than positions) and define priorities among these interests;
3. Invite each group to appoint spokesmen (who differ from representatives as their autonomy is very limited) to take part in negotiations with other stakeholders;
4. Help each group to find rules to ensure that the spokesman actually expresses the views of his constituency at the various stages of the negotiation;
5. Organise the discussion within each group specific to new issues which may be raised in the negotiation;
6. Facilitate the negotiation between the spokesmen;
7. Design procedures to allow creativity in the negotiation;
8. Ensure that the agreements are properly formulated and brought to the government.

This is a mediator's job. This is not a politician's work. It is a very technical job that encompasses the process of organising, facilitating and stimulating communication between people and groups.

What you can expect of this kind of procedure is:

1. All interests at stake will be taken into account;
2. All stakeholders will have played a role in the designing of a solution;
3. All stakeholders should better adhere to the solution than to one which would have been imposed on them by an authority;
4. A broader and deeper feeling of comfort is experienced by the individuals within the community and reduces the opportunity or risk of violence.

This process will result in double efficiency.

1. It will help better solve the problems at stake.
2. It will also improve the overall social relationship and prevent a large number of conflicts which are actually less due to external factors than to negative relationships between individuals and/or groups.

This method is certainly not intended to decrease the role of politicians. On the contrary, it allows them to fully play their real role rather than act like postmen bringing their voters' claims to the government.

Their role would expand to ensure the following:

1. Make sure that the negotiation of a problem will not create solutions which would generate problems somewhere else. This is the concept of general or public interests. The government is a stakeholder in any negotiation in so far as it is in charge of the general interests of the population. As such, if the government realises, in the course of a negotiation, that it should include more stakeholders, it should be able to ask the mediator to involve these new stakeholders. The government should also be able to draw lines to limit the creativity of the negotiators and avoid the adoption of solutions unacceptable to all or part of the rest of the community.
2. The government and the Parliament are the only ones in charge of making the results of the negotiation a rule of law and of deciding on the sanctions of this rule.

3. The government remains the executive and, as such, is in charge of the implementation of the rule.

Mediation is not only a means to resolve and prevent individual conflicts. It can also be most efficient in collective matters such as political, social, environmental matters.

In such cases, it not only facilitates the relationship, It helps the authorities identify the stakeholders and in turn helps the stakeholders become organized in order to negotiate in the most appropriate way for themselves and the community.

Though this article has been calling for mediation directly between the citizens, mediation at the present stage can also be used in negotiations between representatives.

Mediations between representatives are far more difficult because the representatives have two sets of interests which may be in conflict:

1. They have to defend the interests of their constituency;
2. They have to try to be re-elected which implies that they have to beat the other party or parties.

If you add to this that the constituency of a representative may not be homogenous, you realise that mediating such disputes may become quite difficult.

The present system creates conflicts more than it resolves them and it mainly resolves them by placing restraints on the minority. It may thus generate new conflicts because it creates a potential motivation for revenge.

This consideration is an additional reason to initiate such mediations urgently, even if they may be quite difficult.

It will more clearly confront politicians to public interest rather than to local or categorical interests. It will give them means and reasons to better perform their tasks.

Democracy will be better served by mediating the main political issues than by imposing the brutal majority rule.

Mediating between representatives would bring about significant progress. If it also appears between citizens group, it will be a major and quite beneficial change in the structure of democracy resulting in a release in tension and bringing greater peace into our nations.

ADMINISTRAREA SOCIETĂȚILOR COMERCIALE POTRIVIT SISTEMULUI DUALIST. ASPECTE DE DREPT COMPARAT

Profesor universitar doctor Smaranda ANGHENI
Facultatea de Drept, Universitatea Titu Maiorescu București

ABSTRACT

Management Company under two-tier system is a novelty in the Romanian legislation on companies, legislation recently modified according to EU rules in order to harmonize national legislation with the EU. The corporate organization and especially management company is known in the juridical framework of other Member States of the European Union, which led Romanian legislature to adopt these regulations which provides that in certain situations it is mandatory that two-tier system management companies .

administrarea societăților comerciale, sistemul dualist, drept comparat

Potrivit Legii nr. 441/2006 și O.U.G. nr.82/2007, de modificare a Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale, administrarea societăților se poate face, fie potrivit sistemului unitar, fie sistemului dualist existent în dreptul german.

Organizarea conducerii societății în sistem dualist se bazează pe două organe de conducere: directoratul și consiliul de supraveghere

Administrarea societăților comerciale potrivit sistemului dualist reprezintă o noutate în legislația română privind societățile comerciale, legislație care, în prezent, a suferit modificări potrivit normelor comunitare, în scopul armonizării legislației interne cu cea din Uniunea Europeană. Sistemul corporatist de organizare și mai cu seamă de administrare a societăților comerciale este cunoscut în legislațiile altor state membre ale Uniunii Europene, fapt care a determinat legiuitorul român să adopte prezentele reglementări în care se prevede că în anumite situații este obligatorie administrarea societăților comerciale potrivit sistemului dualist.

1. INTRODUCERE

Una dintre măsurile legislative de absolută noutate introduse pe scena dreptului românesc privind societățile comerciale. Este posibilitatea administrării acestora în sistem dualist.

Înscriindu-se pe linia receptării și aplicării principiilor guvernării corporatiste adoptate de către O.C.E.D., legiuitorul român, prin Legea nr. 441/2006 de modificare a Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale, a reglementat modul de conducere și administrare a societăților comerciale pe baza a două sisteme, respectiv **sistemul unitar, specific dreptului francez** și al celor de inspirație franceză, inclusiv al dreptului românesc, unicul sistem până la adoptarea legii nr.441/2006, în care administrarea societăților comerciale, mai cu seamă, a societăților pe acțiuni, revine unui consiliu de administrație care poate delega atribuțiile directorilor. Separat de sistemul unitar de administrare, legiuitorul român, inspirându-se din **dreptul german**, amenajează în Legea 441/2006, cel de-al doilea sistem de administrare a societăților comerciale, respectiv **sistemul dualist**, specific societăților pe acțiuni, sistem care se bazează pe două structuri (capete) diferite de conducere și administrare și anume: **directoratul și consiliul de supraveghere**.

Administrarea societăților pe acțiuni de câte un directorat și un consiliu de supraveghere răspunde distincției fundamentale între **funcțiile de conducere** (direcției) și cele de **control** ale directorilor.

În formula tradițională, administrarea societății este asumată de consiliul de administrație și, în mod egal de către directori care, au obligația administrării curente a societății. Astfel, potrivit art.143 din Legea nr. 31/1990, republicată și modificată, consiliul de administrație poate delega conducerea societății unuia sau mai multor directori, numind pe unul dintre ei director general, fie că aceștia sunt dintre membrii consiliului de administrație fie din afara consiliului.

Prin reglementarea celor două sisteme de administrare a societăților comerciale pe acțiuni, legiuitorul creează posibilitatea pentru asociați să opteze încă din momentul constituirii societății, fie pentru **sistemul unitar de administrare**, fie pentru **sistemul dualist**. De altfel, potrivit art.294 din Legea nr. 441/2006 și art. IV din O.U.G. nr. 82/2007, societățile pe acțiuni înregistrate în registrul comerțului la data intrării în vigoare a acestor reglementări trebuie să opteze pentru unul din sistemele de administrare

prevăzute de lege în termen de 6 luni, iar până la finalizarea demersurilor, societatea va putea funcționa cu structura de administrare existentă la data intrării în vigoare a O.U.G. nr. 82/2007. Ulterior momentului constituirii societății, opțiunea cu privire la modul de administrare potrivit unuia din cele două sisteme se realizează **pe baza hotărârii adunării generale extraordinare a acționarilor**, de modificare a actului constitutiv.

Tot ca dispoziție cu caracter general, evidențiem art.153 alin.3 din legea nr.441/2006, de modificare a legii nr.31/1990, în care legiuitorul prevede, printr-o normă indirectă, necesitatea efectuării auditului financiar în cazul societăților care au optat pentru sistemul dualist.

2. DIRECTORATUL

În cazul societăților care optează pentru sistemul dualist, **conducerea acesteia revine în exclusivitate directoratului**, care trebuie să încheie actele **necesare și utile** realizării obiectului de activitate al societăților, cu excepția celor care, potrivit voinței asociaților sau care, potrivit legii, sunt un atribut al consiliului de supraveghere sau al adunării generale a acționarilor.

Ca și în cazul consiliului de administrație, în sistemul unic de administrare, directoratul poate fi format din unul sau mai mulți membri, numărul acestora fiind **totdeauna impar**. În ipoteza în care, directoratul este constituit dintr-un singur membru, acesta poartă denumirea de **director general unic**.

Desemnarea unui singur membru al directoratului este interzisă în cazul societăților pe acțiuni ale căror situații financiare anuale fac obiectul unei **obligații legale de auditare**, pentru care, legiuitorul, în art.153¹ alin.5 din legea nr.31/1990, republicată și modificată, prevede că directoratul trebuie să fie format din cel puțin trei membri.

Comparând dispozițiile cuprinse în art.153 alin.3, art.153¹ alin.5 și art.160¹ din lege, observăm că, pe de o parte, legiuitorul prevede obligativitatea efectuării auditului financiar în toate societățile pe acțiuni care optează pentru **sistemul dualist** iar pe de altă parte, numărul membrilor directoratului poate fi, după caz, unul sau minim 3, după cum societățile sunt supuse obligației legale de auditare, indiferent că optează pentru sistemul unitar sau dualist de administrare sau că această obligație de auditare este o consecință a faptului că au optat pentru sistemul dualist.

Având în vedere conducerea și administrarea societății pe baza a două structuri cu rol diferit, directorat și consiliu de supraveghere, membrii

directoratului nu pot fi în același timp membri ai consiliului de supraveghere, sistem care, și prin această trăsătură, se deosebește de sistemul unitar, în care directorii pot fi numiți chiar dintre membrii consiliului de administrație. Consiliul de supraveghere este îndreptățit, potrivit legii, să desemneze componența membrilor directoratului, atribuind unuia dintre ei, funcția de președinte.

Totodată, revocarea membrilor directoratului se realizează tot de către consiliul de supraveghere, potrivit **principiului simetriei**. Cu toate acestea, actul constitutiv poate să prevadă, că revocarea membrilor directoratului se poate face prin hotărârea **adunării generale ordinare a acționarilor**.

Dacă legiuitorul prevede în art. 153¹² alin 4, posibilitatea revocării membrilor directoratului pe baza hotărârii adunării generale ordinare, este posibil ca acest lucru să se hotărască și în cadrul unei adunării generale extraordinare, prin aplicarea regulii „cine poate mai mult, poate și mai puțin”, mai cu seamă că, în discuție se pune problema modificării actului constitutiv, modificare care este de competența adunărilor generale extraordinare.

Cu privire la revocarea abuzivă sau „fără justa cauză”, membrii directoratului sunt îndreptățiți să solicite obligarea societății la plata daune – interese. În nici un caz membrii directoratului revocați din funcție, chiar abuziv, nu pot ataca hotărârea Adunării Generale a Acționarilor sau decizia Consiliului de supraveghere privind **revocarea lor din funcție**. Rațiunea pentru care legiuitorul a prevăzut în art. 132 imposibilitatea solicitării anulării AGA de către administratori sau directori este legată de natura raporturilor juridice care există între administratori (directorat) pe de o parte, și societatea comercială pe de altă parte, raporturi întemeiate pe contractul de **mandat**, a cărui trăsătură esențială este caracterul „intuitu personae”, încrederea pe care o are societatea, respectiv asociații, în persoana sau persoanele desemnate să conducă și să administreze patrimoniul societății. În măsura în care această încredere a dispărut, evident că, membrii directoratului pot fi revocați prin voința unilaterală a Consiliului de supraveghere sau a Adunării Generale a Acționarilor.

Drepturile și obligațiile membrilor directoratului sunt aceleași ca și pentru membrii Consiliului de administrație. Dintre obligațiile principale ale membrilor directoratului sunt: obligația de **loialitate**, **obligația de confidențialitate**, **obligația de prudență și obligația diligență**, de **profesionalism**

(manager) și, ca noutate a Legii nr.441/2006, **obligația de asigurare profesională**.

Totodată, membrii directoratului ca, de altfel, administratorii societăților pe acțiuni nu pot avea calitatea de salariat (angajat) al societății pe perioada executării mandatului și dacă au avut acest statut, de salariat, până în momentul **desemnării și acceptării** funcției respective, contractul de muncă **încetează** (art.137¹ alin 3 din Legea nr.441/2006, coroborat cu O.U.G. nr. 82/2007).

Directoratul reprezintă societatea în relațiile cu terțele persoane și în justiție, acționând de regulă, împreună, existând posibilitatea ca, prin acordul unanim al membrilor, unul dintre aceștia să fie împuternicit să încheie anumite operațiuni sau tipuri de operațiuni. Oricum, membrii directoratului nu pot fi **decât persoane fizice**.

3. CONSILIUL DE SUPRAVEGHERE

Consiliul de supraveghere execută controlul activității de conducere a societății de către directorat, raportând adunării generale a acționarilor, cel puțin o dată pe an, cu privire la activitatea de supraveghere desfășurată.

Componenta Consiliului de supraveghere este stabilită prin actul constitutiv al societății sau, ulterior, de către Adunarea Generală a Acționarilor.

Dacă în privința directoratului, membrii nu pot fi decât persoane fizice, în schimb, în structura Consiliului de supraveghere pot fi atât persoane fizice cât și juridice.

Numărul membrilor Consiliului de supraveghere poate fi de minim 3 până la 11 membrii, fiind condus de un președinte, ales de Consiliu, dintre membrii săi.

Atât la nivelul Consiliului de Supraveghere cât și la nivelul Consiliului de administrație (în sistemul unitar de administrare) pot fi constituite diferite Comitete consultative, în domenii cum ar fi: auditul, remunerarea membrilor directoratului și ai consiliului de supraveghere și a personalului, sau nominalizarea de candidați pentru diferitele posturi de conducere.

4. ASPECTE DE DREPT COMPARAT

În dreptul francez³¹ formula directoratului și a consiliului de supraveghere reprezintă o „imitație” a dreptului german referitor la societățile anonime, care distinge între Vorstand și Aufsichtsrat. Legea franceză din 1966 a avut în vedere separarea **conducerii (direcției)** asumată de directorat și controlul încredințat **consiliului de supraveghere**.

Condițiile mai ușoare (suple) de acces la directorat au creat posibilitatea pentru persoane care nu aveau calitatea de acționari de a intra în societate ca **manageri**.

Totuși, sistemul dualist de administrare a societăților anonime pe acțiuni nu a înregistrat un succes răsunător, statistica înregistrând în anul 2002 doar 4% din totalul societăților care au optat pentru directorat și consiliu de supraveghere. Aspectele noi, moderne ale sistemului dualist, nu au dat rezultatele scontate deoarece, structura sistemului dualist nu este convenabilă.

Pe de o parte, sistemul dualist nu este convenabil din cauza caracterului colegial al directoratului dificil de conciliat cu ideea de unitate în privința deciziilor iar pe de altă parte datorită formalismului impus de existența a două categorii de organe. Cu toate acestea, sistemul dualist de conducere și administrare reprezintă o aplicare a principiilor guvernării corporatiste a întreprinderilor uneori cu avantaje pe plan financiar și mai cu seamă, în cazul societăților anonime de tip nou.

Sintetizând avantajele sistemului dualist de conducere și administrare, în dreptul francez³² pot fi reținute următoarele:

Sistemul nou, modern are în vedere separarea funcțiilor de direcții de cele de control; asigură securitatea și stabilitatea funcțiilor membrilor directoratului care, în **dreptul francez, pot încheia un contract de muncă cu societatea**; membrii directoratului nu pot fi revocați decât de adunarea generală a acționarilor; membrii directoratului pot fi aleși din afara acționarilor; răspunderea membrilor consiliului de supraveghere este atenuată deoarece, principala răspundere aparține membrilor directoratului.

³¹ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, Droit des sociétés, Ed. Litec, 16 ed Paris, 2003, p.325 – 335. P. Dalian, Droit des sociétés, ITEC, Paris, 2006.

³² P. Dalian, op. idem p. 57-58

BIBLIOGRAFIE

- M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, Droit des sociétés, Ed. Litec, 16 ed Paris, 2003;
- P. Dalion, Droit des sociétés, ITEC, Paris, 2006.

- Legea nr. 441/2006 pentru modificarea legii societăților comerciale, publicată în M.Of.Partea I nr. nr. 955 din 28/11/2006;
- O.U.G. nr. 82/2007, pentru modificarea Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale și a altor acte normative incidente, publicată în M.Of.Partea I nr. 446/29 iunie 2007;

NORME NOI ÎN DREPTUL COMUNITAR AL MUNCII ȘI IMPACTUL LOR ASUPRA LEGISLAȚIEI AUTOHTONE

Prof. univ. dr. Nicolae VOICULESCU
Prodecan Facultatea de Drept,
Universitatea Titu Maiorescu București

ABSTRACT

At European Union level there is obvious concern to improve the legal and institutional framework designed to improve the institutions in the social field. Negative developments in financial and economic recorded globally last year requiring responsible community approaches to achieve the objective of establishing a social market economy as set out in the Treaty of Lisbon. Among them fall and recent legislative developments aimed at streamlining the European market in conjunction with providing a satisfactory level of social security. In what follows we intend to pass in review the main provisions contained in two recent directives, namely: Directive 2008/104/EC on temporary agency work and Directive 2008/94/EC on the protection of employees in the event of the insolvency of their employer (Codified version). Also, taking into account the need to improve the legal framework in Romania following the new Community standards, the author make some brief considerations of possible legislative action should be taken.

piața forței de muncă, principiul egalității de tratament, drept comunitar al muncii

La nivelul Uniunii Europene există evidente preocupări pentru a ameliora cadrul juridic și instituțional menit să eficientizeze acțiunea instituțiilor comunitare în domeniul socialului. Evoluțiile negative financiare și economice înregistrate la nivel global în ultimul an impun responsabililor comunitari abordări noi în vederea atingerii obiectivului instituirii unei economii sociale de piață prevăzut în Tratatul de la Lisabona. În rândul acestora se înscriu și evoluțiile legislative recente care vizează flexibilizarea pieței muncii europene în corelație cu asigurarea unui nivel

satisfăcător de securitate socială. În cele ce urmează ne propunem să trecem în revistă principalele prevederi conținute de două recente directive comunitare. De asemenea, luând în considerație necesitatea ameliorării cadrului juridic românesc în consonanță cu noile standarde comunitare, vom face scurte considerații privind eventuale acțiuni legislative necesar a fi întreprinse.

I. Directiva 2008/104/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 19 noiembrie 2008 privind munca prin agent de muncă temporară

Această directivă³³ a fost adoptată în contextul în care s-au constatat diferențe considerabile la nivelul utilizării muncii temporare și la nivelul situației juridice, al statutului și al condițiilor de muncă pentru lucrătorii prin agent de muncă temporară în cadrul Uniunii Europene.

De aceea, directiva stabilește un cadru de protecție pentru lucrătorii temporari, care este nediscriminatoriu, transparent și proporțional și respectă diversitatea piețelor muncii și ale relațiilor între partenerii sociali.

Trebuie să menționăm că și la nivelul Organizației Internaționale a Muncii a fost adoptată o convenție în această materie, și anume *Convenția nr. 181/1997 privind agențiile de ocupare private*, neratificată de România³⁴, precum și *Recomandarea corespondentă nr. 187/1997 referitoare la agențiile private de ocupare a forței de muncă*.

Principiul avut în vedere de directiva europeană este acela conform căruia condițiile de muncă și de angajare de bază aplicabile lucrătorilor temporari ar trebui să fie cel puțin acelea care s-ar aplica lucrătorilor în cazul în care aceștia ar fi recrutați de întreprinderea utilizatoare pentru a ocupa același loc de muncă.

Contractele de muncă pe durată nedeterminată reprezintă forma generală de raport de muncă. În cazul lucrătorilor care au încheiat un contract pe durată nedeterminată cu agentul de muncă temporară, având în vedere protecția specială pe care o oferă acest tip de contract, ar trebui să se introducă o dispoziție care să permită excepții de la regulile aplicabile în întreprinderea utilizatoare.

³³ Publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, *seria Legislație nr. 327, 5.12.2008, p. 9-14.*

³⁴ La 1 martie 2009 un număr de 21 state membre ale O.I.M. ratificaseră această convenție.

Îmbunătățirea protecției minime pentru lucrătorii temporari trebuie să fie însoțită de revizuirea oricăror restricții sau interdicții care au fost impuse pentru munca temporară. Acestea pot fi justificate numai de interesul general privind, în special, protecția lucrătorilor, cerințele privind siguranța și sănătatea la locul de muncă și necesitatea de a asigura funcționarea corespunzătoare a pieței muncii și prevenirea abuzurilor.

Conform art. 1 alin.1), directiva se aplică lucrătorilor care au încheiat un contract de muncă sau se află într-un raport de muncă cu un agent de muncă temporară și care sunt puși la dispoziția unor întreprinderi utilizatoare pentru a lucra temporar sub supravegherea și conducerea acestora.

Obiectivul directivei este acela de a asigura protecția lucrătorilor temporari și de a îmbunătăți calitatea muncii prin agent de muncă temporară prin asigurarea aplicării principiului egalității de tratament, astfel cum este prevăzut la articolul 5, lucrătorilor temporari și prin recunoașterea agenților de muncă temporară în calitate de angajatori, ținând seama în același timp de necesitatea de a stabili un cadru corespunzător pentru utilizarea muncii temporare în vederea contribuției în mod efectiv la crearea de locuri de muncă și la dezvoltarea unor forme de muncă flexibile (Articolul 2).

Statele membre nu trebuie să excludă din domeniul de aplicare al directivei lucrători, contracte de muncă sau raporturi de muncă exclusiv pe motiv că se referă la lucrători care muncesc cu fracțiune de normă, lucrători cu contract pe durată determinată sau persoane care au un contract de muncă sau se află în raporturi de muncă cu un agent de muncă temporară (art.3).

Directiva 2008/104/CE instituie, de asemenea, o serie de principii în beneficiul lucrătorilor temporari. Acestea sunt următoarele:

- *Principiul egalității de tratament.* Conform art. 5, alin.1), condițiile de bază de angajare și de muncă aplicabile lucrătorilor temporari sunt, pe durata misiunii de muncă temporară în cadrul unei întreprinderi utilizatoare, cel puțin acelea care s-ar aplica lucrătorilor în cazul în care aceștia ar fi fost recrutați direct de întreprinderea utilizatoare respectivă pentru a ocupa același loc de muncă.
- *Accesul la un loc de muncă, la beneficii colective și la formare profesională.* În aplicarea acestui principiu, lucrătorii temporari sunt informați cu privire la existența oricărui loc de muncă vacant în întreprinderea utilizatoare, pentru a li se acorda aceeași oportunitate de a ocupa un loc de muncă permanent ca și celorlalți lucrători din

întreprinderea utilizatoare respectivă (art.6 alin.1). Orice clauză care interzice sau poate împiedica încheierea unui contract de muncă sau stabilirea unui raport de muncă între întreprinderea utilizatoare și lucrătorul temporar, după încheierea misiunii acestuia, este nulă și neavenită sau poate fi declarată nulă și neavenită (alin.2).

- *Reprezentarea lucrătorilor temporari.* Lucrătorii temporari sunt luați în considerare, în condițiile stabilite de statele membre, la calcularea pragului peste care se formează organismele care îi reprezintă pe lucrători, stabilite prin legislația comunitară și națională și prin convențiile colective, la nivelul agentului de muncă temporară. Totodată, statele membre pot stabili că, în condițiile definite de acestea, lucrătorii temporari sunt luați în considerare la calcularea pragului peste care se formează organismele care îi reprezintă pe lucrători, stabilite prin legislația comunitară și națională și prin convențiile colective, la nivelul întreprinderii utilizatoare, în același fel ca și în cazul în care aceștia ar fi lucrători angajați direct de întreprinderea utilizatoare pe aceeași perioadă (art.7).
- *Informarea reprezentanților lucrătorilor.* Fără a aduce atingere dispozițiilor naționale și comunitare cu privire la informare și consultare, care sunt mai stricte și/sau mai specifice, și, în special, Directivei 2002/14/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 martie 2002 de stabilire a unui cadru general de informare și consultare a lucrătorilor din Comunitatea Europeană, întreprinderea utilizatoare trebuie să ofere informații corespunzătoare cu privire la utilizarea lucrătorilor temporari atunci când pune la dispoziție informații cu privire la situația încadrării personalului din întreprindere organismelor care reprezintă lucrătorii înființate în conformitate cu legislația națională și comunitară (art.8).

Statele membre trebuie să prevadă măsuri corespunzătoare în cazul nerespectării directivei de către agentul de muncă temporară sau de către întreprinderea utilizatoare. Acestea se asigură în special că sunt disponibile proceduri administrative sau judiciare adecvate pentru a permite asigurarea respectării obligațiilor care decurg din directivă. Statele membre stabilesc regimul sancțiunilor aplicabile în cazul încălcării legislației naționale adoptate pentru punerea în aplicare a prezentei directive și iau toate măsurile

necesare pentru a asigura aplicarea acestora. Sancțiunile prevăzute trebuie să fie eficace, proporționale și cu caracter de descurajare (art.10)³⁵.

Codul muncii român reglementează *munca prin agent de muncă temporară* în cuprinsul Capitolului VII al Titlului II (art.87-100)³⁶. În context, munca prin agent de muncă temporară considerată ca fiind munca prestată de un angajat temporar care din dispoziția unui agent de muncă temporară, prestează munca în favoarea unui utilizator (art. 87(1)).

Un utilizator nu va putea apela la agenți de muncă temporară decât pentru executarea unei sarcini precise cu caracter temporar, denumită în Codul muncii *misiune de muncă temporară*, și doar în următoarele *situații*: înlocuirea unui salariat al cărui contract individual de muncă este suspendat, pe durata suspendării, prestarea unor activități cu caracter sezonier, precum și pentru prestarea unor activități specializate sau ocazionale (art.88).

Misiunea de muncă temporară se stabilește pentru un termen care nu poate fi mai mare de 12 luni, durată ce poate fi prelungită o singură dată pentru o perioadă care, adăugată la durată inițială a misiunii, nu poate conduce la depășirea unei perioade de 18 luni (art.89).

Totodată, prin contractul de muncă temporară se poate stabili o perioadă de probă pentru realizarea misiunii, a cărei durată este fixată în funcție de solicitarea utilizatorului, dar care, în funcție de perioada pentru care este încheiat, nu poate fi mai mare de 5 zile lucrătoare.

Agentul de muncă temporară pune la dispoziția utilizatorului un salariat angajat prin contract de muncă temporară, în baza unui *contract de punere la dispoziție* încheiat în formă scrisă, al cărui conținut este detaliat la art. 90 al Codului muncii.

De asemenea, între agentul de muncă temporară și un angajat temporar se încheie, de regulă pe durata unei misiuni, un contract de muncă temporară.

În plus, contractul de muncă temporară se poate încheia și pentru mai multe misiuni, între misiuni, angajatul temporar aflându-se la dispoziția agentului de muncă temporară (art. 94).

³⁵ Statele membre notifică aceste dispoziții Comisiei până la 5 decembrie 2011. Până la aceeași dată, statele membre adoptă și publică actele cu putere de lege și actele administrative necesare conformării cu această directivă.

³⁶ Vezi analiza din doctrină: I.T. Ștefănescu, *Tratat de dreptul muncii*, Editura Wolters Kluwer, București, 2007, p.415-421, Al.Țiclea, *Tratat de dreptul muncii*, Editura Universul Juridic, București, 2007, p.618-623, I. Păducel, Editura Universitaria Craiova, 2008, p.166-170 ș.a.

Pentru a se evita eventualele abuzuri menite să diminueze exercitarea drepturilor sindicale, utilizatorul nu poate beneficia de serviciile angajatului temporar, dacă astfel urmărește să înlocuiască un salariat al său al cărui contract de muncă este suspendat ca urmare a participării la grevă (art.92).

Pe de altă parte, salariul primit de salariatul temporar pentru fiecare misiune nu poate fi inferior celui pe care îl primește salariatul utilizatorului, care prestează aceeași muncă sau una similară celei a salariatului temporar (art.95 (2)).

Dacă utilizatorul continuă să beneficieze de munca salariatului temporar fără a încheia cu acesta un contract de muncă sau fără a prelungi contractul de punere la dispoziție, se consideră că între acel salariat și utilizator a intervenit un contract de muncă pe durată nedeterminată (art. 98 (3)).

Agentul de muncă temporară care concediază salariatul înainte de termenul prevăzut în contractul de muncă temporară pentru alte motive decât cele disciplinare are obligația de a respecta reglementările privind încetarea contractului individual de muncă (pentru motive care nu țin de persoana salariatului (art. 99).

Prin **Hotărârea Guvernului nr. 938 din 10 iunie 2004 privind condițiile de înființare și funcționare, precum și procedura de autorizare a agentului de muncă temporară**³⁷ au fost reglementate condițiile de autorizare a societăților comerciale care urmează să își desfășoare activitatea ca agent de muncă temporară.

Autorizarea societăților comerciale se face de către Ministerul Muncii, Familiei și Protecției Sociale, prin direcțiile teritoriale (art.4).

Articolul 14 alin. (1) al H.G. nr. 938/2004 enumeră elementele obligatorii pe care trebuie să le conțină contractul de muncă temporară pe care îl încheie agentul de muncă temporară cu salariatul.

Așa cum se prevede și în Codul muncii, contractul de muncă temporară se poate încheia și pentru mai multe misiuni de muncă temporară, fără ca durata acestuia să depășească 18 luni. H.G. 938/2004 precizează însă că pentru fiecare nouă misiune de muncă temporară, între părți se încheie un act adițional la contractul de muncă temporară, în care vor fi precizate toate elementele enumerate la art. 14 alin(1).

³⁷ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, , nr. 589/1.VII.2004. Modificată prin **Hotărârea Guvernului nr. 226 din 24 martie 2005** pentru modificarea Hotărârii Guvernului nr. 938/2004 privind condițiile de înființare și funcționare, precum și procedura de autorizare a agentului de muncă temporară (Monitorul Oficial nr. 277/4 IV. 2005).

Cât privește contractul de punere la dispoziție, în baza căruia agentul de muncă temporară pune la dispoziția utilizatorului un salariat temporar, pe lângă elementele de conținut prevăzute la art. 90 alin.(2) din Codul muncii, art.15 alin.(2) al H.G. 938/2004 adaugă obligația utilizatorului de a efectua instructajul de sănătate și securitate a muncii.

De asemenea, art. 21 reține o serie de obligații suplimentare în sarcina utilizatorului, și anume:

- a) să informeze salariații temporari cu privire la toate locurile de muncă vacante existente, în vederea asigurării egalității de șanse cu ceilalți angajați cu contract individual de muncă pe durată nedeterminată la utilizator, pentru obținerea unui loc de muncă permanent, prin afișarea unui anunț într-un loc accesibil tuturor salariaților care își desfășoară activitatea la utilizatorul respectiv;
- b) să asigure salariatului temporar accesul la cursurile de pregătire profesională pe care le organizează pentru salariații săi;
- c) să pună la dispoziția reprezentanților salariaților informațiile cu privire la utilizarea salariaților temporari, în cadrul informării generale privind ocuparea forței de muncă.

Mai menționăm că art. 23 al H.G. 938/2004 prevede că numărul salariaților temporari va fi luat în considerare la stabilirea pragului minim pentru care sunt aleși reprezentanții salariaților, în condițiile legii, la agentul de muncă temporară, iar art.1 alin.(3) precizează că pot fi încadrați la un angajator agent de muncă temporară și cetățenii străini sau apatrizii, cu domiciliul sau reședința în România.

În condițiile adoptării Directivei 2008/104/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 19 noiembrie 2008 privind munca prin agent de muncă temporară, este evident că prevederile acesteia vor trebui să facă obiectul unui act normativ de transpunere, în termenul prevăzut de aceasta, eliminându-se unele *neconcordanțe sau lacune existente în legislația autohtonă* în vigoare.

Astfel, trebuie reanalizate dispozițiile art. 88 din Codul muncii care limitează *posibilitățile unui utilizator de a apela la agenți de muncă temporară* doar în anumite situații, și anume înlocuirea unui salariat al cărui contract individual de muncă este suspendat, pe durata suspendării, prestarea unor activități cu caracter sezonier, precum și pentru prestarea unor activități specializate sau ocazionale. Or, conform art. 4 al Directivei 2008/104/CE, interdicțiile și restricțiile privind utilizarea muncii temporare

se justifică numai pe motive de interes general privind, în special, protecția lucrătorilor temporari, cerințele privind siguranța și sănătatea la locul de muncă sau necesitatea de a asigura funcționarea corespunzătoare a pieței muncii și prevenirea abuzurilor. De altfel, până la 5 decembrie 2011, statele membre, după consultarea partenerilor sociali, în conformitate cu legislația națională, cu practicile și convențiile colective, trebuie să revizuiască orice restricție sau interdicție privind utilizarea muncii temporare, pentru a verifica dacă acestea sunt justificate.

În legea română trebuiesc introduse în mod expres principiile reținute de norma comunitară. Este cazul *principiul egalității de tratament*, impus de art. 5 al directivei, care nu se regăsește în mod satisfăcător în Codul muncii român. Acesta menționează la art. 91 doar de *accesul* pe care salariații temporari îl au la toate serviciile și facilitățile acordate de utilizator, în aceleași condiții ca și ceilalți salariați ai acestuia.

Anumite dispoziții referitoare la reprezentarea *lucrătorilor temporari și informarea reprezentanților lucrătorilor*, care se regăsesc în Hotărârea Guvernului nr. 938/2004 vor trebui reformulate și dezvoltate în conformitate cu Directiva 2008/104/CE, dar și cu Directiva 2002/14/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 martie 2002 de stabilire a unui cadru general de informare și consultare a lucrătorilor din Comunitatea Europeană.

În sfârșit, trebuie să observăm că și *regimul sancționatoriu* prevăzut de legislația română este perfectibil. În condițiile în care atât dispozițiile din Codul muncii, cât și cele din H.G. nr. 938/2004 cuprind prevederi majoritar procedurale și nu se raportează la principiile cuprinse în noul act comunitar, este necesar ca, în acord cu art. 10 al Directivei 2008/104/CE, să fie stabilit un regim al sancțiunilor aplicabile și să fie luate toate măsurile necesare pentru a asigura aplicarea acestora. Sancțiunile prevăzute trebuie să fie eficiente, proporționale și cu caracter de descurajare.

II. Directiva 2008/94/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 22 octombrie 2008 privind protecția lucrătorilor salariați în cazul insolvenței angajatorului (versiune codificată)

În vederea asigurării protecției salariaților în cazul insolvenței angajatorului, a fost adoptată la 20 octombrie 1987 *Directiva nr. 80/987/CEE* prin care s-a impus constituirea unui *Fond de garantare pentru plata creanțelor salariale* de către angajatori, și care este înțeles ca o concretizare a obligației acestora de a-și asigura proprii salariați contra

riscului de neplată a sumelor ce le sunt datorate în executarea contractului de muncă sau ca urmare a încetării acestuia.

Directiva viza creanțele salariaților care rezultă din contracte sau raporturi de muncă și care există față de angajatorii care se află în stare de insolvabilitate³⁸.

Prin această directivă se creează garanții prin care, atunci când angajatorul devine insolubil, salariile neplătite la momentul respectiv sunt, parțial, achitate dintr-un fond de garantare, creat în fiecare stat membru.

Totuși, trebuie să subliniem că, în această materie, Organizația Internațională a Muncii a adoptat *Convenția nr.173/1992 privind protecția creanțelor lucrătorilor în caz de insolvabilitate a celui care angajează*, neratificată de România, care face însă distincția între protecția acestor creanțe pe calea unui privilegiu (creanțe protejate) și cea printr-o instituție de garanție.

Directiva nr. 80/987/CEE a fost modificată ulterior prin *Directiva 87/164/CEE*, precum și prin *Directiva 2002/74/CE*³⁹ pentru a proteja și lucrătorii ce au contract de muncă cu durată determinată sau cu timp parțial.

De asemenea, directivele modificatoare, preluând jurisprudența Curții de Justiție au *redefinit starea de insolvabilitate*.

La 22 octombrie 2008, din motive de claritate și de raționalizare, a fost codificată Directiva 80/987/CEE, fiind abrogată, împreună cu directivele modificatoare, și înlocuită cu *Directiva 2008/94/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 22 octombrie 2008 privind protecția lucrătorilor salariați în cazul insolvenței angajatorului*.

Prin noua directivă s-a urmărit a se asigura o protecție echitabilă a lucrătorilor salariați respectivi, prin redefinirea stării de insolvență ținând

³⁸ Personalul de conducere nu se poate prevala de Directiva 80/987 pentru a cere plata creanțelor salariale de la instituția de garantare instituită de dreptul național pentru celelalte categorii de lucrători salariați. Art. 3 par.1 al directivei impune statelor membre să ia măsurile necesare pentru ca instituțiile de garantare să asigure plata creanțelor neplătite ale lucrătorilor salariați, dar nu le obligă să creeze o astfel de instituție pentru toate categoriile de salariați. În situația în care dreptul național, chiar astfel interpretat în lumina directivei, nu ar permite asigurarea beneficiilor garanțiilor, acest personal are dreptul să ceară reparații, statului membru în cauză, pentru daunele suferite ca urmare a neaplicării directivei în ceea ce-i privește (Vezi, Decizia din 16 decembrie 1993 în Cazul *Wagner Miret v.Fondo de garantía salarial*, Nr. C-334/92, Culegere, p.I-6911 (cf. pct. 18-19, 23, disp. 2).

³⁹ Publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, seria Legislație nr. 270 din 8 octombrie 2002.

cont de tendințele legislative din statele membre și să se includă în acest concept și alte proceduri de insolvență, cu excepția lichidării. În acest context, pentru a stabili obligația de plată a instituției de garantare, statele membre ar trebui să aibă posibilitatea de a prevedea că, în cazurile în care o situație de insolvență duce la mai multe proceduri de insolvență, situația trebuie să fie abordată ca și cum ar fi vorba de o singură procedură de insolvență.

De asemenea, este necesar să se asigure că salariații vizați în Directiva 97/81/CE a Consiliului din 15 decembrie 1997 privind acordul-cadru cu privire la munca cu timp parțial, Directiva 1999/70/CE a Consiliului din 28 iunie 1999 privind acordul-cadru cu privire la munca pe durată determinată și Directiva 91/383/CEE a Consiliului din 25 iunie 1991 de completare a măsurilor destinate să promoveze îmbunătățirea securității și sănătății la locul de muncă în cazul lucrătorilor care au un raport de muncă pe durată determinată sau un raport de muncă temporar nu sunt excluși din domeniul de aplicare a directivei.

Pentru a se facilita identificarea procedurilor de insolvență, în special în situațiile transnaționale, directiva prevede ca statele membre să notifice Comisia și celelalte state membre despre tipurile de proceduri de insolvență care atrag intervenția instituției de garantare.

Directiva 2008/94/CE se aplică creanțelor salariaților care izvorăsc din contracte de muncă sau raporturi de muncă încheiate cu angajatori care sunt în stare de insolvență. În mod excepțional, statele membre pot exclude din domeniul de aplicare al directivei creanțele anumitor categorii de salariați, în temeiul existenței altor forme de garantare, dacă se stabilește că acestea oferă persoanelor respective o protecție echivalentă celei oferite directivă (art.1).

Conform prevederilor articolului 2 par.(1), un angajator este considerat a fi în stare de insolvență în cazul în care a fost formulată o cerere privind deschiderea unei proceduri colective întemeiate pe insolvența angajatorului, prevăzută de actele cu putere de lege și de actele administrative ale unui stat membru, implicând lipsirea, în tot sau în parte, a angajatorului de activele sale și numirea unui judecător sindic sau a unei persoane care exercită o funcție similară, iar autoritatea care este competentă în temeiul dispozițiilor menționate:

- (a) fie a hotărât instituirea procedurii;
- (b) fie a constatat că întreprinderea sau unitatea angajatorului a fost definitiv închisă și că activele disponibile sunt insuficiente pentru a justifica instituirea procedurii.

Statele membre nu pot stabili o durată minimă pentru contractul de muncă sau raportul de muncă ca o condiție pentru ca lucrătorii salariați să aibă dreptul de a invoca această directivă.

Directiva nu împiedică statele membre să extindă protecția lucrătorilor și la alte situații de insolvență, de exemplu o situație permanentă *de facto* de încetare de plăți, stabilită prin proceduri diferite de cele menționate la primul paragraf, prevăzute în dreptul național.

Statele membre iau măsurile necesare pentru a asigura că instituțiile de garantare asigură, plata creanțelor neachitate ale lucrătorilor salariați care rezultă din contracte de muncă sau raporturi de muncă, inclusiv, în cazurile prevăzute de dreptul intern, compensația pentru încetarea raporturilor de muncă. Creanțele preluate de instituția de garantare sunt drepturile salariale neplătite referitoare la o perioadă care precede și/sau, după cum este cazul, succede o dată stabilită de statele membre (articolul 3).

Conform art. 4, statele membre au posibilitatea de a limita obligația de plată prevăzută pentru instituțiile de garantare. În cazul în care statele membre își exercită acest drept, acestea specifică durata perioadei pentru care creanțele neachitate urmează să fie plătite de către instituția de garantare. Aceasta însă nu poate fi mai scurtă decât perioada care acoperă drepturile salariale pentru ultimele trei luni ale raportului de muncă care precede sau succede dată stabilită de statele membre.

Statele membre pot include această perioadă minimă de trei luni într-o perioadă de referință a cărei durată nu poate fi mai mică de șase luni.

Statele membre care prevăd o perioadă de referință de cel puțin 18 luni pot limita durata perioadei pentru care creanțele neachitate urmează să fie plătite de către instituția de garantare la opt săptămâni. În acest caz, pentru calculul perioadei minime se folosesc perioadele care sunt cele mai favorabile salariatului.

Statele membre pot stabili plafoane ale plăților efectuate de instituțiile de garantare. Aceste plafoane nu se pot situa mai jos de un nivel compatibil din punct de vedere social cu obiectivul social directivei.

În cazul în care statele membre recurg la această posibilitate, acestea informează Comisia asupra metodelor folosite pentru stabilirea plafonului.

Modalitățile de organizare, finanțare și funcționare a instituțiilor de garantare, se stabilesc, conform art. 5, cu respectarea în special a următoarelor *principii*:

- (a) patrimoniul instituțiilor trebuie să fie independent de capitalul de exploatare a angajatorilor și trebuie să fie constituit în așa fel

- încât asupra acestuia să nu poată fi pus sechestru în cursul unei proceduri în caz de insolvență;
- (b) angajatorii trebuie să contribuie la finanțare, în măsura în care aceasta nu este acoperită integral de către autoritățile publice;
 - (c) obligația de plată a instituțiilor există independent de îndeplinirea obligațiilor de a contribui la finanțare.

Prevederile incluse în articolele 3, 4 și 5 ale Directivei 2008/94/CE nu se aplică contribuțiilor datorate în temeiul sistemelor naționale obligatorii de asigurări sociale sau al sistemelor suplimentare la nivel de întreprindere sau grup de întreprinderi existente în afara sistemelor naționale obligatorii de asigurări sociale (art.6).

În același timp, statele membre iau măsurile necesare pentru a se asigura că neplata contribuțiilor obligatorii datorate de către angajator instituțiilor de asigurări din sistemele naționale obligatorii de asigurări sociale, înainte de a surveni insolvența sa, nu afectează în mod nefavorabil dreptul salariaților la pensie din partea acestor instituții de asigurări, în măsura în care contribuțiile salariaților au fost reținute la sursă din remunerația plătită(art.7).

Directiva 2008/94/CE cuprinde și o serie de dispoziții privind situații transnaționale. Astfel, în cazul în care o întreprindere care desfășoară activități pe teritoriile a cel puțin două state membre se află într-o situație de insolvență instituția competentă pentru plata creanțelor neachitate ale salariaților este instituția din statul membru pe al cărui teritoriu aceștia lucrează sau își exercită de obicei activitatea (articolul 9).

Mai trebuie să precizăm că art. 12 subliniază faptul că Directiva 2008/94/CE nu aduce atingere posibilității statelor membre:

- (a) de a lua măsurile necesare în vederea evitării abuzurilor;
- (b) de a refuza sau a diminua obligația de plată menționată la articolul 3 sau obligația de garantare menționată la articolul 7, în cazul în care executarea obligației nu se justifică din cauza existenței unor legături speciale între salariat și angajator și a unor interese comune concretizate într-o înțelegere secretă între aceștia;
- (c) de a refuza sau de a reduce obligația la care se face referire la articolul 3 sau obligația de garantare menționată la articolul 7 în cazurile în care salariatul, singur sau împreună cu rude apropiate, a deținut în proprietate o parte esențială din

întreprinderea sau firma angajatorului și a exercitat o influență considerabilă asupra activităților acesteia.

Avându-se în vedere obligațiile de transpunere în dreptul intern a normelor comunitare, a fost adoptată **Legea nr. 200 din 22 mai 2006 privind constituirea și utilizarea Fondului de garantare pentru plata creanțelor salariale**⁴⁰ care a urmărit transpunerea Directivei Consiliului nr. 80/987/CEE privind apropierea legislațiilor statelor membre referitoare la protecția salariaților în cazul insolvenței angajatorului⁴¹.

În accepțiunea Curții de Justiție a Uniunii Europene, survenirea stării de insolvență a angajatorului, în sensul Directivei 80/987 este o noțiune de drept comunitar și solicită o interpretare uniformă în toate statele membre⁴². De altfel, noua directivă **2008/94/CE privind protecția lucrătorilor salariați în cazul insolvenței angajatorului** a luat în considerare interpretarea în acest sens de către Curtea de justiție a prevederilor Directivei 80/987/CEE. s-a urmărit transpunerea.

Analizând însă *Legea nr. 200/2006 privind constituirea și utilizarea Fondului de garantare pentru plata creanțelor salariale*, care a vizat transpunerea directivei anterioare, și anume Directiva Consiliului nr. 80/987/CEE, vom constata că legea română nu definește situația de insolvență a angajatorului. Ea este centrată mai mult pe reglementarea instituției menite să asigure garanțe plata creanțelor salariale. Astfel, ea prevede că din Fondul de garantare se asigură plata creanțelor salariale ce rezultă din contractele individuale de muncă și din contractele colective de muncă încheiate de salariați cu angajatorii împotriva cărora au fost pronunțate hotărâri judecătorești definitive de deschidere a procedurii insolvenței și față de care a fost dispusă măsura ridicării totale sau parțiale a dreptului de administrare (art.2).

De asemenea, articolul 13 din Legea nr. 200/2006 enumeră în mod expres categoriile de creanțe salariale care se suportă din resursele Fondului de garantare, și anume:

- a) salariile restante;

⁴⁰ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 453/25.V.2006. Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 200/2006 au fost aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 1850/2006 (M.Of. nr. 1038/28.12.2006).

⁴¹ Publicată în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene (JOCE) nr. L283 din 28 octombrie 1980.

⁴² Decizia din 15 mai 2003 în Cazul *Mau*, Nr. C-160/01, Culegere, p.I-4791 (cf. Pct. 30, 48, disp. 1).

b) compensațiile bănești restante, datorate de angajatori pentru concediul de odihnă neefectuat de salariați, dar numai pentru maximum un an de muncă;

c) plățile compensatorii restante, în cuantumul stabilit în contractul colectiv de muncă și/sau în contractul individual de muncă, în cazul încetării raporturilor de muncă;

d) compensațiile restante pe care angajatorii au obligația de a le plăti, potrivit contractului colectiv de muncă și/sau contractului individual de muncă, în cazul accidentelor de muncă sau al bolilor profesionale;

e) indemnizațiile restante, pe care angajatorii au obligația, potrivit legii, de a le plăti pe durata întreruperii temporare a activității.

Din Fondul de garantare nu se suportă contribuțiile sociale datorate de angajatorii în stare de insolvență. Directiva 80/987 lăsa la latitudinea legislațiilor naționale inserarea unei astfel de prevederi, pe care, iată, legea română o prevede. Tot norma comunitară mai preciza că neplata contribuțiilor obligatorii datorate, înainte de data la care a survenit insolvabilitatea, de către angajator, instituțiilor de asigurări din regimurile naționale obligatorii de securitate socială, nu va prejudicia dreptul salariaților la prestații din partea acestor instituții de asigurări, în măsura în care contribuțiile salariaților au fost reținute din remunerația plătită (art.7).

În accepțiunea Legii nr. 200/2006, salariatul care beneficiază de prevederile sale este definit ca fiind persoana fizică ce prestează muncă pentru și sub autoritatea unui angajator, în temeiul unui contract individual de muncă încheiat pentru normă întreagă sau cu timp parțial sau a unui contract de muncă la domiciliu, de muncă temporară sau ucenicie la locul de muncă, indiferent de durata acestora.

Conform art.14 și art. 15 din Legea nr. 200/2006, suma totală a creanțelor salariale suportate din fondul de garantare nu poate depăși cuantumul a 3 salarii medii brute pe economie pentru fiecare salariat, iar creanțele se suportă pentru o perioadă de 3 luni calendaristice.

Tot legea română, enumeră la art.3 principiile ce stau la baza constituirii, gestionării și utilizării Fondului de garantare. Acestea sunt următoarele:

- a) principiul contributivității, conform căruia Fondul de garantare se constituie pe baza contribuțiilor datorate de angajatori;
- b) principiul obligativității, potrivit căruia angajatorii au, conform legii, obligația de a participa la constituirea Fondului de garantare;

- c) principiul repartiției, pe baza căruia fondul realizat se redistribuie pentru plata drepturilor salariale datorate de angajatorii în stare de insolvență;
- d) universalitatea obligației de plată a creanțelor salariale, indiferent de îndeplinirea sau neîndeplinirea obligației de contribuție a angajatorilor;
- e) Fondul de garantare este independent de resursele gestionate de instituția de administrare;
- f) Fondul de garantare nu poate face obiectul măsurilor asigurătorii sau al executării silite.

Cât privește *constituirea Fondului de garantare*, acesta are următoarele resurse financiare:

a) contribuția angajatorilor. Conform art. 7 alin.(1) angajatorii au obligația de plăți lunar o contribuție la Fondul de garantare, în cotă de 0,25%, aplicată asupra sumei veniturilor care constituie baza de calcul a contribuției individuale la bugetul asigurărilor pentru șomaj realizate de salariații încadrați cu contract individual de muncă, potrivit legii;

b) venituri reprezentând dobânzi, majorări de întârziere pentru neachitarea în termenul de plată a contribuției la Fondul de garantare, precum și din alte sume provenite din surse admise de lege;

c) sume provenite din recuperarea debitelor create în condițiile Legii nr. 200/2006, altele decât cele provenind din contribuțiile la Fondul de garantare.

Gestionarea fondului de garantare se va face de către Agenția Națională pentru Ocuparea Forței de Muncă, prin agențiile pentru ocuparea forței de muncă județene și a municipiului București.

În cazul angajatorului transnațional în stare de insolvență, stabilirea cuantumului creanțelor salariale cuvenite salariaților care prestează în mod obișnuit muncă pe teritoriul României și efectuarea plății acestora se realizează de agenția teritorială în a cărei rază își desfășoară activitatea salariații(art. 20).

În condițiile abrogării Directivei 80/987/CEE și înlocuirii ei cu *Directiva 2008/94/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 22 octombrie 2008 privind protecția lucrătorilor salariați în cazul insolvenței angajatorului* este necesar ca dispozițiile Legii nr. 200/2006 să fie analizate și, desigur, modificate pentru a fi în consonanță cu noul act comunitar.

Astfel, ea va trebui să includă în mod necesar definirea stării de insolvabilitate în accepțiunea comunitară a termenului impusă de articolul 2

par.(1) al Directivei 2008/94/CE. S-ar putea lua în considerare și posibilitatea oferită de par.(4) al aceluiași articol, conform căruia se poate extinde protecția lucrătorilor și la alte situații de insolvență, de exemplu o situație permanentă de facto de încetare de plăți.

Art. 15 al Legii nr. 200/2006, conform căruia creanțele se suportă pentru o perioadă de 3 luni calendaristice, trebuie dezvoltat în sensul art. 4 par.(2) al directivei care acordă posibilitatea ca perioada minimă de trei luni să fie inclusă într-o perioadă de referință a cărei durată nu poate fi mai mică de șase luni.

Cât privește modul de constituire a Fondului de garantare vom observa că există o diferență esențială între Legea 200/2006 și Directiva 2008/94/CE. Astfel, dacă în legea română se reține ca sursă principală contribuția angajatorilor (art.5 lit. a), în norma comunitară se prevede că „angajatorii trebuie să contribuie la finanțare, în măsura în care aceasta nu este acoperită integral de către autoritățile publice”(art.5 lit.b). Diferența este importantă și este de natură să asigure succesul constituirii și funcționării acestei importante instituții de protecție a salariaților.

O modificare a legii române va trebui, totodată să includă și garanțiile privind beneficiul prestațiilor de asigurări sociale incluse în capitolul III al Directiva 2008/94/CE (art.6-8), garanții inexistente în forma actuală. Este vorba, în primul rând, de măsurile necesare pentru a se asigura că neplata contribuțiilor obligatorii datorate de către angajator instituțiilor de asigurări din sistemele naționale obligatorii de asigurări sociale, înainte de a surveni insolvența sa, nu afectează în mod nefavorabil dreptul salariaților la pensie din partea acestor instituții de asigurări, în măsura în care contribuțiile salariaților au fost reținute la sursă din remunerația plătită.

BIBLIOGRAFIE

- I.T. Ștefănescu, *Tratat de dreptul muncii*, Editura Wolters Kluwer, București, 2007,
- Al.Țiclea, *Tratat de dreptul muncii*, Editura Universul Juridic, București, 2007,
- I. Păducel, Editura Universitaria Craiova, 2008,
- Hotărârea Guvernului nr. 938 din 10 iunie 2004 privind condițiile de înființare și funcționare, precum și procedura de autorizare a agentului de muncă temporară, Publicată în Monitorul Oficial al

României, Partea I, , nr. 589/1.VII.2004. Modificată prin *Hotărârea Guvernului nr. 226 din 24 martie 2005* pentru modificarea Hotărârii Guvernului nr. 938/2004 privind condițiile de înființare și funcționare, precum și procedura de autorizare a agentului de muncă temporară (Monitorul Oficial nr. 277/4 IV. 2005).

- Legea nr. 200 din 22 mai 2006 privind constituirea și utilizarea Fondului de garantare pentru plata creanțelor salariale, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 453/25.V.2006. Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 200/2006 au fost aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 1850/2006 (M.Of. nr. 1038/28.12.2006).
- *Convenția nr. 181/1997 privind agențiile de ocupare private*, neratificată de România⁴³, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, seria Legislație nr. 270 din 8 octombrie 2002. Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, seria Legislație nr. 327, 5.12.2008; *Recomandarea corespondentă nr. 187/1997 referitoare la agențiile private de ocupare a forței de muncă*,
- Directiva Consiliului nr. 80/987/CEE privind apropierea legislațiilor statelor membre referitoare la protecția salariaților în cazul insolvenței angajatorului, publicată în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene (JOCE) nr. L283 din 28 octombrie 1980.
- Directiva 91/383/CEE a Consiliului din 25 iunie 1991
- Directiva 97/81/CE a Consiliului din 15 decembrie 1997 privind acordul-cadru cu privire la munca cu timp parțial,
- Directiva 1999/70/CE a Consiliului din 28 iunie 1999 privind acordul-cadru cu privire la munca pe durată determinată,
- Directiva 2002/14/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 martie 2002 de stabilire a unui cadru general de informare și consultare a lucrătorilor din Comunitatea Europeană.
- Directiva 2008/94/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 22 octombrie 2008 privind protecția lucrătorilor salariați în cazul insolvenței angajatorului

⁴³ La 1 martie 2009 un număr de 21 state membre ale O.I.M. ratificaseră această convenție.

- Directiva 2008/104/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 19 noiembrie 2008 privind munca prin agent de muncă temporară
- Codul muncii român

CONSIDERAȚII ASUPRA DISTINCȚIEI DINTRE CONCEPTUL DE "EXPROPRIERE" ȘI CEL DE "REGLEMENTARE" DIN PERSPECTIVA FILOSOFICĂ

Conf. univ. dr. Nicolae CULIC
Prep. univ. Mădălina CONSTANTIN

ABSTRACT

The concept of expropriation presents an important interest for many of us, whether this institution is viewed in terms of normal human, the lawyer or the philosopher. How the state takes private property for public use and compensation to which it attaches are of interest to all who are in possession of private property rights. The authors evaluate the measures the state, and theoretical and procedural solutions proposed for problems facing the institution of expropriation.

expropriere, reglementare, filosofie

Ce este mai potrivit cu natura și esența ființei umane, apropierea comunitară sau apropierea privată a bunurilor? Aceasta este întrebarea care i-a dezbinat pe filosofi de-a lungul timpului. Desigur, răspunsul la această întrebare este indisolubil legat de răspunsul la altă o altă întrebare : ce este definitoriu pentru natura și esența ființei umane, latura individuală sau latura socială?

În măsura în care libertatea persoanei este privită ca valoare supremă, iar rețeaua care dă coeziune socială unei comunități este întemeiată pe o concepție contractualistă, opțiunea firească este recunoașterea laturii individuale asupra laturii sociale a ființei umane. Într-adevăr, în concepția contractualistă, apărarea libertății fiecărei persoane este posibilă numai dacă se face o dublă cedare de libertate:

- 1) mai întâi, fiecare persoană renunță la libertatea de a folosi forța pentru a-și face singur dreptate;
- 2) ulterior, fiecare persoană acceptă să își restrângă propria libertate prin constituirea unui monopol al utilizării forței în favoarea autorității statale.

Dar tocmai pentru că această dublă cedare de libertate este expresia unui contract, spațiul libertății individuale trebuie să fie maximizat, iar spațiul intervenției autorității publice să fie minimizat.

În spațiul libertății acționează principiul conform căruia este permis tot ceea ce nu este interzis de lege. În spațiul autorității publice acționează principiul conform căruia este interzis tot ceea ce nu este permis de lege.

În lumina ideii de libertate și a ideii de control social, apar cu claritate atât unitatea laturii individuale și a laturii sociale a ființei umane, cât și primatul laturii individuale, care se exprimă în spațiul libertății asupra laturii sociale, care implică o renunțare la libertate, respectiv asigurarea coeziunii comunității prin crearea unui spațiu în care acționează, în limite constituționale și legale, autoritățile publice.

Proprietatea privată îndeplinește, în primul rând, o funcție individuală cu o dimensiune economică și una de garantare a libertății persoanei, s-a spus chiar că "proprietatea nu este decât punerea în operă a libertății în ordinea bunurilor"⁴⁴

Totodată, în mod indirect, proprietatea privată are o funcție socială, ceea ce permite și explică restrângerea exercitării sale, fie pentru a asigura echilibrul între diferitele drepturi de proprietate aparținând unor proprietari diferiți, fie pentru a satisface anumite interese comunitare.

Relația economică de proprietate înseamnă însușirea premiselor naturale, ale oricărei producții. În orânduirea comunei primitive, omul și-a însușit primele bunuri de câte ori a avut nevoie, așa cum le-a găsit în natură. Membrii comunităților umane în curs de formare s-au recunoscut între ei, sau la scara comunităților, între ele, coproprietari de bunuri sau, altfel spus, puterea exercitată de cineva asupra bunului său a trebuit recunoscută de ceilalți. Proprietatea s-a transformat în relație socială de însușire, iar când această relație socială a fost cuprinsă în norme juridice, a devenit raport juridic, adică dreptul de proprietate. Acest drept de proprietate, însă, nu poate fi exercitat liber proprietar, ci în concordanță cu limitele impuse de către dispozițiile legale.

Astfel, conceptul de **expropriere** suscită interes imediat pentru mulți dintre noi, indiferent dacă această instituție este privită din punctul de vedere al omului obișnuit, al juristului sau al filosofului. Modul în care statul preia proprietatea privată pentru uz public și despăgubirea pe care acesta o acordă prezintă interes pentru toți cei care sunt titulari ai unor

⁴⁴ F.Zenati – „Pour une rénovation de la théorie de la propriété, in Revue trimestrielle de droit civil nr.2/1993, pg.316”

drepturi de proprietate privată. Ne preocupă evaluarea acțiunilor statului, a soluțiilor teoretice și procedurale propuse pentru problemele cu care se confruntă instituția exproprierii.

I.1. Clarificarea conceptului de expropriere

Aparent, problema exproprierii este redusă la acea operațiune juridică care are ca efecte principale trecerea forțată a unui bun din proprietatea privată în proprietatea publică, în vederea executării unor lucrări de utilitate publică, precum și plata unor despăgubiri.

Acesta este modul în care este percepută instituția exproprierii atât din perspectiva omului obișnuit, cât și a juristului. Schematic, problema pare a se reduce la : existența unei cauze de utilitate publică - măsurile pregătitoare exproprierii - exproprierea propriu – zisă și stabilirea despăgubirilor. Astfel, în legislația română dispozițiile legale instituie următoarele principii : „Nimeni nu poate fi expropriat decât pentru cauză de utilitate publică, stabilită potrivit legii, cu dreaptă și prealabilă despăgubire..”⁴⁵ Această despăgubire se stabilește conform art. 4 alin. 6 din Constituție : „de comun acord cu proprietarul sau, în caz de divergență, prin justiție”. Într-un sens asemănător, în art. 481 din Codul civil se precizează că : „Nimeni nu poate fi silit a ceda proprietatea sa, afară numai pentru cauză de utilitate publică și primind o dreaptă și prealabilă despăgubire”. Ideile conținute în aceste texte sunt reluate în art. 1 din Legea nr. 33/1994, în care se arată că : „Exproprierea de imobile, în tot sau în parte, se poate face numai pentru cauză de utilitate publică, după o dreaptă și prealabilă despăgubire, prin hotărâre judecătorească”.

Din aceste reglementări rezultă principiile exproprierii, care se înfățișează ca adevărate condiții fundamentale ale acestei operațiuni juridice:

- 1) nicio persoană nu poate fi expropriată decât pentru cauză de utilitate publică;
- 2) exproprierea nu poate fi făcută decât cu dreaptă și prealabilă despăgubire.

Deși acest mecanism al exproprierii pare ușor de înțeles, el ridică numeroase probleme atât sub aspectul condițiilor care trebuie îndeplinite, al înțelesului expresiei „cauză de utilitate publică”, al modului în care se aplică justa compensare, cât și al limitelor impuse exercitării acestui

⁴⁵ art.44 alin.3 din Constituție

drept al statului. Dispozițiile legislative nu răspund anumitor întrebări, lăsând deschise problemele conceptuale:

1) Există o structură tipică a exproprierii sau fiecare caz are propria sa structură în funcție de particularitățile sale?

2) Unde se termină reglementările și unde încep exproprierile?

3) Este reglementarea o instituție distinctă de cea a exproprierii sau este o formă parțială de expropriere ?

Pornind de la aceste întrebări, voi încerca să reconstruiesc succint, la nivel teoretic dezbaterile privind instituția exproprierii.

I.2. Structura exproprierii

La prima vedere, instituția exproprierii se reduce la preluarea de către stat a unui bun din proprietatea privată și trecerea lui în proprietatea publică.

Care sunt însă etapele prin care un bun proprietate privată devine bun proprietate publică?

Există, conform teoriei lui Bruce Ackerman⁴⁶, următorul scenariu, pe care îl urmează fiecare expropriere:

→ în prima etapă, bunul este proprietatea lui X

→ în cea de-a doua etapă, bunul trece din proprietatea lui X în proprietatea lui Y⁴⁷

În momentul t , există un bun pe care X îl consideră al lui. În toată această perioadă în care X este titularul dreptului de proprietate asupra bunului, el îl utilizează conform propriei voințe, putându-l înstrăina în condițiile impuse de el, iar în cazurile în care este deposedat în mod nejustificat, el se poate adresa organelor specializate în acest sens. În această etapă, nimeni nu poate nega dreptul de proprietate al lui X asupra bunului.⁴⁸

În momentul $t+1$, statul⁴⁹, preia bunul din proprietatea lui X și îl transformă în proprietatea sa, acordându-i lui X o despăgubire pentru pierderea suferită.

În acest exemplu, regăsim structura tipică a exproprierii. Această analiză a lui Bruce Ackerman se rezumă doar la cazul de expropriere tip, în care bunul privat este transformat în proprietatea publică. Teoria

⁴⁶ Bruce Ackerman, *Private Property and the Constitution*, Yale University Press, New Haven, 1977, p.100

⁴⁷ statul

⁴⁸ Bruce Ackerman, *Private Property and the Constitution*, p.100

⁴⁹ prin organele sale

expropriării este completată de către Epstein, pentru care exproprierea nu se reduce doar la preluarea fizică a bunului din proprietatea privată a individului, ci pot exista și alte forme de exproprieri parțiale.

De fiecare dată când condițiile expropriării sunt întrunite, proprietarul deposedat va cere și ar trebui să primească despăgubiri proporționale cu pierderea suferită. Însă, de cele mai multe ori, când preluarea bunului de către stat nu este realizată printr-un act direct și evident, proprietarul deposedat nu va primi compensările solicitate, căci acțiunea statului se încadrează sferei reglementărilor și nu expropriării.

Din expunerea de mai sus, putem deduce că exproprierea se referă la efectele pe care acțiunile statului le produc asupra drepturilor de proprietate ale indivizilor și a modului în care este schimbată starea inițială a bunului.

În cazul în care schimbăm datele schemei tipice ale expropriării, ce se întâmplă cu proprietatea lui X, dacă statul nu preia bunul său, ci *doar îi interzice* folosirea lui în anumite scopuri, limitându-i dreptul de acțiune asupra bunului? Aceasta este o problemă frecventă și, deși posesorul bunului este și titular al dreptului de proprietate, el nu poate dispune de bunul său așa cum ar dori, ci în anumite limite impuse de către stat.

I.3. Reglementarea – o formă a expropriării?

Cum poate fi explicată reglementarea?

Reglementarea reprezintă o limitare a exercitării dreptului de proprietate privată al individului, fără plata unor compensări. Epstein consideră ca toate formele prin care statul limitează dreptul de proprietate al individului formează categoria expropriărilor parțiale, în urma cărora individul ar trebui să fie compensat pentru restricțiile ce i s-au impus și pentru pierderea astfel suferită. Ackerman, pe de altă parte, susține însă că atâta timp cât individul rămâne în posesia bunului său, aceasta nu este o exproprierie și ca atare, nu necesită nicio compensare.

În cazul în care Guvernul interzice desfășurarea unei activități, impunând limite în exercitarea dreptului de proprietate al individului, considerând că acea activitate se desfășoară fără respectarea normelor legale sau perturbă pe ceilalți membri ai societății, acțiunea sa este catalogată ca întemeiată, iar proprietarul limitat în acțiunile sale nu va primi niciun fel de compensare pentru pierderea ce i-a fost produsă.

Să luăm spre exemplu următorul caz : X este proprietarul unui teren amplasat într-o zonă publică.⁵⁰ El dorește ca pe acel teren să construiască un club de noapte în aer liber, dar pentru aceasta are nevoie de autorizația primăriei. În acest caz, X nu își va putea atinge obiectivul de a realiza o asemenea construcție pentru ca va fi perturbată ordinea publică, iar organele statului îi vor interzice o construcție cu un asemenea scop. X este însă titularul dreptului de proprietate asupra acelui teren. De ce el nu poate dispune de bunul său conform propriei voințe? În cazul în care o asemenea construcție s-ar realiza, implicit ar crește și valoarea terenului pe care este amplasat imobilul.

În majoritatea acestor cazuri, în care statul se implică și limitează exercitarea dreptului de proprietate al individului asupra bunului său, instanțele judecătorești decid că pierderea suferită de individ prin aceste restrângeri reprezintă un incident nesemnificativ, o consecință a exercitării puterii statului, care nu sunt compensabile⁵¹.

Majoritatea teoriilor au susținut ideea conform căreia compensarea se cere doar în cazul exproprierii guvernamentale, și nu și în cazul reglementărilor.

Două teorii colaterale

În jurisprudența americană, în scopul soluționării disputelor ce au avut loc de-a lungul timpului între exproprieri și reglementări, întâlnim două atitudini dominante privind aceste probleme, atitudini care au fost aplicate în practică de către judecătorii Harlan și Holmes.

Factorii externi care au determinat apariția acestor teorii îi reprezintă creșterea numărului reglementărilor realizate de către stat și cererile de compensare ale proprietarilor afectați de aceste activități.⁵²

Ceea ce interesează în cadrul aplicării acestor teorii sunt punctele de vedere diferite ale celor doi judecători privind cauze similare.

Holmes propune o abordare pragmatică a problemei : fiecare caz trebuie rezolvat conform particularităților sale, potrivit raportului existent între nevoia publică și pierderea privată.⁵³ Altfel spus, despăgubirile vor fi

⁵⁰ inconjurat de alte imobile

⁵¹ Joseph Sax, „Takings and the police power”, p. 65

⁵² majoritatea cazurilor privind reglementările au ajuns la Curtea Supremă și astfel a fost adoptat al 14-lea amendament. Din acest motiv, nu a fost Marshall sau contemporanii săi, ci judecătorul Harlan a fost primul care, scriind în ultima decadă a secolului al XIX-lea, a aplicat teoria compensațiilor

⁵³ dreptul la compensare depinde de magnitudinea pierderilor suferite

stabilite în funcție de pierderea suferită de proprietarul deposedat. În cazul în care întinderea pierderii individuale este cu mult mai redusă decât dimensiunea nevoii publice, individul poate fi lipsit de orice formă a compensației. În elaborarea soluțiilor pentru asemenea cazuri, el instituie așa-numitul „test holmesian”, al raportului dintre valoarea pierderii private și necesitatea publică.⁵⁴

Harlan își formulează teoria pornind de la următorul exemplu : A este proprietarul unui teren pe care a construit o berărie. Deși inițial afacerea a fost legală, ulterior, statul îi interzice lui A fabricarea băuturilor alcoolice și îi distruge berăriile. Consecința acestei activități o reprezintă scăderea valorii terenului pe care era amplasată afacerea lui A.⁵⁵

Decizia judecătorului Harlan este că A nu ar trebui să fie compensat pentru pierderea suferită, argumentându-și punctul de vedere astfel : „această reglementare nu este în niciun sens o expropriere, pentru că nu implică o preluare a proprietății în beneficiul public, ci doar o limitare a dreptului de folosință al proprietarului în acele scopuri care pot produce consecințe negative pentru societate.”⁵⁶ În acest caz, individului i se va restrânge dreptul de a acționa conform propriei voințe, va trebui să se supună limitelor impuse de către stat, cu consecința scăderii valorii terenului

⁵⁴ acest test nu este lipsit de critici. Mai mult chiar, în prezent, există cazuri în care “testul valorii” nu este aplicat. Astfel, este prezentată poziția ambiguă a Curții Supreme din SUA în cazul Goldblatt vs. orașul Hempstead. Pârâții au deținut o fâșie de pământ în orașul Hempstead din care extrăgeau pietriș și nisip de peste 20 de ani. Ca rezultat al acestei activități a exploatării, s-a creat un crater acoperit de apă. Consecința apariției unui asemenea crater a fost ordonanța prin care s-a interzis mineritul în acea zonă. S-a apreciat însă, că reglementarea a distrus complet valoarea pământului, fără a specifica însă valoarea pe care pământul ar dobândi-o pentru alte scopuri. Nu este evident dacă în această speță Curtea aplică sau nu teoria lui Holmes, căci, în cazul “Cărbunelui din Pennsylvania”, caz similar cu acesta, Holmes a subliniat clar teoria conform căreia trebuie stabilit gradul de daune economice ce s-au produs în urma reglementărilor guvernamentale. Deși susținea că “restricțiile legislative nu trebuie private ca exproprieri”, Curtea a început procesul astfel : “nu se poate spune, totuși, că acțiunea guvernamentală în forma reglementării nu presupune despăgubiri, asemeni ca în cazul exproprierii, ce constituțional implică și o despăgubire”. Însă, Goldblatt a pierdut procesul. Întrebarea ce a fost adresată Curții în acest caz a fost “dacă Ordonanțele, prin dispozițiile lor, nu distrug valoarea terenului prin interzicerea singurei utilizări și au ca efect exproprierea fără compensații”. Această soluție a Curții pune sub semnul îndoielii validitatea testului holmesian, căci, Curtea nu a luat deloc în calcul diminuarea valorii terenului. În câteva cazuri de bază gradul de pierdere economică se situează peste procentul de 75% din valoarea inițială.

⁵⁵ afacerea era cea care dădea valoare terenului

⁵⁶ Joseph Sax, „Takings and the police power”, p.66

prin interzicerea activităților care îi furnizau profitul, fără a primi niciun fel de compensație pentru pierderea cauzată.

Judecătorul Brandeis a completat punctul de vedere al lui Harlan, susținând că, proprietatea astfel restricționată rămâne în posesia proprietarului său. Statul nu și-o însușește și nici nu se folosește de ea. Statul doar previne ca proprietarul să se folosească de ea în scopuri ce ar putea afecta interesele celorlalți.

În acest caz al reglementărilor, accentul se pune nu pe rolul statului,⁵⁷ ci pe calitatea activității proprietarilor care duce la intervenția statului.

Judecătorul Harlan distinge între:

1) folosirea liberă a proprietății, fără a produce consecințe negative pentru ceilalți indivizi

2) folosirea care prejudiciază interesele celorlalți.

Principiul pe care această teorie se bazează este că nimeni nu poate obține un drept prin rănirea sau punerea în primejdie a celorlalți membrii ai societății. Ca atare, deși individul este titularul dreptului de proprietate al unui bun, el nu poate dispune de el decât în limitele prevăzute de lege și fără încălcarea normelor de conduită morală și conviețuire socială.

Niciuna dintre aceste teorii nu definește însă acești termeni și nici sfera lor de cuprindere.⁵⁸

În cadrul acestui conflict între stat și titularul unui drept de proprietate importante sunt interesele ambelor părți, atâta timp cât rolul legilor este acela de a asigura ca disputa să se desfășoare de o manieră echitabilă.⁵⁹ Însă echitatea, așa cum este formulată și susținută de Holmes, impune o serie de restricții ambelor părți. Proprietarul trebuie să admită că cererile constituționale de compensații nu pot fi supuse unor interpretări extensive: drepturile asupra proprietății pot fi luate în scopul utilizării publice, fără compensare, dacă proprietatea este preluată în proporții mici. Deci, și în acest caz, când statul preia doar o parte din proprietatea individului, se circumscrie sferei reglementării și nu a exproprierii, căci proprietarul deposedat nu va fi compensat pentru pierderea suferită.

Holmes extinde teoria sa mai mult, susținând chiar că totala sau aproape totala distrugere a proprietății poate fi uneori permisă constituțional

⁵⁷ ca în cazul exproprierilor, unde trebuie stabilit interesul pe care statul îl are legat de proprietatea privată a individului

⁵⁸ ce ar trebui să înțelegem prin „prejudicierea intereselor celorlalți?”

⁵⁹ punct de vedere susținut de judecătorul Holmes

fără compensații, în cazul în care mărimea pierderii private are o importanță mai redusă decât magnitudinea nevoii publice.

Concluziile ce reies din formularea acestor teorii ar putea fi sintetizate astfel: deși individul deține dreptul de proprietate asupra unui bun, și statul are, la rândul său, dreptul de a-i prelua parțial o parte din mănunchiul drepturilor sale, de a-i limita exercitarea acțiunilor sale asupra bunului, fără a acorda în schimb o justă compensare.

Bruce Ackerman, punând în discuție aceeași problemă a diferențelor dintre expropriere și reglementare, susține că, prin restrângerea dreptului de proprietate asupra bunului, statul îi ia „deținătorului proprietatea în singurul sens în care se înțelege acest termen”.⁶⁰ Prin simplul fapt că individul dispune în continuare de bunul său, aceasta nu reprezintă o formă de expropriere.⁶¹

Ackerman încearcă să structureze această problemă prin apel la textul constituțional⁶² și la modul în care acesta este interpretat de observatorul științific⁶³ și de observatorul obișnuit⁶⁴.

Astfel, în timp ce observatorul științific va aplica strict litera textului, înțelegând prin dispoziția legală doar exproprierea ca trecere a unui bun din proprietatea privată în proprietatea publică, operațiune în urma căreia expropriatul are dreptul la o justă compensare, observatorul obișnuit va extinde prevederea legală și la acele cazuri în care statul limitează dreptul de dispoziție al individului asupra bunului său.

Niciuna dintre aceste abordări nu oferă o soluție, căci ambele sunt interpretări ale aceluiași text de lege, a cărui validitate depinde de valoare culturii legale ce dă interpretării sens. În funcție de cultura legală înrădăcinată, soluțiile cu privire la problema reglementărilor vor fi diferite: în timp ce observatorul științific va aplica doar litera textului, considerând exproprieri doar acele cazuri limitativ prevăzute de lege, observatorul obișnuit va considera exproprieri și celelalte ipostaze în care dreptul său de proprietate este limitat și ca atare își va cere dreptul de a fi despăgubit. Fiecare va interpreta textul constituțional în funcție de interesele sale: în mod restrictiv, cum este cazul observatorului științific, sau extensiv, în cazul observatorului obișnuit.

⁶⁰ Bruce Ackerman, *Private Property and the Constitution*, pp.101

⁶¹ pentru Ackerman reglementarea nu reprezintă o formă a exproprierii și nu necesită compensații

⁶² nicio proprietate privată nu poate fi luată fără o justă compensare

⁶³ judecătorul

⁶⁴ omul de rând

Conceptul de „expropriere”, distinct de cel al ”reglementarilor” rămâne unul deschis, atât pentru filosofi cât și pentru juriști. În cadrul culturii juridice și filosofice, acest concept cunoaște o multitudine de valențe, utilizări și actualizări.

BIBLIOGRAFIE

- F.Zenati – „Pour une rénovation de la théorie de la propriété, in Revue trimestrielle de droit civil nr.2/1993;
- Bruce Ackerman, *Private Property and the Constitution*, Yale University Press, New Haven, 1977;
- Constituția României

NUMĂRUL UNIC DE IDENTIFICARE A PERSOANEI FIZICE

Lector univ. dr. Antigona Camelia IORDANA
Conf. univ. dr. Carmen PALACEAN

ABSTRACT

Identity number is Romanian legislation is adopted in order to identify individual and consists of a serial number identifying the representative of an individual in an unambiguous manner, serving to identify that person in various files and records, the only identifier for all systems processing information of the individual. It is a subjective right, in the category of personal non-property rights, with specific legal character of these rights.

cod numeric personal, persoană fizică, drept absolut

În principiu, orice solicitare de informații privind o persoană fizică sau o persoană juridică ce emană din partea unei autorități administrative, poartă un germen de atentat la libertățile publice. De aceea, o astfel de solicitare, trebuie să se bazeze, întotdeauna, pe un fundament juridic.

Odată asigurat cadrul juridic al unei colectări de date de către administrație, principiul transparenței administrației asigură accesul legitim al tuturor cetățenilor la toate datele deținute de administrație, mai puțin în cazul în care există o dispoziție legală contrară, când legea se opune acestei transparențe.

Denumit inițial „numărul francezesc” sau „numărul de înregistrare în Repertoriul național de identificare a persoanelor” - NIR-ul - a fost creat de René Carmille⁶⁵.

Creatorul numărului de identitate este cunoscut în Franța mai degrabă pentru circumstanțele „invenției” acestei instituții administrative, care nu sunt legate nici de nevoile de securitate socială, nici de cele de

⁶⁵ René Carmille, născut în 1886, mort “pentru Franța” în lagărul de la Dachau în 1945 unde fusese deportat, a creat sub ocupație germană Serviciul Național de Statistică (S.N.S.) devenit în 1946 INSSE (Institutul Național de Statistică și Studii Economice) și un număr individual, care a devenit – după eliberare – Numărul de Securitate Socială.

educație națională, ci de acela de recrutare militară.

René Carmille a realizat, sub regimul de la Vichy, între aprilie și august 1941, primul repertoriu general al cetățenilor francezi, pentru a pregăti, în secret, mobilizarea unei armate franceze. Acest număr experimental avea 12 cifre și folosea 12 coloane din cele 80, ale cărților perforate standard existente în epocă: două pentru anul de naștere, două pentru luna nașterii, două pentru departamentul nașterii, trei pentru unitatea administrativă a nașterii (nici un departament nu conținea mai mult de 1000 de unități administrative), iar ultimele trei pentru un număr de ordine din luna de naștere (nici o unitate administrativă nu înregistra mai mult de 100 de nașteri pe lună).

Mai târziu, această codificare a fost preluată în Algeria pentru a face recensământul evreilor, musulmanilor și celorlalte categorii de persoane. Ținta sa era de a fișa toată populația franceză și nonfranceză, însă criteriile discriminatorii ale recensământului erau etnice sau statutare, conform politicii de la Vichy⁶⁶.

Astfel, sensul primelor două cifre ale codului NIR – care astăzi identifică sexul persoanei – era, în epocă, mai complex, astfel:

- numerele 1 sau 2 indicau sexul pentru francezii de origine sau naturalizați;
- numerele 3 sau 4 indicau sexul pentru indigenii musulmani și pentru persoanele din colonii, nonevrei;
- numerele 5 sau 6 erau rezervate evreilor indigeni din Algeria;
- 7 sau 8 pentru străini;
- 9 sau 0 pentru persoanele cu statut nedefinit.⁶⁷

Această discriminantă codificare folosită în Algeria a fost abrogată în septembrie 1944, când rubrica „rasă” a fost anulată de pe toate documentele deținute de Serviciul Național de Statistică, iar în mai 1945 primele două numere din compunerea „numărului de identificare” au fost definitiv limitate la rubrica sex: 1 pentru sexul masculin, 2 pentru sexul feminin.

În 1946 gestionarea NIR-ului a fost încredințată Institutului Național de Statistică și Studii Economice (INSEE) prin Decretul nr. 46-1432 din 14

⁶⁶ La 7 octombrie 1940, în „nebunia” privind „statutul evreilor”, regimul de la Vichy a abrogat Decretul Crémieux din 1870 care „declara cetățeni francezi pe evreii indigeni din departamentele din Algeria”. „Evreii indigeni” redeveneau „subiecte” ca și arabii; între alte măsuri discriminatorii era și aceea conform căreia copiii lor erau excluși din școlile publice.

⁶⁷ Le NIR et l'interconnexion des fichiers, article mis en ligne le Jeudi 11 oct. 2007, disp. pe http://www.ldh-toulon.net/spip.php?page=imprimer&id_article=136 din 26.12.2007

iunie, institut care administrează Repertoarul Național de Identificare a Persoanelor Fizice (RNIPP), iar „numărul de identificare” a devenit și „Numărul de Securitate Socială”.

Pentru evitarea tuturor interconexiunilor dintre fișiere și pentru evitarea folosirii datelor personale în alte scopuri decât acela pentru care au fost înregistrate, Comisia franceză națională de informatică și libertăți (CNIL) a refuzat utilizarea unui număr unic de identificare a persoanelor fizice, numărul de securitate socială fiind în mod esențial utilizat numai în domeniul protecției sociale și în diverse servicii administrative (fisc, educație, poliție etc.).

Din analiza legislațiilor principalelor state europene privind existența unui număr unic de identificare a persoanelor fizice, a reieșit că acestea pot fi împărțite în trei grupuri⁶⁸:

1. un grup de state care au introdus un număr unic de identificare a persoanelor: Belgia, Danemarca, Olanda și Suedia;
2. un grup de state, care nu au introdus acest număr unic de identificare, dar care, de facto, folosesc un număr de identificare sectorial cum ar fi „numărul unic de identificare”: Elveția, Italia, Spania și Franța;
3. un grup de state care se opun la crearea unui număr unic: Austria, Germania, Marea Britanie și Portugalia.

În **România**, introducerea Codului numeric personal printre atribuțiile de identificare a persoanei fizice este rezultatul noilor tehnologii din domeniul computerizării și informatizării.

Individualizarea absolută în spațiu și timp a persoanelor fizice prin numere implică precizări în dreptul civil român, în raport cu prevederile Ordonanței de Urgență nr. 97/2005 privind evidența, domiciliul, reședința și actele de identificare ale cetățenilor români⁶⁹, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 290/2005.

Prin Legea nr. 105/1996 a fost introdus un nou atribut de identificare a persoanei fizice – Codul numeric personal⁷⁰, care împreună cu numele,

⁶⁸ Le numéro unique d'identification des personnes physique, disp. pe <http://www.senat.fr/noticerap/2007/lc181-notic.html> din 15.12.2007

⁶⁹ O.U. nr. 970/2005 aprobată cu modificări prin Legea nr. 290/2005 și promulgată prin Decretul nr. 1002/2005. O.U. nr. 97/2005 a abrogat Legea nr. 105/1996 privind evidența populației și cartea de identitate.

⁷⁰ Codul numeric personal a fost introdus pentru prima dată prin Decretul nr. 59/1978 pentru modificarea Legii nr. 5/1971 cu privire la actele de identificare a cetățenilor români, precum și la procedura schimbării domiciliului și reședinței.

domiciliul și starea civilă, se înscrie în cartea de identitate⁷¹.

Temeiul juridic al acestui atribut constă în art. 5 din Legea nr. 105/1996 privind evidența populației și cartea de identitate, Legea nr. 119/1996 privind actele de stare civilă, precum și art. 106-112 din Metodologia de aplicare a dispozițiilor Legii nr. 119/1996.

Potrivit dispozițiilor art. 6 pct. 1 din O.U. nr. 97/2005 aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 209/2003: „*Codul numeric personal, denumit în continuare C.N.P., reprezintă un număr semnificativ ce individualizează o persoană fizică și constituie singurul identificator pentru toate sistemele informatice care prelucrează date cu caracter personal privind persoana fizică.*”

Din definiția legală a C.N.P. rezultă că acesta este un număr serial semnificativ, și din considerentele că reprezintă un drept personal nepatrimonial pentru identificarea persoanei fizice, C.N.P. reprezintă un nou atribut de identificare a persoanei fizice.

Astfel putem defini C.N.P. ca fiind *acel atribut de identificare a persoanei fizice format dintr-un număr serial reprezentativ care individualizează în mod univoc o persoană fizică, având rolul de a identifica acea persoană în diferite fișiere și evidențe, fiind singurul identificator pentru toate sistemele informatice care prelucrează date nominale privind persoana fizică.*

Din reglementările legale, rezultă că C.N.P. este un drept subiectiv, din categoria drepturilor personale nepatrimoniale, având caracterul juridice specifice acestor drepturi:

- este un ***drept absolut***, opozabil *erga omnes*, corespunzându-i obligația generală negativă a subiectelor pasive nedeterminate de a nu întreprinde vreo acțiune prejudiciabilă;
- acest drept este ***inalienabil***, fiind inseparabil legat de titularul său, neputând face obiectul unei transmisiuni între subiectele de drept. El nu se pierde prin neuz și odată atribuit, titularul nu se poate lipsi de C.N.P. prin renunțare sau înstrăinare.
- este un ***drept imprescriptibil***, după cum nu este prescriptibilă nici calitatea de subiect de drept, manifestată prin drepturile personale nepatrimoniale ce-i sunt corespunzătoare;

⁷¹ Persoanele care nu aveau CNP-ul trecut pe buletinul de identitate (pe Cartea de identitate acesta este trecut automat) au avut obligația ca în termen de 120 de zile de la intrarea în vigoare a Legii nr. 105/1996 să se prezinte la formațiunea de evidență a populației, de la locul de domiciliu, pentru transcrierea acestuia în fișa personală de evidență.

- este un *drept inesesizabil*, adică nu face parte din patrimoniul persoanei fizice, așa încât n-ar putea fi urmărit pe calea executării silite;
- este un *drept strict personal*, nefiind posibil de exercitat pe cale de reprezentare legală;
- normele care reglementează C.N.P. au caracter imperativ.

Dreptul personal nepatrimonial privind C.N.P. are și trăsături juridice proprii:

➤ *legalitatea* – atribuirea C.N.P. poate avea loc numai în conformitate cu normele legale. Prevederile legale recunosc C.N.P. ca aptitudine și atribut a persoanei fizice, orice modificare a acestuia putându-se realiza numai în condițiile legii;

➤ *generalitatea* – se desprinde dintr-o serie de aptitudini abstracte, cum sunt: aptitudinea persoanei fizice de a dobândi un C.N.P., aptitudinea persoanei de a solicita modificarea acestuia, precum și aptitudinea titularului de a folosi mijloace de drept civil pentru a-și apăra dreptul său;

➤ *universalitatea* – constă din prevederea legii prin care toate persoanele fizice au dreptul la C.N.P., și totodată prevederile conform cărora oriunde s-ar afla persoana fizică, aceasta se individualizează în timp și spațiu prin acest atribut al său. Prezentarea numelui ca atribut de identificare a persoanei fizice nu constituie un atribut universal absolut privind individualizarea. În relațiile sociale directe între oameni, persoana fizică nu va fi individualizată prin folosirea C.N.P., ci va folosi numele său. În cazul relațiilor legate de sistemele informatice, numele persoanei fizice nu are semnificație pentru identificarea ei, ci doar C.N.P.-ul acesteia. De aceea, cele două atribute au roluri diferite privind identificarea, dar împreună individualizează persoana fizică în timp și spațiu.

➤ *egalitatea* – constă în aceea că C.N.P.-ul persoanei fizice are un regim juridic egal pentru toate persoanele fizice, cetățeni români, indiferent de rasă, sex, naționalitate, origine etnică, religie sau alte criterii;

➤ *obligativitatea* – din consacrarea prin lege a universalității se desprinde și caracterul obligatoriu al acestuia, pentru orice persoană fizică. C.N.P. se atribuie la naștere tuturor persoanelor fizice de cetățenie română, indiferent dacă s-au născut în țară sau în străinătate și indiferent dacă au filiația stabilită față de părinți sau nu. C.N.P. fiind un drept subiectiv și un mijloc de identificare a persoanei fizice, obligativitatea folosirii acestuia rezultă din lege, fără posibilitatea de a-l modifica decât în cazurile și procedurile prevăzute de lege.

➤ **intangibilitatea** – este acea trăsătură potrivit căreia nici o persoană fizică nu poate fi lipsită de folosința sau exercițiul acestui drept;

➤ **unicitatea** – o persoană fizică are un singur C.N.P., atribuit la naștere, element diferit de toate C.N.P.-urile celorlalte persoane fizice române. Sub acest aspect, C.N.P. este singurul atribut de identificare care poate identifica în mod absolut persoana fizică română, întrucât nu există două persoane fizice române care să aibă același C.N.P.

Sub aspect structural C.N.P. cuprinde următoarele:⁷²

➤ o parte semnificativă – alcătuită din primele 7 cifre – care exprimă sexul, secolul și data nașterii, sub forma SAALLZZ: prima cifră (S) reprezintă sexul persoanei și secolul în care s-a născut, următoarele două (AA) exprimă valoarea zecilor și unităților a anului în care s-a născut persoana, cifrele 4-5 (LL) exprimă luna nașterii, iar cifrele 6-7 (ZZ) sunt pentru ziua nașterii persoanei. Pentru evitarea confuziilor referitoare la anul în care s-a născut o persoană, întrucât nu este trecută în C.N.P. decât cifra zecilor și a unităților anului nașterii, s-au introdus diferențieri cu privire la cifra referitoare la sexul persoanelor astfel:

1. pentru persoanele născute în sec. XIX (până la 1899 inclusiv) cifra sexului este de 3 pentru bărbați și 4 pentru femei;
2. pentru persoanele născute în sec. XX (până la anul 1999 inclusiv), cifra sexului este 1 pentru bărbați și 2 pentru femei;
3. pentru persoanele născute în sec. XXI (între anii 2000-2099) cifra sexului este 5 pentru bărbați și 6 pentru femei.

➤ parte secvențială – formată din 5 cifre (de la cifra 8 la 12), prin modelul JJ NNN, în care primele două cifre (JJ) reprezintă secvența atribuită județului sau sectorului în care s-a născut persoana ori în care avea domiciliul sau reședința în urma acordării C.N.P., iar următoarele 3 cifre (NNN) reprezintă un număr de secvențe (între 001-999) repartizat pe puncte de atribuire, prin care se diferențiază persoanele de același sex, născute în același loc și cu aceeași dată de naștere (an, lună, zi);

➤ cifră de control (C) a treisprezecea din C.N.P. atribuită de calculator, având rolul de a permite depistarea eventualelor erori de înlocuire sau inversare a cifrelor din componența C.N.P.

Conform prevederilor art. 6, pct. 3 al O.U. nr. 97/2005, codul numeric personal se atribuie numai cetățenilor români: „*Fiecărei persoane*

⁷² Conform prevederilor Normelor metodologice de aplicare unitară a dispozițiilor legale privind evidența, domiciliul, reședința și actele de identitate ale cetățenilor români, aprobată prin H.G. nr. 1375/2006

fizice i se atribuie, începând de la naștere, un C.N.P. care se înscrie în actele și certificatele de stare civilă și se preiau în celelalte acte cu caracter oficial, emise pe numele persoanei respective și în R.P.E.P.” (Registrul permanent de evidență a populației, astăzi Registrul național de evidență a persoanelor – n.a.).

De asemenea, Legea nr. 119/1996 cuprinde mențiuni referitoare la atribuirea C.N.P., astfel art. 25 dispune că: *„La înregistrarea nașterii, ofițerul de stare civilă atribuie și înscrie codul numeric personal, care se menționează în certificatul de naștere, precum și în toate celelalte acte care privesc persoana în cauză.”*

Prevederile H.G. nr. 1375/2006 privind Normele metodologice de aplicare unitară a dispozițiilor legale privind evidența, domiciliul, reședința și actele de identitate ale cetățenilor români, fac și ele referire la modul de atribuire al C.N.P., astfel art. 14 pct. 1 al Normelor metodologice, dispune că: *„La înregistrarea nașterii în registrele de stare civilă, persoanei fizice i se atribuie un cod numeric personal, denumit în continuare C.N.P.”*

Din dispozițiile menționate rezultă că persoanelor cărora li se atribuie codul numeric personal sunt:

- cetățeni români născuți în România;
- cetățeni români născuți în străinătate.

Conform dispozițiilor art. 6 pct. 4 din O.U. nr. 97/2005: *„Atribuirea C.N.P. se face, în țară, de către serviciile publice comunitare de evidență a persoanelor, iar în străinătate, de către Ministerul Afacerilor Externe, prin misiunile diplomatice și oficiile consulare ale României, în baza listelor prevăzute la alin. 2.”*

Codurile numerice personale sunt generate de Centrul Național de Administrare a Bazelor de Date privind Evidența Populației (C.N.A.B.D.E.P.) care distribuie listele corespunzătoare către serviciile publice comunitare județene de evidență a persoanelor, respectiv al municipiului București, precum și către Direcția generală afaceri consulare din M.A.E., liste conținând codurile numerice personale, prelucrate pentru anul în curs.

Gestionarea și verificarea atribuirii C.N.P. revine serviciilor publice comunitare de evidență a persoanelor sub coordonarea Inspectoratului Național pentru Evidența Persoanelor.

Codul numeric personal se înscrie în actul și certificatul de naștere, în cartea de identitate, în actul și certificatul de căsătorie, în actul și certificatul de deces, în pașaport, permisul de conducere, livretul militar etc.

Atribuirea C.N.P. se face numai pentru persoanele care s-au născut

vii (chiar dacă la data înregistrării nașterii nu se mai află în viață) pe baza datelor ce sunt înscrise în actul de naștere, precum și în funcție de sex⁷³.

C.N.P. odată atribuit nu mai poate fi schimbat decât în cazurile prevăzute de art. 15 ale Normelor Metodologice aprobate prin H.G. nr. 1375/2006, astfel: „*Un nou C.N.P. se atribuie aceleiași persoane în una din următoarele situații:*

- a) actul de naștere a fost rectificat, fiind modificate datele care intră în structura C.N.P.;*
- b) rubrica din certificatul de naștere în care se înscrie C.N.P. a fost completată eronat;*
- c) C.N.P. a fost atribuit greșit;*
- d) solicitantul și-a schimbat sexul;*
- e) există neconcordanță privind C.N.P.”*

Personalul serviciului public comunitar de evidență a persoanelor are obligația de a comunica noul C.N.P., cu adresă scrisă, structurii de stare civilă care a înregistrat nașterea, în vederea înscrierii acestuia în actul de naștere.

Soluționarea cazurilor de coduri numerice personale duble sau eronate se realizează de către C.N.A.B.D.E.P., în colaborare cu serviciile publice comunitare de evidență a persoanelor.

În literatura juridică⁷⁴ s-a considerat că singura modalitate prin care se poate pierde codul numeric personal este pierderea cetățeniei române, în această ipoteză persoana fizică fiind scoasă din evidența cetățenilor români și implicit din sistemele informatice care prelucrează date cu privire la persoanele fizice din România.

Enumerarea ansamblului de utilizatori ai CNP-ului ilustrează răspândirea lui în toate sectoarele vieții publice și private. Utilizarea CNP-ului se află astăzi la îndemâna diversilor utilizatori (angajați, vânzători virtuali, case de sănătate, notari) direct și/sau potențiali interesați în a cunoaște diferite aspecte și date ale vieții private ale persoanelor fizice, inclusiv starea de sănătate.

În 2030, doamna X își citește corespondența pe email: ”Candidei 2061275005008. Cu regret vă informăm, că nu poate fi reținută candidatura dumneavoastră, în vederea ocupării postului vacant scos la concurs. Conform legii din 10 februarie 2016 cu privire la profilul fizic și moral

⁷³ I. Urs, C. Ilie-Todică, Teoria persoanelor. Subiectele de drept civil, Editura Oscar Print, București, 2003, p. 138

⁷⁴ O.D. Lupu, Codul numeric personal, atribut de identificare a persoanei fizice, în „Dreptul” nr. 9/1997, p. 51-52

individual automatizat al angajatului, departamentul Resurse interna a contactat agenția regională de resurse umane în vederea comunicării profilului vostru predictiv de sănătate. Conform profilului din Dosarul medical 2061275005008 care indică potențiala ruptură a unui cromozom și dispariția uneia din părțile sale din regiunea W98dfy43 a cromozomului 17 care vă predispune la o infectare cu hepatita F12x, scorul predictiv al sănătății dumneavoastră, conduce la un coeficient final pentru angajare de 0,55, însă minim solicitat de consiliul nostru de administrație este de 1,5. În plus:

- ați achiziționat împreună cu soțul o locuință, care este situată la 30 de Km de sediul nostru; coeficientul este de 0,75%;
- aveți în întreținere doi copiii pentru care în ultimii doi ani ați schimbat 16 beby-siter; coeficientul este de 0,52%”

Science-fiction? Fără îndoială. Însă cine poate să respingă 100% acest scenariu, atâta timp cât toate datele personale fac obiectul unei interconexiuni a fișierelor din toate domeniile: asigurări, bănci, sănătate, relații de muncă?

Pentru a păstra siguranța corpului social, pentru ca Big Banca, Big Doctor, Big vânzător să nu se transforme în Big Brother, ar trebui ca utilizarea datelor personale aflate în numărul unic de identificare a persoanei să-și restrângă sfera, și să respecte cu adevărat principiile care protejează viața privată a oricărei persoane.

BIBLIOGRAFIE

1. O.D. Lupu, Codul numeric personal, atribut de identificare a persoanei fizice, în „Dreptul” nr. 9/1997
2. I. Urs, C. Ilie-Todică, Teoria persoanelor. Subiectele de drept civil, Editura Oscar Print, București, 2003
3. O.U. nr. 970/2005 aprobată cu modificări prin Legea nr. 290/2005 și promulgată prin Decretul nr. 1002/2005. O.U. nr. 97/2005 a abrogat Legea nr. 105/1996 privind evidența populației și cartea de identitate.
4. Le NIR et l'interconnexion des fichiers, article mis en ligne le Jeudi 11 oct. 2007, disp. pe http://www.ldh-toulon.net/spip.php?page=imprimer&id_article=136 din 26.12.2007.
5. La carte d'identité électronique en Europe: Belgique, Italie, Espagne, Pays-Bas, Grande-Bretagne, Allemagne, disponible pe <http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/CNI-biometric/identite-electronique-EUROPE.pdf> din 10.01.2008

6. Le NIR, un numéro dont l'usage doit rester cantonné, 14/03/2007 – Tribune, disponible pe: <http://www.cnil.fr/index.php?ide2202> din 17.07.2007
7. Le NIR, commuément appelé „numéro de securité sociale”, son historie, les dangers de l'interconnexiou des fichiers (Première publication le 27 avril 1999, complétee le 11 octobre 2007), disponible pe <http://www.ldh-toulon.net/spip.php Article136> din 15.01.2008
8. Le numéro unique d'identification des personnes physique, disp. pe <http://www.senat.fr/noticerap/2007/lc181-notice.html>, din 10.01.2008
9. C.O. 1217 du 25 Juillet 1989. Réforme du répertoire national des attributaires – Reprise massive du numéro d'identification unique du registre national des personnes physiques, disp. pe <http://www.famidoc.be/fr/CO1217000000.php>, din 10.01.2008
10. Décret du 73-314 du 14 mars 1973 (texte fondateur): relatif à la création d'un système national d'identification et d'un répertoire des entreprises et de leurs établissements, disp pe <http://www.boulognebillancourt.com/cms/images/pdf>, din 10.01.2008

**EXAMEN TEORETIC AL PRACTICII JUDICIARE
ROMÂNE ȘI A PRACTICII C.E.D.O. PRIVIND
SOLUȚIONAREA CERERILOR DE RESTITUIRE A
IMOBILELOR PRELUATE ÎN MOD ABUZIV DE CĂTRE
STATUL ROMÂN ÎN PERIOADA 6 MARTIE 1945-
22 DECEMBRIE 1989**

Prof. univ. dr. Dumitru C. FLORESCU

ABSTRACT

As part of endeavors meant to establish the rule of law, the market economy and political democracy, the Romanian legislator, after December 1989, focused upon political and legal measures, meant to restore the rights undermined by the abuses committed by the authorities during the totalitarian state.

One of the most relevant trends in this respect is the attempt to compensate the damages caused by the abusive take over of real estate by the state, cooperative organizations or any other legal entities, between 6 March 1945 and 22 December 1989.

One of the most significant laws in this respect, attempting to solve issues relating to restorations of the real estate abusively seized by the former totalitarian authorities is the Law no. 10/14 February 2001, focusing on the legal treatment of real estate abusively seized by the state between 6 March 1945 and 22 December 1989, published in the Official Gazette of România, Part I, no. 75/14.02.2001.

A special role, as regards the solving of numerous and sensitive issues appeared in connection with the enforcing of the Law no. 10/2001 was the practice of our national courts, first of all the High Court of Cassation and Justice in România, but also the European Court of Human Rights jurisprudence, that has guided not only the internal courts as concerns the interpretation and the enforcement of the law, but also it has been a guide for the legislative modifications brought to this legal act during its existence.

This study is analyzing the Romanian post-December legislation and the national judicial practice evolution, as well as the doctrine on the matter of restoring the real estate abusively seized by the Romania totalitarian state in the period 6 March 1945 – 22 December 1989 and is emphasizing the overwhelming role of the European Court of Human Rights in the process of elaboration of the patrimonial restoring politics of the victims of nationalizations and expropriations realized by the totalitarian regime, and of the enforcement in judicial practice of these legislative measures on restoring, in accordance with the international principles on the protection of private property right.

drept de proprietate, preluare abuzivă de către stat, restituire imobile, jurisprudența C.E.D.O.

În cadrul amplelor eforturi de edificare a statului de drept, a economiei de piață și a democrației politice, legiuitorul român postdecembrist a manifestat o preocupare continuă și susținută, prin măsuri politice și juridice, pentru repararea abuzurilor și nedreptăților săvârșite în perioada statului totalitar¹.

Una dintre direcțiile cele mai importante ale acestui efort o constituie repararea pagubelor pricinuite prin preluarea în mod abuziv a unor imobile de către stat, organizații cooperatiste sau de către orice alte persoane juridice, în perioada 6 martie 1945- 22 decembrie 1989.

Unul dintre cele mai importante acte normative reparatorii în materie, care se caracterizează prin încercarea de a soluționa pe cât posibil ansamblul domeniilor și aspectelor restituirii imobilelor preluate în mod abuziv de către vechiul regim politic totalitar îl constituie Legea nr.10/14 februarie 2001 privind regimul juridic al unor imobile preluate în mod abuziv în perioada 6 martie 1945- 22 decembrie 1989, publicată în Monitorul Oficial, partea I-a, nr. 75 din 14 februarie 2001, cu modificările și completările ulterioare.

Un rol deosebit în soluționarea numeroaselor și delicatelor chestiuni apărute în aplicare a Legii nr.10/2001 l-a avut practica instanțelor noastre naționale, în primul rând a instanței noastre supreme, dar și jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, jurisprudența care a orientat nu numai instanțele interne în interpretarea și aplicarea legii, dar a constituit și un îndreptar pentru modificările legislative aduse acestui act normativ în decursul existenței sale.

În acest sens și pentru a stabili raportul între normele comunitate și

legile interne privind drepturile și libertățile fundamentale ale omului, Constituția României stabilește în art.20:

(1)Dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile cetățenilor vor fi interpretate și aplicate în concordanță cu Declarația Universală a Drepturilor Omului, cu pactele și cu celelalte tratate la care România este parte.

(2)Dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și legile interne, au prioritate reglementările internaționale, cu excepția cazului în care Constituția sau legile interne conțin dispoziții mai favorabile.pe seama caracterului imediat executoriu al normei dreptului internațional și al priorității dreptului internațional asupra celui intern².

Prin urmare în cazul unui eventual conflict între normele interne și normele internaționale se soluționează pe seama caracterului imediat executoriu al normei dreptului internațional și a priorității dreptului internațional asupra celui intern.

Cazurile de antinomie între normele comunitare și normele de drept intern trebuie soluționate în funcție de „competențele la care statele au înțeles să renunțe sau pe care au vrut să le rezerve în virtutea tratatelor”, dar normele comunitare au prioritate numai dacă sunt mai favorabile³.

I. Apariția Legii nr.10/2001 și modificările sale ulterioare au fost rodul soluțiilor practice judiciare, și mai ales a jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului în soluționarea cererilor de restituire a imobilelor preluate în mod abuziv de statul totalitar român în perioada 6 martie 1945-22 decembrie 1989.

În adevăr, repararea abuzurilor săvârșite de statul totalitar român prin încălcarea dreptului de proprietate privată și preluarea abuziva a unor imobile în perioada 6 martie 1945-22 decembrie 1989 a constituit și obiectul a numeroase decizii ale Curții Europene a drepturilor Omului, sesizată cu modul de soluționare a acestor cereri de către instanțele judecătorești interne.

O analiză comparativă a deciziilor CEDO, respectiv a procesului legislativ, precum și a evoluției practice judiciare interne, dovedesc cu prisosință rolul creator și îndrumător pe calea unei reglementări democratice, și în același timp principiale și corecte din punctul de vedere al apărării dreptului de proprietate privată a Curții Europene a Drepturilor Omului.

Vom încerca să ilustrăm teza afirmată mai sus cu câteva exemple.

I. În prima etapă imediat următoare revoluției din decembrie 1989, și anume în intervalul ianuarie 1990-februarie 1995, în lipsa unei legislații speciale care să reglementeze regimul juridic al imobilelor naționalizate, instanțele române s-au considerat competente să analizeze și să soluționeze litigiile referitoare la aceste imobile, în special cele naționalizate prin aplicare Decretului nr.92/1950, inclusiv să stabilească dacă dispozițiile diferitelor decrete de naționalizare respectau condițiile de fond și de formă prevăzute de constituțiile în vigoare la momentul adoptării lor.

În această perioadă, privarea de proprietate ce rezultă dintr-o naționalizare era considerată ca fiind efectuată „cu titlu” dacă decretele, Constituția și tratatele internaționale la care România era parte fuseseră respectate la data apropiării imobilului de către stat.

Secția civilă a Curții Supreme de Justiție a confirmat în numeroase ocazii jurisprudența instanțelor inferioare care au decis că sunt competente să se pronunțe în acțiunile în revendicare a imobilelor naționalizate (în special a celor naționalizate în baza decretului nr.92 / 1950) intentate împotriva statului de către foștii proprietari sau de către moștenitorii acestora.

II. În această a doua etapă, consecutiva revirimentului de jurisprudență a Curții Supreme de Justiție din 2 februarie 1995, instanțele interne nu s-au mai considerat competente să analizeze aplicarea decretelor de naționalizare și să dispună restituirea imobilelor naționalizate prin aplicarea Decretului nr.92/1950. Ele au considerat că reglementarea situației juridice a naționalizărilor efectuate în aplicarea Decretului nr.92/1950 prin raportare la dispozițiile Constituției referitoare la dreptul de proprietate nu se putea face decât pe cale legislativă.

La 2 februarie 1995, Curtea Supremă de Justiție, în secții unite, a pronunțat cu o majoritate de 25 voturi pentru și 20 împotriva, Decizia nr.1 prin care a decis schimbarea jurisprudenței secției civile în sensul că „Instanțele judecătorești nu au atribuții de a cenzura și dispune restituirea imobilelor naționalizate prin Decretul nr.92/1950 și că numai legea poate dispune cu privire la conformitatea naționalizărilor efectuate în temeiul Decretului nr.92/1950 cu dispozițiile actualei constituții”.

În temeiul aceleiași decizii Procurorul General al României a promovat un mare număr de recursuri în anulare prin care a fost cerută și obținută în fața Curții Supreme de Justiție desființarea hotărârilor

judecătorești definitive, trecute în puterea lucrului judecat, de retrocedare a imobilelor naționalizate în mod abuziv și ilegal de către statul român în perioada 6 martie 1945-22 decembrie 1989. Acțiunile pendite în fața instanțelor judecătorești prin care se solicită restituirea imobilelor naționalizate au fost respinse ca inadmisibile în temeiul aceleiași decizii a Curții Supreme de Justiție.

III. În etapa următoare, statul a adoptat Legea nr.112/1995, care permitea vânzarea către chiriași a imobilelor trecute în patrimoniul statului în baza unui titlu. Potrivit acestei legi restituirea imobilelor naționalizate foștilor proprietari sau moștenitorilor acestora nu era posibilă decât dacă aceștia locuiau în imobilele respective în calitate de chiriași sau dacă bunurile erau libere și nu fuseseră închiriate. În cazul în care nu îndeplineau aceste condiții, foștii proprietari erau îndreptățiți să ceară despăgubiri.

Prin Normele Metodologice de aplicare a legii, adoptate prin Hotărârea nr.20/1996, Guvernul a definit imobilele naționalizate „cu titlu” ca fiind acele imobile trecute în patrimoniul statului prin aplicarea unor dispoziții legale. Conform acestei hotărâri, Legea nr.112/1995 nu se aplică în cazul imobilelor deținute în fapt de stat, adică în lipsa dispoziției legale care să constituie fundamentul juridic al dreptului său de proprietate, considerându-se că statul nu avea nici un titlu de proprietate asupra imobilelor respective.

Potrivit literaturii juridice și practicii judiciare, „titlul”, așa cum era el definit de Hotărârea Guvernului nr.20/1996, implica existența unei dispoziții legale care să permită naționalizarea. Simplul fapt că statul invoca un act normativ în vigoare în timpul naționalizării unui bun este suficient pentru ca apropierea bunului de către stat să fie considerată ca realizată în baza unui titlu⁴.

În ce privește Decretul nr.92/1950 era suficient ca un imobil naționalizat în temeiul său să fie inclus în listele anexe ale decretului pentru a fi considerat ca fiind naționalizat cu „titlu”, independent de respectarea sau nerespectarea cerințelor de fond sau de formă impuse de acest decret la data naționalizării.

La 19 iulie 1995, pronunțându-se asupra constituționalității proiectului Legii nr.115/1995, Curtea Constituțională a statuat că „...Alta este însă situația locuințelor care au fost preluate de stat printr-un act administrativ ilegal sau pur și simplu în fapt, așadar fără titlu. În asemenea

cazuri dreptul de proprietate al persoanei fizice nu a fost desființat legal, astfel încât statul nefiind proprietar, asemenea imobile nu pot fi incluse în categoria celor avute în vedere într-o lege al cărei obiect este reglementarea situației juridice a locuințelor trecute în proprietatea statului.

În alți termeni, cu excepția cazurilor în care, potrivit legii, apartamentele ar urma să fie fără limite valorice restituite fostului proprietar ori moștenitorilor acestuia, măsurile cuprinse în lege (acordare de despăgubiri, vânzarea locuințelor către chiriașii care le ocupă) nu sunt aplicabile acelor locuințe cu privire la care statul nu a dobândit dreptul legal de proprietate.

După ce a vândut o parte a imobilelor considerate ca fiind naționalizate „cu titlu” în baza Hotărârii nr.20/1996, într-o altă etapă marcată prin adoptarea Hotărârii nr.11/1997, intrată în vigoare la 4 februarie 1997, Guvernul a modificat și completat definiția imobilelor naționalizate cu „titlu”. Noua hotărâre a introdus o condiție suplimentară, și anume: conform art.1 alin.2 din această hotărâre, bunurile dobândite de stat în baza unui titlu erau cele apropiate prin respectarea cerințelor decretelor în vigoare la data respectivă.

Hotărârea prevedea de asemenea că:

(4) Imobilele cu destinația de locuință care au fost trecute în proprietatea statului prin încălcarea dispozițiilor legale în vigoare la data intrării lor în patrimoniul statului sau în lipsa unor reglementari legale care să constituie fundamentul juridic al dreptului de proprietate al statului sunt considerate ca trecute în proprietatea statului fără titlu și nu intră în domeniul de aplicare al Legii nr.12/1995.

(5) Imobilele ce nu intră în domeniul de aplicare al Legii nr.112/1995 și pentru care statul nu deține titlu de proprietate valabil pot face obiectul unei cereri de restituire sau de despăgubiri conform dreptului comun(...).”

Conform practicii judiciare și literaturii juridice, în temeiul Hotărârii nr.11/1997 sunt considerate ca fiind naționalizate „fără titlu” nu numai imobilele apropiate în fapt de stat, ci și cele apropiate fără respectarea cerințelor legale impuse de decretul de naționalizare⁵.

Imobilele dobândite de stat în temeiul Decretului nr.92/1950 erau considerate ca naționalizate „cu titlu” dacă cerințele legale prevăzute de art. I paragrafele 1-5 și de art. II din decret au fost respectate la data naționalizării și dacă la această dată persoana care figura ca proprietar pe listele anexate la decret era aceeași cu adevăratul proprietar.

Legea nr.213/1998 privind proprietatea publică și regimul juridic al

acesteia a introdus o nouă condiție de „valabilitate” a titlului statului, și anume, valabilitatea dreptului de proprietate a statului devine subordonată conformității decretului de naționalizare și actelor administrative de aplicare a acestuia cu Constituția, tratatele internaționale la care România era parte și legilor în vigoare la data la care bunurile respective au fost trecute în patrimoniul statului. În lipsa unei asemenea conformități, statul nu avea titlu valabil și, prin urmare, nu dobândise dreptul de proprietate asupra imobilului. În acest caz fostul proprietar îl putea revendica în fața instanțelor judecătorești competente pentru a stabili „valabilitate” titlului statului.

Punând de acord practica judiciară cu dispozițiile Legii nr.112/1995 și ale Legii nr.213/1998, prin Hotărârea nr.1 din 28 septembrie 1998, Curtea Supremă de Justiție, în Secția Unite a constatat că după pronunțarea Hotărârii nr.1 din 2 februarie 1995, majoritatea instanțelor judecătorești nu au urmat jurisprudența instanței supreme adoptată prin această Hotărâre, continuând să primească și să soluționeze orice acțiune prin care se reclamă o încălcare în orice fel – chiar prin lege – a dreptului de proprietate ce a avut loc în perioada 1944-1989 ajungându-se ca majoritatea instanțelor judecătorești să aibă, în această materie, o jurisprudență proprie, opusă celei a Curții Supreme de Justiție ca instanță de vârf în ierarhia acestora.

Curtea Supremă de Justiție a constatat de asemenea că dreptul persoanei de a se adresa Justiției este consacrat prin Constituție, Legea de organizare judecătorească și că art.3 din Codul civil român prevede că „Judecătorul care va refuza a judeca, sub cuvânt că legea nu prevede sau că este întunecată ori neîndestulătoare, va putea fi urmărit pentru denegare de dreptate”.

Prin aceeași Hotărâre s-a arătat că „Acest drept fundamental al unei persoane de a se adresa Justiției este consacrat și în tratatele internaționale pe care România le-a ratificat și, ca urmare, a devenit parte.

Astfel, prin art.6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale adoptată de Consiliul Europei la 4 noiembrie 1950, s-a prevăzut că „Orice persoană are dreptul la judecarea în mod echitabil, în mod public și într-un termen rezonabil a cauzei sale, de către o instanță independentă și imparțială instituită prin lege, care va hotărî fie asupra încălcării drepturilor și obligațiilor sale cu caracter civil, fie asupra temeiniciei oricărei acuzații în materie penală îndreptată împotriva sa”.

De asemenea, potrivit art.13 al aceleiași Convenții internaționale „Orice persoană ale cărei drepturi și libertăți recunoscute de prezenta convenție au fost încălcate are dreptul să se adreseze efectiv unei instanțe

naționale, chiar și atunci când încălcarea s-ar datora unor persoane care au acționat în exercitarea atribuțiilor oficiale”, iar conform art.1 din Primul Protocol adițional la Convenție (2 martie 1950) între drepturile recunoscute s-a prevăzut că „Orice persoană fizică sau juridică are dreptul la respectarea bunurilor sale; nimeni nu poate fi lipsit de proprietatea sa decât pentru cauza de utilitate publică, și în condițiile prevăzute de lege și de principiile generale ale dreptului internațional”.

Față de aceste considerente, Curtea Suprema de Justiție revine asupra propriei sale jurisprudențe și statuează că instanțele judecătorești sunt competente să judece toate acțiunile deduse judecării prin care se reclamă încălcarea dreptului de proprietate și a celorlalte drepturi reale intervenite în perioada 1944-1989.

După intrarea în vigoare a Hotărârii Guvernului nr.11/18 septembrie 1997 (Normele Metodologice de aplicare a Legii nr.112/1995) unii proprietari față de care Curtea Suprema de Justiție, în sub imperiul Deciziei secțiilor unite nr.1 din 1995, anulasă Hotărârile judecătorești definitive de retrocedare, au introdus noi acțiuni în revendicare.

Problema excepției autorității lucrului judecat, invocată în cadrul acestor noi procese, nu a primit o soluționare unitară din partea instanțelor judecătorești, multe dintre acestea admitând excepția lucrului judecat, au respins și cea de a doua acțiune în revendicare.

Față de aceste practici, Curtea Europeană a Drepturilor Omului s-a pronunțat prin Hotărârea din 28 octombrie 1999 în cauză BRUMĂRESCU împotriva ROMÂNIEI (cererea nr.28342/1995)⁶ în sensul că deși procedura de restituire a dreptului de proprietate care a urmat deciziei C.S.J. nu s-a finalizat printr-o Hotărâre definitivă, și nu ar fi exclus ca în final reclamantul BRUMĂRESCU să aibă câștig de cauză, rezultă că punctul de plecare al acestui proces în fața CEDO a fost faptul că imobilul în discuție a redevenit proprietatea statului prin anularea în urma recursului în anulare a Hotărârii de retrocedare.

Curtea a constatat că plângerea reclamantului nu s-a limitat la încălcarea de către C.S.J. a dreptului sau de proprietate, ci că a reclamat ca efect al aceleiași decizii, și o încălcare a art.6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

Reclamantul a arătat că motivul pentru care este victima în sensul art.34 din Convenție se datorează anulării unei Hotărâri judecătorești definitive pronunțate în favoarea sa și constatării că instanțele nu aveau competența să soluționeze acțiunile în revendicare de genul celei introduse de reclamant, și că imposibilitatea de aduce o asemenea acțiune în fața

instanțelor a durat mai mulți ani.

Curtea a apreciat că, chiar dacă împrejurarea adoptării unor noi reglementări și a schimbării jurisprudenței Curții Supreme de Justiție, calea judecătorească este acum deschisă, în asemenea împrejurări este împovăraător să i se ceară reclamantului să inițieze această procedură a doua oară, cu atât mai mult cu cât în lumina jurisprudenței contradictorii a instanțelor românești, rezultatul unei noi acțiuni în revendicare rămâne incert, avându-se în vedere principiul autorității lucrului judecat.

Pentru Curte dreptul de acces la Justiție solicită cu necesitate o cale judiciară care să permită revendicarea drepturilor civile. Prin urmare anularea Hotărârii de admitere a restituirii imobilului pe motiv că instanțele nu au competența să soluționeze o asemenea acțiune a afectat însăși substanța dreptului de acces la Justiție în sensul art.6 alin.1 din Convenție.

Mai mult Curtea a constatat că a existat o încălcare (ingerință) a dreptului de proprietate al reclamantului, garantat de art.1 din Protocolul nr.1, prin aceea ca Hotărârea Curții Supreme de Justiție din 1 martie 1995, pronunțată în urma recursului în anulare promovat de Procurorul General, a casat Hotărârea definitivă din 9 decembrie 1993, care îi atribuia reclamantului BRUMĂRESCU imobilul, Hotărârea fusese deja executată.

În consecință, CEDO a constatat în unanimitate că a existat o încălcare a art. 6 alin.1 din Convenție în sensul că nu a existat un proces echitabil, că a existat o încălcare a art.6 alin.1 din Convenție datorită faptului că reclamantului i s-a refuzat dreptul de acces la Justiție și în sfârșit că reclamantul a fost lipsit de bunul sau mai bine de 4 ani, fără să fi încasat vreo despăgubire care să reflecte valoarea reală a imobilului și că eforturile depuse pentru a-și recupera proprietatea au fost până în acel moment zadarnice, existând prin urmare o încălcare a art.1 din Protocolul nr.1 adițional la Convenție.

Cu privire la modalitățile de reparare a prejudiciului cauzat prin preluarea abuzivă a imobilelor de către statul român între 1945-1989, Curtea Europeană a drepturilor Omului a reiterat principiul că o încălcare a Convenției impune statului pârât obligația juridică de a pune capăt încălcării și de a repara consecințele, astfel încât să restabilească pe cât posibil situația existentă înaintea încălcării.

Statele contractante sunt în principiu libere să aleagă modalitatea de executare a unei Hotărâri care constată o încălcare.

Dacă în urma încălcării dreptului de proprietate restituirea în natură este totuși posibilă, statul este obligat să o dispună.

Dacă însă dreptul intern nu permite sau permite doar parțial înlăturarea consecințelor încălcării, art.41 din Convenție împuternicește Curtea să acorde părții vătămate, dacă este cazul despăgubirile pe care le consideră necesare⁷.

Prin Hotărârea din 23 ianuarie 2001 în cauză BRUMĂRESCU împotriva ROMÂNIEI⁸ s-a constatat că, urmare amânării discutării art.41 din Convenție, din documentele prezentate de părți rezultă că apelul declarat de reclamant a fost respins; Tribunalul București statuând ca potrivit legislației interne, reclamantului nu i se mai poate restitui apartamentul în natură, ci că are dreptul doar la despăgubiri. Soluția a fost menținută de Curtea de Apel București, care a respins recursul reclamantului, constatând că apartamentul în discuție din imobilul naționalizat în temeiul Decretului nr.92/1950, a fost vândut în anul 1973 unchilor terțului intervenient moștenitor.

Art. 41 din Convenție prevede „În cazul în care Curtea declară că a avut loc o încălcare a Convenției sau a protocoalelor și dacă dreptul intern al Înaltei părți contractante nu permite decât o înlăturare incompletă a consecințelor acestei încălcări, Curtea acordă părții lezate, dacă este cazul o reparație echitabilă”.

Pe lângă prejudiciul material, valoarea actuală de circulație a imobilului, de care a fost privat, reclamantul a solicitat de asemenea 75.000 USD cu titlu de prejudiciu moral pentru suferințele „grave, insuportabile și incomensurabile”, cauzate de Decizia din 1995 a Curții Supreme de Justiție, când a fost privat a doua oară de proprietate, deși reușise în 1993 să remedieze acest lucru.

Prin Hotărârea menționată CEDO a admis și acesta cerere și a obligat statul român și la plata a 15.000USD cu titlu de prejudiciu moral.

În mod asemănător a decis Curtea Europeană a Drepturilor Omului (secția a III-a) prin Hotărârea din 22 decembrie 2004 în cauza ANDRONE împotriva ROMÂNIEI.⁹

În această cauză, reclamantii au obținut într-o a doua acțiune în revendicare (la judecata primeia au renunțat) prin sentința Judecătorei sectorului 1-București recunoașterea dreptului de proprietate asupra imobilului revendicat și restituirea lui de către autoritățile administrative. Sentința a rămas definitivă, iar primarul Municipiului București a dispus restituirea administrativă a imobilului. În litigiu.

La 27 martie 2000, Procurorul General a formulat la Judecătoria sectorului 1 - București o cerere de revizuire a sentinței de restituire precizând că pârâta, Consiliul General al Municipiului București, nu a fost

reprezentată la ședința de judecată în fond. Dosarul a fost strămutat la Judecătoria Brașov care a admis cererea de revizuire, dar pe fond a admis acțiunea reclamanților, confirmând sentința definitivă a Judecătoriei sectorului 1-București. Instanța de revizuire a constatat pe fond că dispoziția administrativă din 15 octombrie 1985 (decizia) de confiscare a imobilului emisă în temeiul Decretului nr.223/1974, ca urmare a plecării din țară a reclamanților, nu fusese comunicată acestora și că în consecință preluarea imobilului fusese ilegală.

Apelurile Consiliului General al Municipiului București, Primăriei Municipiului București și Parchetului de pe lângă Judecătoria Brașov au fost admise, și a fost admisă cererea de revizuire, și pe fond a fost respinsă acțiunea reclamanților ca neîntemeiată, pe considerentul că reclamanții avuseseră posibilitatea în acel moment să ia cunoștință de decizia de confiscare.

Reclamanții au formulat recurs împotriva deciziei, arătând că anularea unei Hotărâri definitive care le este favorabilă, ca și respingerea acțiunii cu privire la care instanțele interne se pronunțaseră definitiv, încălcau art.6 alin.1 din Convenție.

Curtea de Apel Brașov a respins recursul reclamanților ca neîntemeiat, hotărând că decizia Tribunalului Brașov este legală, bunul în litigiu fiind trecut legal în proprietatea statului.

În temeiul susmenționatei decizii, Consiliul General al Municipiului București a anulat dispoziția administrativă prin care în 1997 dispusese restituirea bunului în litigiu.

Reclamanții s-au adresat Curții Europene a Drepturilor Omului cu cererea nr.54062/2000.

După ce a declarat în principiu cererea admisibilă, Curtea a găsit cererea întemeiată, considerând că prin Hotărârea din 22 noiembrie 2001, Tribunalul Brașov a încălcat art.6 alin. 1 din Convenție care prevede că „Orice persoană are dreptul la judecarea în mod echitabil ...de către o instanță...care va hotărî asupra încălcării drepturilor și obligațiilor sale cu caracter civil...”.

Invocând textul sus menționat reclamanții au arătat că desființarea unei Hotărâri judecătorești definitive, la trei ani de la data la care Hotărârea respectivă devenise definitivă încalcă principiul securității juridice, prevăzut în art.6 alin.1.

Termenul legal pentru formularea cererii de revizuire expirase în dreptul intern. Or, Procurorul General a formulat cerere de revizuire la 27

martie 2000, adică la mai mult de doi ani de la pronunțarea Hotărârii din 25 septembrie 1997, cu încălcarea art.324 pct.5 din Codul de procedură civilă.

Reținând că în conformitate cu art. 324 pct.5 din Codul de procedură civilă, o cerere de revizuire poate fi introdusă în termen de o lună de la notificarea Hotărârii definitive către stat sau către celelalte persoane juridice de drept public sau de utilitate publică „Curtea a subscris la teza reclamanților cu privire la caracterul tardiv al cererii de revizuire. Curtea a apreciat de asemenea că la fel ca în cauză BRUMĂRESCU a fost încălcat art.6 alin.1, pe motiv că anularea unei Hotărâri definitive de recunoaștere a unui drept de proprietate contravine principiului securității juridice și că din acest punct de vedere nimic în speță nu permite diferențierea acestei cauze de cauzele menționate anterior (BRUMĂRESCU contra ROMÂNIEI și SOVTRANSAVTO contra UCRINEI).¹⁰

Amintind că dreptul de proprietate al reclamanților asupra bunului în litigiu fusese stabilit prin sentința definitivă din 25 septembrie 1997 și subliniind că dreptul astfel recunoscut nu este revocabil, Curtea a constatat că reclamanții aveau un „bun” în sensul art.1 din Primul Protocol adițional și că Hotărârea pronunțată de Tribunalul Brașov și confirmată de Curtea de Apel Brașov, similar ca în cauza Brumărescu, a adus atingere dreptului la respectarea bunurilor, astfel cum este acesta garantat în art.1 din Primul Protocol adițional care prevede:

„Orice persoană fizică sau juridică are dreptul la respectarea bunurilor sale. Nimeni nu poate fi lipsit de proprietatea sa, decât pentru cauza de utilitate publică și în condițiile prevăzute de lege și de principiile generale ale dreptului internațional”.

Ca urmare, Curtea a hotărât că statul pârât trebuie să restituie reclamanților în 3 luni de la rămânerea definitivă a Hotărârii, casa în litigiu și terenul pe care este construită, iar în lipsa restituirii în natură, statul trebuie să plătească reclamanților împreună, în același termen, 60.000 euro cu titlu de prejudiciu material și 6000 euro cu titlu de prejudiciu moral.

Încălările prevederilor Convenției Europene a Drepturilor Omului au fost constatate și în cauza ANGELESCU împotriva ROMÂNIEI soluționată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului (secția a III-a) prin Hotărârea din 9 aprilie 2002¹¹.

În anul 1994, mama reclamantului ANGELESCU a sesizat instanța de fond română cu o acțiune în revendicare a imobilului, proprietatea defunctului său soț, arătând că dispozițiile Decretului nr.92/1950 în temeiul căruia a fost dispusă naționalizarea nu erau aplicabile în speță, soțul său funcționar, și pensionar la data naționalizării, fiind exclus de la această

măsură prin dispozițiile art. II din Decretul nr.92/1950.

Instanța a admis acțiunea, a recunoscut dreptul de proprietate al reclamantei și a dispus ca statul să lase în deplină posesie imobilul revendicat.

Apelul introdus de Consiliul General al Municipiului București a fost respins ca tardiv introdus de Tribunalul București, sentința devenind definitivă și irevocabilă.

În temeiul sentinței, primarul Municipiului București a dispus restituirea bunului și radierea dreptului de proprietate al statului din registrul de publicitate imobiliară.

În 1994 reclamanta a donat fiului său imobilul redobândit în proprietate.

În anul 1995, Procurorul General a declarat recurs în anulare împotriva Hotărârilor menționate, cu motivarea că, examinând legalitatea aplicării Decretului nr.92/1950, judecătorii au depășit atributele puterii judecătorești.

Recursul în anulare a fost admis de Curtea Supremă de Justiție, care în prealabil a respins cererea avocatului reclamantei, care a arătat că aceasta nu mai are calitate procesuală întrucât transmisese imobilul fiului său, actualul proprietar.

Consecutiv deciziei Curții Supreme de Justiție, primarul Municipiului București a anulat prima sa decizie, ordonând reclamantei să lase imobilul în proprietate și posesie societății Herăstrău S.A., administrator al imobilului proprietate de stat.

În anul 1998 reclamantul, fiul fostei proprietare, decedată între timp, a formulat o nouă acțiune în revendicare care a fost admisă în sensul confirmării dreptului său de proprietate asupra imobilului. Consiliul General al Municipiului București a renunțat la apel, astfel că sentința a rămas definitivă și irevocabilă. Primarul Municipiului București a ordonat restituirea imobilului compus din construcții și terenul aferent.

La o data neprecizată Primăria Municipiului București a introdus cerere de revizuire împotriva deciziei Tribunalului București, cale de atac care se află în curs de judecare la data judecării cererii de către CEDO.

Curtea a considerat că decizia C.S.J. din 1995 a încălcat prevederile art.6 paragraful 1 din Convenție întrucât anularea unei Hotărâri judecătorești definitive este contrară principiului securității juridice.

De asemenea, ca și în cauza Brumărescu, refuzul C.S.J. de a recunoaște competența instanțelor judecătorești de a examina litigii de

natura celui în cauză, purtând asupra revendicării unor bunuri imobile încalcă prevederile art.6 paragraful 1 din Convenție.

Cu atât mai mult excluderea de către C.S.J. din sfera de competență a instanțelor judecătorești a acțiunii în revendicare este în sine contrară dreptului de acces la o instanță, garantat de art.6 alin.1 din Convenție.

În sfârșit, examinarea dreptului de proprietate a reclamantului, fără ascultarea acestuia și fără a-i oferi posibilitatea de a se apăra, a adus atingere principiului echității procedurii, consacrat de același text.

Ca și în cazul Brumărescu, Curtea a apreciat că reclamantul ANGELESCU a avut exercițiul dreptului său de proprietate în calitate de proprietar legitim de la 2 decembrie 1994, când prin sentință definitivă și irevocabilă imobilul a fost retrocedat până la 31 mai 1995, când prin decizia C.S.J. a fost anulată această sentință și s-a decis ca proprietar legitim al bunului este statul.

În concluzie, Curtea a considerat că reclamantul avea deci „un bun” în sensul art.1 din Primul Protocol adițional la Convenție, și că în aceste condiții chiar dacă s-ar dovedi că privarea de proprietate a urmărit o cauză de interes public, nu a fost respectat justul echilibru și reclamantul a suportat și suportă o „povară deosebită și exorbitantă” și că, prin urmare, a existat o încălcare a prevederilor art.1 din Primul protocol adițional la Convenție.

În consecință Curtea a hotărât în unanimitate că a existat o încălcare a art.6 paragraful 1 din Convenție, sub aspectul absenței unui proces echitabil și sub aspectul negării dreptului la Justiție, că a existat o încălcare a art.1 din Primul protocol adițional la Convenție și a obligat statul român să plătească reclamantului în 3 luni de la comunicarea Hotărârii definitive suma de 18.755 euro pentru prejudiciul material și 20.000 euro pentru prejudiciul moral suferit.

În același sens, Curtea Europeană a Drepturilor Omului (secția a III-a) a considerat prin Hotărârea din 24 martie 2005 în cauza SANDOR împotriva ROMÂNIEI¹² că art.6 alin.1 din Convenție a fost încălcat, într-o cauză de revendicare a unui imobil, în care instanța de apel – Curtea de Apel Galați – nu numai că a omis să răspundă argumentelor invocate de reclamant în recurs, dar nici măcar nu a indicat că și-ar fi însușit motivele prezentate de către instanțele inferioare. Curtea a apreciat că reclamantul este îndreptățit să susțină că Hotărârea Curții de Apel Galați nu era suficient motivată și că cererea sa în procedura de revendicare finalizată prin această Hotărâre nu a fost examinată în mod echitabil.

IV. Anularea contractelor de vânzare-cumpărare a imobilelor naționalizate conform Legii nr.112/1995 și protecția cumpărătorilor. Practica judiciară și jurisprudența CEDO după adoptarea Legii nr. 10/2001.

Legea nr.10/2001 a prevăzut dispoziții de protecție a cumpărătorilor de bună credință ai imobilelor preluate în mod abuziv de stat în perioada 1945-1989, măsurile reparatorii acordate persoanei îndreptățite fiind în aceste cazuri doar prin echivalent și nu prin restituire în natura a imobilului preluat în mod abuziv de stat și înstrăinat ulterior.

Dispozițiile menționate sunt cuprinse în art.45 din Legea nr.10/2001 care dispune:

„Actele juridice de înstrăinare, inclusiv cele făcute în cursul procesului de privatizare, având ca obiect imobile care cad sub incidența prevederilor prezentei legi, sunt valabile dacă au fost încheiate cu respectarea legilor în vigoare la data înstrăinării.

Actele juridice de înstrăinare, inclusiv cele făcute în cadrul procesului de privatizare având ca obiect imobile preluate fără titlu valabil, sunt lovite de nulitate absolută, în afară de cazul în care actul a fost încheiat cu bună credință.

Actele juridice de înstrăinare inclusiv cele făcute în cadrul procesului de privatizare, având ca obiect imobilele prevăzute la art. 2 alin.1 lit.b, sunt lovite de nulitate absolută, buna credință neputând fi invocată în aceste cazuri.

Actele juridice de înstrăinare, inclusiv cele întocmite în cadrul procesului de privatizare, sunt lovite de nulitate absolută dacă au fost întocmite cu încălcarea dispozițiilor imperative ale legilor în vigoare la data înstrăinării.

Prin derogare de la dreptul comun, indiferent de cauza de nulitate, dreptul la acțiune se prescrie în termen de un an de la data intrării în vigoare a prezentei legi”.

Cele mai numeroase și mai delicate probleme ivite în practica judiciară au fost cele legate de aplicarea acestui articol din Legea nr.10/2001, care validează în anumite condiții, actele juridice de înstrăinare a imobilelor preluate de stat în mod abuziv, făcând astfel neîntemeiată și imposibilă principala măsură reparatorie prevăzută de lege: restituirea în natură a imobilului.

Legea nr.10/2001 suprima practic acțiunea dreptului comun în cazul ineficacității actelor de preluare la care se referă și, fără a elimina accesul la

Justiție, perfecționează sistemul reparator, iar prin norme procedurale speciale îl subordonează controlului judecătoresc.

Cele mai multe controverse le-a prilejuit aplicarea alineatului 2 al art.45, căci în privința alineatului 1 a existat în general un consens ca în cazul preluării cu titlu valabil a imobilului și a respectării dispozițiilor legale privind înstrăinarea, actul de vânzare-cumpărare al imobilului este valabil.

Mai mult în Normele Metodologice de aplicare a Legii nr.10/2001 (adoptate prin HG nr.498/14 mai 2003) sub norma 46.3 se prevedea expres că „Acele acte de înstrăinare efectuate în temeiul Legii nr.112/1995 cu modificările ulterioare, și cu deplina respectare a condițiilor legii, până la apariția Legii nr.213/1998 (24 noiembrie 1998) au beneficiul deplin al protecției legii nr.10/2001 cu modificările ulterioare, în sensul că sunt recunoscute și conservate efectele acestor acte”.

Noile Norme metodologice nu au mai reprodus această dispoziție care face o distincție în raport de data apariției Legii nr.213/1998, inclusiv pe planul dovedirii bunei-credințe a cumpărătorului, pentru că textul legal menționat privind protecția actelor de înstrăinare a imobilelor preluate cu titlu și cu respectarea normelor legale în vigoare în momentul înstrăinării nu face el însuși nici o distincție.

În ce privește art.45 alin.2, textul reglementează regimul juridic al actelor de înstrăinare aflate sub incidența Legii nr.10/2001, preluate fără titlu valabil de către stat sau de orice persoană juridică și înstrăinate până la data intrării în vigoare a legii (14 februarie 2001).

În literatura juridică¹³ s-a subliniat într-o opinie că ideea, textul, aplicând juridic principiul de drept civil al ocrotirii bunei-credințe, protejează titlul subdobânditorului, dar numai dacă acesta din urmă, nu a fost de rea-credință la încheierea actului de înstrăinare.

În altă opinie¹⁴ s-a susținut că textul ar fi neconstituțional, deoarece încalcă principiile care guvernează acțiunea în timp a legii civile și, nu mai puțin dispozițiile art.16 alin.1 și ale art. 41 alin.2 și 3 din Constituție. În opinia autorului textul consacră, cu efect retroactiv, și în premieră absolută, un caz de validare a unui act juridic lovit de nulitate și corelativ, un mod de dobândire a proprietății imobiliare de la un „non dominus” prin efectul impus de simpla bună-credință a subdobânditorului.

Curtea Constituțională a respins prin Decizia nr.191/25 iunie 2002(M.Of.nr.567/1 august 2002) excepția de neconstituționalitate a art.45 alin.2 din Legea nr.10/2001 cu motivarea că soluția legislativă prevăzută de text, fiind lipsită de caracter novator ne este retroactivă și că anterior apariției legii, practica judiciară a recunoscut prevalența interesului subdobândito-

rului de bună-credință, impusă de preocuparea pentru asigurarea securității circuitului civil și stabilitatea raportului juridic, fundată pe principiul validității aparenței în drept, exprimată în adagiul „error comunis jus facit”.

Înalta Curte de Casație și Justiție a decis pentru aceleași argumente că dispozițiile art.45 alin.2 nu sunt retroactive.

În plus s-a subliniat că în raportul dintre aparența în drept și nulitate aceste dispoziții dau eficiență mai curând nulității absolute pentru cauza ilicită (art.966 c.civ.) sau „fraus omnia corrumpit”, fiind dificil a se recurge prin acțiunea introductivă de instanță sau prin apărările de fond ale părților la aparența în drept ori la compararea titlurilor¹⁵.

Identificarea elementului de „bună-credință” cerut de text, poate fi făcută în cadrul cercetării judecătorești prin proba că părțile contractului au știut că bunul înstrăinat este proprietatea altei persoane (a adevăratului proprietar beneficiar al Legii nr.10/2001).

Nulitatea absolută a vânzării lucrului altuia are ca premiză împrejurarea că părțile au încheiat contractul în cunoștință de cauză, știind că lucrul vândut este proprietatea unei alte persoane. Sintagma „în cunoștință de cauză” semnifică faptul că părțile contractante au știut bine că bunul individual determinat nu este proprietatea vânzătorului și că aparține altuia.

În acest caz, contractul încheiat ascunde intenția de a aduce altuia o pagubă, fiind un act juridic fondat pe o cauză ilicită sau fraudă, ambele având ca numitor comun reaua-credință a părților.

Literatura juridică are în vedere obligația cumpărătorului de a se convinge că a contractat cu adevăratul proprietar.

În acest scop subdobânditorul cumpărător pentru a fi de bună-credință, trebuie să depună diligențele necesare pentru a lua cunoștință care este titlul de proprietate al vânzătorului și dacă acesta nu este contestat.

Nu i se poate însă pretinde să facă ceea ce este de atributul instanței de judecată și anume de a analiza valabilitatea titlului.

Există rea-credință (buna-credință fiind absentă)¹⁶ dacă în speță este vorba despre o minimă neglijență pe care omul cel mai puțin diligent și prevăzător n-ar fi comis-o în propriile sale afaceri.

Prin urmare omisiunea cumpărătorului de a afla care este titlul vânzătorului reprezintă o gravă neglijență (culpa lata), vecina cu dolul (dolo proxima).

Pornind de la aceste idei practica Înaltei Curți de Casație și Justiție este în sensul invalidării pentru nulitate absolută, a înstrăinărilor care cad

sub incidența art.45 alin.2 din Legea nr.10/2001, dacă ele reprezintă acte fondate pe cauză ilicită sau fraudă (cumpărătorul a știut că titlul statului este contestat în instanță)¹⁷.

„Per `a contrario” s-a apreciat că dacă titlul statului există la data înstrăinării, fiind transcris sau înscris în cartea funciară, iar actul juridic de înstrăinare premerge contestării acestui titlu în Justiție, nulitatea absolută cerută împotriva subdobânditorului este inoperantă¹⁸.

În același sens s-a decis că notificarea subdobânditorului având ca obiect contestarea titlului statului, produce efecte de nulitate, dacă precede actul de înstrăinare și a fost comunicat subdobânditorului, iar dovada comunicării satisface cerințele legale prescrise trimerii și comunicării actelor de procedură¹⁹.

În sens contrar, aceeași secție civilă și de proprietate intelectuală a decis că „Dispozițiile art.46 (in prezent 45) din Legea nr.10/2001 nu exclud, pe planul dreptului intertemporal, acțiunea în nulitate a contractului prin care imobilul a fost naționalizat cu încălcarea Decretului nr.92/1950, cu consecința revendicării bunului de către persoana îndreptățită.

Buna-credință a chiriașului cumpărător al imobilului naționalizat cu încălcarea Decretului nr.92/1950, deci fără titlu valabil, trebuie probată, cumpărătorul fiind obligat să depună diligențele necesare pentru a se convinge că vânzătorul era un „verus dominus”; omisiunea acestuia se constituie într-o gravă neglijență (culpa lata), vecină cu dolul (dolo proxima), ceea ce însemna rea-credință, diametral opusă bunei-credințe²⁰.

Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului a statuat că titlul de proprietate al subdobânditorului de bună-credință constituit în baza Legii nr.112/1995 și validat în dreptul intern printr-o Hotărâre definitivă și executorie, este protejat prin art.1 din Protocolul nr.1 adițional la Convenției. Diminuarea vechilor atingeri nu trebuie să creeze noi prejudicii disproporționate (...) astfel încât persoanele care au dobândit bunurile să nu fie aduse în situația de a suporta ponderea responsabilității statului care a confiscat în trecut aceste bunuri²¹.

În practica Curții Europene a Drepturilor Omului ulterioară anului 2005, după modificarea Legii nr.10/2001 prin Legea nr.247/2005 care a introdus un sistem clar și coerent de reparații prin echivalent cu soluția subsidiară, în cazul imposibilității restituirii în natură a imobilelor preluate în mod abuziv de stat, se observa o tendință clară și continuă a recunoașterii efectelor art. 45 alin.2 din Legea nr.10/2001 și a practicii judiciare interne în aplicarea acestui text.

Inițial în cauza PĂDURARU împotriva ROMÂNIEI, Curtea (secția

a III-a) prin Hotărârea din 1 decembrie 2005 a apreciat că doctrina română și instanțele naționale cunosc cel puțin cinci interpretări diferite, adeseori contradictorii ale art.18 lit.d și art.45 alin.2 din Legea nr.10/2001²².

Jurisprudența constantă a Curții Supreme de Justiție a respins ca inadmisibile acțiunile în revendicare a imobilelor naționalizate, introduse de fostul proprietar împotriva statului sau împotriva cumpărătorilor după intrarea în vigoare a Legii nr.10/2001²³.

Într-o serie de decizii mai recente, Curtea Supremă de Justiție a respins acțiunile în revendicare introduse după intrarea în vigoare a Legii nr.10/2001 de către fostul proprietar împotriva cumpărătorului, indicând faptul că validarea de către instanțe a vânzării bunului altuia consolida *ipso jure* transmiterea dreptului de proprietate asupra bunului în patrimoniul cumpărătorului, un asemenea efect fiind inerent contractului de vânzare și neputând fi anulat prin compararea titlurilor concurente asupra aceluiași bun²⁴.

În alte decizii Curtea Supremă de Justiție a respins acțiunile în revendicare împotriva cumpărătorului, aplicând teoria „aparenței în drept”²⁵, fără a explica în ce constă „eroarea comună și invincibilă” și care era diferența dintre acesta și simpla „buna-credință” a cumpărătorului²⁶.

În alte cazuri, considerând ca art. 45 alin.2 din Legea n.10/2001 era aplicabil în procedurile introduse înainte ca această dispoziție să fie adoptată, Curtea Supremă de Justiție a respins acțiunea în revendicare introdusă de fostul proprietar împotriva cumpărătorului, prevalându-se de buna-credință a cumpărătorului²⁷.

În sfârșit în alte decizii, Curtea Supremă de Justiție și celelalte instanțe naționale au respins acțiune în revendicare datorită „bunei credințe a cumpărătorului”, fără a invoca dispozițiile Legii nr.10/2001²⁸.

Pentru a asigura interpretarea și aplicarea unitară a Legii nr. 10/2001 pe întreg teritoriul României, în practica tuturor instanțelor judecătorești, Procurorul General a promovat la 4 octombrie a.c., în termenul art.329 C.proc.civ., un recurs în interesul legii, în care în esență se susține că practic acțiunea în revendicare prevăzută de Codul civil, își găsește o aplicare particulară în dispozițiile Legii nr. 10/2001 și că ea poate fi exercitată în termenele și condițiile impuse de această lege.

La data predării spre publicare a prezentului studiu a C.C.J. nu se pronunțase încă asupra acestui recurs în anulare.

În ce privește definirea „bunei credințe” și a sarcinii probei, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat că potrivit definiției date de

art.1898 alin.1 din Codul civil ea reprezintă „credința posesorului ca cel de la care a dobândit imobilul avea toate însușirile cerute de lege spre a-i transmite proprietatea”²⁹.

Reaua credință a fost definită în literatura juridică română ca atitudinea unei persoane care îndeplinește un act sau un fapt ce contravine legii, fiind în același timp deplin conștientă de caracterul ilicit al conduitei sale³⁰.

Unele instanțe au considerat că trebuie să i se ceară cumpărătorului să facă dovada că a îndeplinit diligențe rezonabile pentru a cunoaște situația juridică a imobilului. Alte instanțe au apreciat, în concordanță cu textul legii și cu practica judiciară anterioare, că buna-credință este prezumată și obligația de a face dovada relei-credințe îi revine celeilalte părți.

CEDO a constatat că jurisprudența în materia aplicării art.45 alin.2 din Legea nr.10/2001 nu indică nici cui îi aparține obligația de a proba buna-credință, nici care sunt circumstanțele pe care trebuie să le dovedească cel care o contestă.

Astfel prin unele decizii Curtea Supremă de Justiție, secția civilă, a sancționat lipsa de diligență a cumpărătorului de a manifesta un minim de diligență verificând dacă titlul vânzătorului este pus în discuție de reclamant, fie pe calea unei acțiuni în revendicare, fie doar pe calea unei cereri de restituiri în natura în temeiul Legii nr.112/1995³¹.

În Hotărârile pronunțate în ultimii ani, instanța supremă a aplicat principiul enunțat de art.1989 c.civ.alin.2 C.civ., potrivit căruia buna-credință este prezumată, iar reaua-credință trebuie dovedită de cel care o invocă în favoarea sa, dar fără a acorda atenție demersurilor pe care dobânditorul le-a făcut sau nu înainte de a încheia cumpărarea unui bun care fusese naționalizat³².

Reamintind că art.1 din Protocolul nr.1 la Convenție, care tinde în principal să protejeze individul împotriva oricărei atingeri a dreptului sau de proprietate de către stat, poate să implice și obligații pozitive care să impună unui stat adoptarea unor măsuri necesare pentru a proteja dreptul de proprietate,³³ Curtea a reafirmat faptul că Convenția nu impune statelor contractante nici o obligație specifică de reparare a nedreptăților sau prejudiciilor cauzate înainte ca ele să fi ratificat Convenția.

De asemenea art.1 din Protocolul nr.1 la Convenție nu poate fi interpretat ca restrângând libertatea statelor contractante de a alege condițiile în care ele acceptă să restituie bunurile ce le-au fost transferate înainte să ratifice Convenția.

Adoptarea unor legi care să prevadă restituirea bunurilor confiscate

sau despăgubirea persoanelor victime ale unor astfel de confiscări necesită o vastă analiză a numeroase aspecte de ordin moral, juridic, politic și economic.

Considerând un lucru normal ca legiuitorul să dispună de o marjă mare de apreciere în ce privește politica sa economică și socială, Curtea a declarat că respectă modul în care acesta concepe imperatiile „utilității publice”, cu excepția cazului în care aprecierea statului se dovedește complet lipsită de o bază rezonabilă. Acest lucru este valabil cu atât mai mult pentru modificările atât de fundamentale ale sistemului unei țări, cum ar fi tranziția de la un sistem totalitar la o formă democratică de guvernare și reforma structurii politice, juridice și economice a statului, fenomene care duc inevitabil la adoptarea unor legi economice și sociale la scară mare³⁴.

Acest lucru nu înseamnă însă că atitudinea autorităților naționale nu poate prezenta probleme în ce privește art.1 din Protocolul nr.1 la Convenție, atunci când ele nu își respectă obligațiile ce decurg din Convenție. Dispunând de o mare marjă în aprecierea existenței unei probleme de interes public ce justifică anumite măsuri și în alegerea politicilor lor economice și sociale, atunci când se află în joc o chestiune de interes general, autoritățile publice trebuie să reacționeze în timp util, într-o manieră corectă și cu cea mai mare coerență.

În acest sens, Curtea apreciază că dacă Convenția nu impune statelor obligația de a restitui bunurile confiscate și cu atât mai puțin de a dispune de ele conform atributelor dreptului lor de proprietate, odată ce a fost adoptată o soluție de către stat ea trebuie implementată cu o claritate și o coerență rezonabile pentru a evita pe cât posibil insecuritatea juridică și incertitudinea pentru subiecții de drept la care se referă măsurile de aplicare a acestei soluții.

În această privință 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. Mai mult, este de datoria oricărui stat contractant, afirma Curtea, să se doteze cu un arsenal juridic adecvat și suficient pentru a asigura respectarea obligațiilor pozitive ce îi revin.

Sub acest aspect, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat existența unei incertitudini juridice generale generată de lipsa de claritate și de coerență a legislației aplicabile, cu consecințe concrete pentru reclamantul PĂDURARU.

Curtea a observat că pentru a defini situația în care se află

reclamantul, în dreptul român par esențiale mai multe noțiuni și anume „titlul” statului, „vânzarea bunului altuia”, „buna-credință” a cumpărătorului, „acțiunea în revendicare” și „aparența în drept”. În afara noțiunii de „titlu al statului”, definită în mod diferit de diversele acte normative succesive, și aplicată diferit în practică, celelalte noțiuni menționate nu sunt definite de o lege, ci au fost elaborate în doctrină și sunt aplicate printr-o jurisprudență care nu este întotdeauna constantă.

Astfel în ce privește noțiunea „titlul statului”, dacă inițial el a fost înțeles într-un sens foarte larg, ulterior el a fost interpretat tot mai restrictiv prin modificările succesive ale legislației.

Or, observa Curtea, această evoluție normativă a avut loc nu înainte de vânzarea imobilelor foștilor proprietari, ci în timpul derulării sale, lucru susceptibil să ducă, de exemplu, la ideea că imobilele vândute deoarece erau considerate ca „naționalizate cu titlu” în momentul vânzării lor să fie, în realitate preluate „fără titlu”, conform interpretărilor ulterioare date de Guvern, ceea ce a constituit, fără îndoială, sursa situațiilor conflictuale atunci când două persoane diferite aveau interese legitime concurente asupra aceluiași imobil: pe de o parte, foștii chiriași cărora li s-a acordat prin lege dreptul de a dobândi proprietatea asupra bunurilor pe care le ocupau și, pe de altă parte, foștii proprietari cărora li s-au restituit bunurile în urma acțiunilor în revendicare imobiliară admise de instanțele naționale prin Hotărâri care se bucură de autoritate de lucru judecat, ce au fost ulterior imposibil de executat.

Este de netăgăduit faptul că numeroase proceduri judiciare, fie în revendicare, fie în anularea contractelor de vânzare-cumpărare își au originea în această incertitudine și că instanțele au fost chemate să soluționeze astfel de litigii, deși nu dispuneau de un cadru legislativ destul de previzibil și de coerent. În această privință trebuie constatat, pe de o parte, că erau posibile multiple interpretări juridice ale noțiunii de „titlu al statului” și, pe de altă parte, că noțiunile de „bună-credință” a cumpărătorului, de „aparență în drept”, precum și legăturile acestora cu acțiunea în revendicare nu erau clar reglementate, ceea ce a condus la diferite concluzii juridice asupra aceleiași chestiuni de drept prezentate în fața diferitelor instanțe naționale.

În ce privește acțiunea în revendicare, înainte de adoptarea Legii nr.10/2001 jurisprudența stabilise că în caz de vânzare a bunului altuia, acțiunea în revendicare introdusă de adevăratul proprietar împotriva terțului subdobânditor de bună-credință era admisibilă, exceptându-se circumstanțele excepționale, în urma unei comparări a titlurilor concurente asupra

bunului aflat în litigiu. „Aparența în drept”, nici ea reglementată și, conform Guvernului, contestată de majoritatea autorilor era interpretată și subordonată nu numai „bunei-credințe a cumpărătorului”, ci și existenței unei „erori comune și invincibile”.

Or, după intrarea în vigoare a Legii nr.10/2001, excepțiile par, în opinia Curții Europene a Drepturilor Omului să fi devenit regulă, iar Curtea Supremă de Justiție a respins acțiunile în revendicare fie reținând doar buna-credință a dobânditorilor, fie considerând că legiuitorul se prevalase de buna-credință a cumpărătorului prin Legea nr.10/2001, fie apreciind ca aplicabilă „aparența în drept” interpretată într-un sens larg, fără a face o distincție clară între „eroarea comună și invincibilă” și „buna-credință”. În plus, în mai multe rânduri, Curtea Supremă de Justiție a refuzat să procedeze la compararea titlurilor, considerând ca o confirmare pe cale juridică a valabilității vânzării bunului altuia ar fi consolidat *ipso jure* transmiterea dreptului de proprietate asupra bunului în patrimoniul cumpărătorului, efect care nu ar putea fi anulat de compararea titlurilor³⁵.

Curtea a considerat relativ recent³⁶ că, în lipsa unui mecanism care să asigure coerența practicii instanțelor naționale, asemenea divergențe profunde de jurisprudență, ce persistă în timp și țin de un domeniu ce prezintă un mare interes social, sunt de natură să dea naștere unei incertitudini permanente și să diminueze încrederea publicului în sistemul judiciar, care reprezintă una dintre componentele fundamentale ale statului de drept. Ea a apreciat că lipsa de coerență pe plan legislativ și divergențele de jurisprudență din domeniul naționalizării imobilelor au fost de natură să creeze un climat general de incertitudine și nesiguranță juridică.

Curtea a precizat în Hotărârile sale că nu are obligația să definească „buna-credință” în dreptul român și nici să analizeze buna-credință în speță. Curtea a reamintit că singura sa obligație, conform art.19 din Convenție, este să asigure respectarea angajamentelor ce rezultă din Convenție pentru părțile contractante. În special, Curtea nu are obligația de a se substitui instituțiilor interne. Interpretarea legislației interne incumbă în primul rând autorităților naționale și în special instanțelor.

Curtea recunoaște complexitatea problemelor pe care instanțele trebuie să le rezolve, însă consideră că această complexitate s-a datorat lipsei unei definiții clare și coerente a bunei-credințe și a unei metode uniforme de apreciere a sarcinii și a obiectului probei acesteia. La aceasta se adaugă definiția fluctuantă a noțiunii de „titlu al statului”, foarte importantă pentru a stabili dacă cumpărătorii aveau cum să își dea seama că statul nu

era proprietarul bunului la momentul vânzării, precum și lipsa de precizie în ce privește cunoașterea celui care trebuie să îndeplinească diligențe rezonabile pentru a clarifica situația juridică a unui imobil pus în vânzare de către stat.

În sensul celor de mai sus, Curtea a constatat în cauzele avute spre soluționare că statul nu și-a îndeplinit obligația sa pozitivă de a reacționa în timp util și cu coerență în fața chestiunii de interes general pe care o constituie restituirea sau vânzarea imobilelor intrate în posesia sa în virtutea decretelor de naționalizare.

Incertitudinea generală astfel creată s-a repercutat în cauza PĂDURARU împotriva ROMÂNIEI asupra reclamantului, care s-a văzut în imposibilitate de a-și recupera întregul bun atunci când dispunea de o Hotărâre definitivă ce obligă statul să i-l restituie. Prin urmare Curtea a conchis că statul român nu și-a îndeplinit obligația de a asigura reclamantului exercitarea efectivă a dreptului sau de proprietate garantat de art.1 din Protocolul nr.1 la Convenție, încălcând astfel „justul echilibru” ce trebuie să existe între cerințele interesului public și imperativele protejării dreptului celui interesat la respectarea bunurilor sale, încălcând astfel textul menționat.

După apariția Legii nr.247/22 iulie 2005 prin care a fost adoptată modificarea Legii nr.10/2001, în cauza JUJESCU împotriva ROMÂNIEI³⁷, Curtea a reiterat și dezvoltat considerentele avute în vedere în cauzele Brumărescu, Strain, Păduraru și Porteanu împotriva României³⁸.

Reclamanta Rodica JUJESCU a revendicat în anul 1997 un imobil care a aparținut mamei sale și care a fost naționalizat în anul 1950 prin Decretul nr.92 din același an. Acțiunea a fost admisă în anul 1998, iar Primăria București a pus-o formal pe reclamantă în același an în posesia imobilului.

În anul 1999 reclamanta a acționat în Justiție Primăria București și pe terții cumpărători ai imobilului pentru anularea contractelor de vânzare-cumpărare a imobilului. Acțiunea a fost respinsă în fond, în apel și în recurs, pe considerentul că pârâții cumpărători care au cumpărat imobilul înainte de decizia definitivă de restituire, au fost de bună-credință. Ulterior în anul 2001, reclamanta a formulat împotriva terților cumpărători trei acțiuni în revendicare distincte, invocând titlul său de proprietate, adică Hotărârea definitivă a primei instanțe de fond care îi restituise imobilul. Două dintre aceste cereri au fost admise, în timp ce a treia a fost respinsă de Curtea Supremă de Justiție, care a considerat că buna-credință a terților cumpărători prevalează asupra dispozițiilor care protejează dreptul de proprietate.

În speță, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a menționat că nu vede motivul pentru a se îndepărta de jurisprudența sa anterioară, situația de fapt fiind sensibil aceeași. Ca și în cauza Brumărescu, terții au devenit proprietari, înainte ca dreptul de proprietate al reclamantei asupra aceluși bun să facă obiectul unei confirmări definitive, și ca și în cauza Strain, reclamanta a fost recunoscută proprietară legitimă, tribunalele considerând incontestabil titlul său de proprietate, având în vedere caracterul abuziv al naționalizării.

Curtea a observat că vânzarea bunului către terți, în virtutea Legii nr.112/1995, o împiedică să se bucure de dreptul său și că nici un fel de despăgubire nu i-a fost acordată pentru această privare. Într-adevăr, cu toate că ea a depus o cerere de despăgubire în virtutea Legii nr.10/2001 pentru partea vândută către terți, reclamanta nu a primit nici până în ziua soluționării cauzei de către Curte vreun răspuns.

Curtea a luat notă de faptul că la data de 22 iulie 2005 a fost adoptată Legea nr.247/2005 de modificare a Legii nr.10/2001. Legea modificatoare acordă un drept de despăgubire, la nivelul valorii de piață a bunului, care nu poate fi restituit persoanelor care se află în aceeași situație ca și reclamanta. Curtea a observat că această modificare propune, pentru persoanele care nu au posibilitatea de a obține restituirea bunului lor în natură, de a li se acorda o despăgubire în forma unei participări, în calitate de acționari. Persoanele care doresc să primească despăgubiri pe această cale, vor primi titluri de valoare care vor fi transformate în acțiuni, odată societatea cotate la bursă.

Curtea a luat de asemenea notă de faptul că, la data de 29 decembrie 2005, societatea anonimă „Proprietatea” a fost înscrisă la Registrul Comerțului din București, și ca conformă calendarului previzional al fondului „Proprietatea” operațiunea de conversie a titlurilor în acțiuni ar trebui să se în luna martie 2006, la intrarea efectivă pe piața bursieră în luna decembrie 2006.

Apreciind că cererea de restituire formulată de reclamantă este admisibilă și că ea poate face obiectul unei despăgubiri, Curtea a observat că fondul „Proprietatea” nu funcționează în momentul de față de o manieră susceptibilă a ajunge la obținerea efectivă a unei despăgubiri. De aici, ea a considerat că reclamanta a fost nevoită să suporte o apăsare disproporționată și excesivă, incompatibilă cu dreptul la respectarea bunurilor sale garantat în art.1 din Protocolul nr.1 la Convenție, și că prin urmare a avut loc o încălcare a acestei dispoziții. În sfârșit, în continuarea acestei constatări, Curtea amintește ca o Hotărâre care constată o violare antrenează pentru

Statul pârât obligația juridică, în ce privește Convenția, de a da un termen pentru încetarea violării și de a șterge consecințele acesteia. Dacă dreptul intern nu permite ștergerea decât într-o măsură imperfectă a consecințelor acestei violări, art.41 al Convenției conferă Curții, dacă a fost constatată o violare a Convenției printr-un act sau prin omisiunea unui act, puterea de a acorda o reparație părții vătămate.

Curtea a apreciat că Legea nr.247/2005, aplică principiile exprimate în jurisprudența internațională, judiciară sau arbitrală, în ce privește reparațiile datorate cazurilor de acte ilicite și confirmate de o manieră constantă prin ea însăși în jurisprudența referitoare la privările ilegale sau de facto³⁹.

În adevăr noua lege califică drept abuzive naționalizările operate de regimul comunist și prevede obligația restituirii în natură a unui bun ieșit din patrimoniul unei persoane în urma unei asemenea privări. În cazul imposibilității restituirii pentru cauză, de exemplu de vânzare a bunului către terții de bună-credință, legea acordă o despăgubire la plafonul de piață al bunului în momentul acordării (titlul I, secțiunea I, art.1, 16 și 43 din lege).

O motivare identică se regăsește în Hotărârea pronunțată la 29 iunie 2006 în cauza TOGANEL și GRĂDINARU contra României (cererea nr.5691/20030) de Curtea Europeană a Drepturilor Omului (secția a III-a)⁴⁰.

În sfârșit în cauza RAICU CONTRA României, Curtea Europeană a Drepturilor Omului s-a pronunțat la 19 octombrie 2006 în sensul de a i se recunoaște chiriașului român dreptul de proprietate asupra casei naționalizate cumpărate cu bună-credință de la stat în anul 1997⁴¹.

La 10 iulie 1997, T.A. și T.V. au introdus împotriva Consiliului General al Municipiului București o acțiune în revendicare împotriva apartamentului, fosta lor proprietate, confiscat de stat în temeiul Decretului nr.223/1974 în momentul plecării definitive în străinătate a acestora în 1978.

La 16 octombrie 1997, Consiliul Municipiului București a vândut reclamantei apartamentul litigios, în temeiul Legii nr.112/1995. Printr-o Hotărâre din octombrie 1998, judecătoria a admis cererea de revendicare, care a rămas definitivă, nefiind recurată de CGMB.

Printr-o Hotărâre din 30 noiembrie 1999, judecătoria a admis cererea de anulare a contractului de vânzare, introdusă de TA și TV împotriva CGMB și a reclamantei, pe motiv că primăria a dat dovadă de rea-credință cu ocazia încheierii contractului ținându-se cont de cererea de revendicare pendinte în acel moment. Tribunalul București a respins apelul formulat împotriva sentinței de fond, dar Curtea de Apel București a admis cererea de

anulare a contractului de vânzare a bunului litigios, considerând că persoana interesată a dat dovadă de bună-credință în momentul încheierii contractului, iar nerecunoașterea de către Primăria Municipiului București a obligației sale legale de a suspenda vânzarea apartamentului după introducerea acțiunii în revendicare de către TA și TV nu era sancționată cu nulitatea absolută a contractului, ci cu nulitatea relativă, care nu putea fi invocată de TA și TV, terți față de contract. Curtea de Apel a adăugat că dispozițiile de aplicare ale Legii nr.12/1995 prevedeau că funcționarii de la primărie erau responsabili de prejudiciul cauzat de necunoașterea obligației de suspendare a vânzării în discuție.

Printr-o Hotărâre din 12 februarie 2003, Curtea Supremă de Justiție a admis recursul în anulare formulat de Procurorul General împotriva deciziei pronunțate de Curtea de Apel București, considerând că, deoarece Legea nr.112/1995, nu permitea decât vânzarea imobilelor naționalizate de către stat cu titlu valabil, apartamentul litigios, naționalizat fără titlu valabil, n-ar fi putut face obiectul unui contract de vânzare, deoarece de atunci era lovit de nulitate absolută. Curtea a considerat că Primăria a fost de rea-credință în momentul încheierii contractului de vânzare și că reclamanta nu și-a dovedit buna-credință mai ales prin faptul că nu a întreprins diligențe pentru a se interesa despre situația apartamentului în discuție. În consecință Curtea Supremă de Justiție a casat decizia Curții de Apel București și a confirmat temeiul anulării contractului de vânzare a apartamentului, reclamanta făcând la data judecării cauzei de către CEDO obiectul unei proceduri de evacuare din apartamentul în cauză.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului observând că nu se contestă ideea că reclamanta beneficia de un „bun”, în sensul jurisprudenței Curții, în virtutea Hotărârii definitive din 12 martie 2001 a Curții de Apel București care a recunoscut validitatea contractului din 16 octombrie 1997 prin care reclamanta a achiziționat apartamentul în litigiu, a considerat că anularea de către Curtea Supremă de Justiție a Hotărârii definitive mai sus menționate a avut ca efect privarea reclamantei de bunul său în sensul celei de a doua fraze a alineatului 1 din art.1 din Protocolul nr.1.

O privare de proprietate poate fi justificată dacă se demonstrează în mod cert că acest lucru a intervenit din cauze de utilitate publică și în condițiile prevăzute de lege. În plus orice ingerință în faptul de a te bucura de proprietate trebuie să răspundă cerințelor de proporționalitate. Curtea a reamintit că trebuie menținut un echilibru just între exigențele interesului general al comunității și imperativele de apărare ale drepturilor

fundamentale ale individului.

Echilibrul care trebuie păstrat va fi distrus dacă reclamantul suportă o încărcătură specială și exorbitantă.

În această privință Curtea a judecat deja că acest echilibru este în general afectat atunci când despăgubirea plătită către persoana care a fost privată de proprietate nu este în mod rezonabil și proporțional în raport cu valoarea „venală-obținută în bani „a bunului așa cum a fost determinată la momentul când s-a realizat privarea de proprietate.

În cauză, chiar dacă se presupune că ingerința litigioasă a avut o „bază legală” și a servit ca „utilitate publică”, Curtea trebuie să examineze dacă acest lucru răspundea criteriului de proporționalitate. În această privință Curtea a luat act de argumentele Guvernului în sensul că foștii proprietari beneficiau ei înșiși de o judecată definitivă prin care a fost recunoscut dreptul lor de proprietate și au fost obligate autoritățile să le restituie apartamentul în discuție și că reclamanta ar fi putut să introducă o acțiune pentru rambursarea prețului actualizat și a cheltuielilor făcute în apartament.

Cu toate acestea, Curtea a reamintit că a judecat deja ca atenuarea vechilor atingeri nu poate crea noi greutăți distorsionate. În acest scop, legislația ar trebui să permită să se țină cont de circumstanțele particulare din fiecare cauză pentru ca persoanele care și-au dobândit bunurile cu bună-credință să nu fie aduse să suporte greutatea responsabilității statului care cândva a confiscat aceste bunuri.

În consecință, Curtea a constatat că atingerea dreptului reclamantei la respectarea bunurilor sale a rupt în defavoarea sa, echilibrul dintre protecția proprietății și exigențele de interes general, și a hotărât că există o încălcare a art.6 par.1 din Convenție, că există o încălcare a art.1 din Protocolul nr.1, și că prin urmare statul pârât trebuie să restituie reclamantei apartamentul în discuție în trei luni din ziua rămânerii definitive a Hotărârii, sau în lipsa unei asemenea restituiri, să achite reclamantei în același interval de timp 35000 euro cu titlu de daune materiale și 2000 euro cu titlu de prejudiciu moral.

V. Concluzii

Din cele prezentate mai sus rezultă interdependența între practica judiciară națională și jurisprudența CEDO în materia restituirii imobilelor naționalizate abuziv de statul român în perioada 6 martie 1945 – 22 decembrie 1989, și rolul îndrumător și corector al jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului asupra practicii instanțelor judecătorești

române, dar și acest lucru este și mai important având valoarea unei îndrumări generale, rolul CEDO în inspirarea procesului legislativ această materie.

În acest sens menționăm că atât adoptarea Legii nr. 10/2001 cât și a Legii nr. 247/2005 de modificare a Legii nr. 10/2001 cât și actul normative, încă în stadiul de aprobare de Camera Deputaților privind acordarea despăgubirilor au fost și sunt determinate în mare măsură de deciziile CEDO.

În sfârșit, ultima și cea mai elocventă dovadă a îndrumării indirecte exercitate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului atât asupra instanțelor judecătorești române, cât și asupra procesului legislativ în scopul reglementării cât mai adecvate, precum și în soluționarea judiciară conform principiilor internaționale a dreptului de proprietate privată și a reparării abuzurilor săvârșite în acest domeniu de statul totalitar, constituie și ultimele declarații politice ale ministrului economiei VARUJAN VOSGANIAN făcută în luna mai a.c. potrivit cărora „toți cei ale căror averi au fost confiscate de regimul comunist vor fi despăgubiți de actualul guvern până la sfârșitul mandatului său”.

În acest context se înscrie și proiectul O.O.G. inițiat de Guvernul României privind despăgubirea foștilor proprietari ai imobilelor naționalizate, care nu au putut fi restituite în natură, în bani până la valoarea de circulație a imobilului de 500.00 lei, iar pentru sumele care ar excede această valoare despăgubirea acestora în acțiuni, proiect de lege aprobat de Senatul României la data predării acestui studiu spre publicare (28.10.2007) urmând a fi discutat și aprobat de Camera Deputaților.

Referințe

1. Prof. univ. DUMITRU C. FLORESCU „Regimul juridic al unor imobile preluate în mod abuziv în perioada 6 martie 1945-22 decembrie 1989”, Analele Universității „TITU MAIORESCU”, seria Drept, anul 2002, pag.57-77.
2. Constituția României, astfel cum a fost revizuită prin legea de revizuire a Constituției publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I-a, nr.669 din 22 septembrie 2003, MIHAI CONSTANTINESCU, IOAN MURARU și ANTONIE IORGOVAN, „Revizuirea Constituției României”, Explicații și comentarii, Ed.Rosetti, București, 2003.
3. V. STOICA, „Drept civil. Drepturile reale patrimoniale”, pag. 237.

4. F.BAIAS, B.DUMITRACHE și M.NICOLAE, „Regimul juridic al imobilelor preluate abuziv. Legea nr.10/2001 comentată și adnotată”, Ed.Rosetti, București, 2002, vol.1, p.73; în același sens, I.ADAM, „Legea nr.10/2001.Regimul juridic al imobilelor preluate în mod abuziv”, Ed. All Beck, București, 2003, p.10; I.ADAM, „Drept civil. Drepturile reale”, Ed.All Beck, București, 2002, p.319-323; Hotărârea nr.70/1998 a Curții de Apel Ploiești.
5. F.BAIAS, B.DUMITRACHE și M.NICOLAE, citați mai sus, p.74; I.ADAM, Legea nr.10/2001, citată mai sus, pag.319; în același sens Decizia nr.510/2003 a secției civile a Curții Supreme de Justiție.
6. Curtea Europeană a Drepturilor Omului (Marea Cameră), Hotărârea din 28 Octombrie 1999 în cauza BRUMĂRESCU împotriva ROMÂNIEI (cererea nr.28342/1995), publicată în Monitorul Oficial al României din 31 august 2000.
7. În acest sens hotărârea din 31 octombrie 1995 în cauză PAPAMICHLOPOULOS și alții împotriva GRECIEI (art.50) citată în Hotărârea CEDO pronunțată în cauză Brumărescu.
8. CEDO (Marea Camera) hotărârea din 23 ianuarie 2001 în cauză BRUMĂRESCU împotriva ROMÂNIEI (cererea nr.28342/1995) (satisfacție echitabilă), publicată în Monitorul Oficial al României nr.758 din 28 noiembrie 2001.
9. CEDO (secția a III-a) , hotărârea din 22 decembrie 2004 în cauză ANDRONE împotriva ROMÂNIEI (cererea nr.54062/2000), publicată în Monitorul Oficial al României nr.875 din 29 septembrie 2005.
10. CEDO, hotărâri citate în considerentele deciziei pronunțate în cauza ANDRONE împotriva ROMÂNIEI.
11. CEDO (secția a II-a), hotărârea din 9 aprilie 2002 pronunțată în cauza ANGELESCU împotriva ROMÂNIEI (cererea nr.29.411/1995), publicată în Monitorul Oficial al României nr.682 din 16 septembrie 2002
12. CEDO, (secția a III-a), hotărârea din 24 martie 2005 în cauza SANDOR împotriva ROMÂNIEI (cererea nr.67289/2001), publicată în Monitorul Oficial al României nr.1084 din 25 noiembrie 2005.
13. I.ADAM, „Drept civil. Drepturile reale”, Ed.ALL Beck, București, 2002, pag.383;PAVEL PERJU, Comentariu publicat în Buletinul Jurisprudenței nr.2/2005, pag.90-91.
14. M.NICOLAE, „Regimul juridic al imobilelor preluate abuziv. Legea nr.10/2001 comentată și adnotată”, vol.1, autori F.A.BAIAS, B.DUMITRACHE și M.NICOLAE, Ed.Rosetti, București, 2002,

pag.264-283, 294

15. Astfel s-a susținut, în comentariul la decizia secției civile a C.S.J. nr.3428/2002, că „În principiul anularea titlului de proprietate al transmițătorului cu titlu oneros al unui bun nu atrage invalidarea actului în ce privește pe subdobânditor, în cazul în care acesta este de bună-credință. Ipso jure, buna-credință se prezumă, dar poate fi înlăturată prin proba contrară, adică prin dovada ca subdobânditorul a fost în cunoștință de cauză că titlul transmițătorului este lovit de nulitate și că deci cumpără bunul proprietatea unei alte persoane. În acest caz, desființarea actului se impune nu atât pe ideea absenței bune-credințe, cât mai ales pe ideea că vânzarea-cumpărarea lucrului altuia în cunoștință de cauză, reprezentând o operațiune speculativă, are un scop imediat (causa proxima) ilicit și deci, este nulă absolut în baza art.966 și art.968 C.civ..Nu mai puțin, dacă actul s-a încheiat de către vânzător în fraudă dreptului, cu complicitatea și în orice caz pe riscul cumpărătorului, nulitatea se impune în temeiul lui „fraus omnia corrumpit”. PAVEL PERJU, Comentariu publicat în Dreptul nr.5/2003, pag.179, 180.
16. Pentru imobilele cu destinație de locuință preluate de stat prin naționalizare, cu încălcarea art.II al Legii nr. 92/1950, statul nu are titlu valabil; în consecință, acestea nu puteau fi vândute chiriașilor, asemenea bunuri fiind exceptate de la vânzare, conform art.9 alin.1 din Legea nr.112/1995. Ca urmare, sunt nule absolut contractele prin care locuințele respective au fost vândute chiriașilor, conform art.45 alin.2 din Legea nr.10/2001. Prin acest text s-a exceptat însă de la sancțiunea nulității absolute a contractului, chiriașul cumpărător de bună-credință. Buna-credință a chiriașului-cumpărător nu poate opera în cazul în care, cu minimă diligență, putea lua cunoștință, de exemplu, de cererea prin care se solicitase de către persoana îndreptățită restituirea în natura a imobilului .(ICCJ, secția civilă și de proprietate intelectuală Decizia nr.4612 din 31 mai 2005, FLORIN COSTINIU, „Legea nr.10/2001. Jurisprudența la zi a Înaltei Curți de Casație și Justiție în materia imobilelor preluate abuziv”, vol.I, Ed.Hamangiu, nr.259, pag. 608. Potrivit art.45 alin.2 din Legea nr.10/2001, actele juridice de înstrăinare, având ca obiect imobile preluate fără titlu valabil, sunt lovite de nulitate absolută, în afară de cazul în care actul a fost încheiat cu bună-credință. Buna-credință se prezumă, iar opusul ei, rea-credință trebuie dovedită de cel care o invocă, potrivit art.1898. În cazul în care, în dovedirea rele-credințe a chiriașului care a cumpărat în baza Legii nr.112/1995,

este invocată notificarea către acesta a situației juridice a bunului, respectiv a intenției fostului proprietar de a revendica bunul, notificarea trebuie făcută prin executorul judecătoresc în scris și prealabil actului de vânzare, iar, pentru eficacitate, trebuie să fie respectate cerințele legale corespunzătoare emiterii și comunicării actelor de procedură, conform art.88 și următoarele C.proc.civ. De aceea, actul procedural invocat este lipsit de opozabilitate și forță probantă în sensul art.1079 C.civ., câtă vreme nu a fost expediat la domiciliul unde cel notificat locuia în mod efectiv. (ICCJ, secț.civ, dec.nr.781 din 27 februarie 2003, FLORIN COSTINIU, op.cit., pag.610, nr.260.

17. C.S.J., secț.civ., dec.nr.1393/2003; dec.nr.4089/2003, în Buletinul Jurisprudenței I.C.C.J. nr.2/2005, pag. 90-91

Cauza ilicită a vânzării lucrului altuia atrage nulitatea absolută a actului de înstrăinare, în temeiul art. 966C.civ., dar numai dacă a fost cunoscută de subdobânditor. Dovada cunoașterii ilicitității cauzei, ca fapt material poate fi făcută cu orice mijloc de probă... În acest context și în lipsa oricăror alte dovezi că ilicitatea cauzei actelor juridice din litigiu a fost cunoscută de către pârâții-subdobânditori, C.S.J. (secț.civilă, dec.nr.545/2003), a decis că fără temei instanța de recurs a înlăturat buna-credință a pârâților (prezumata juris tantum, de lege) și, corelativ, a invalidat actele de înstrăinare din litigiu, prin a constata că sunt nule absolut. PAVEL PERJU, comentariu publicat în Dreptul nr.1/2004, pag.217-218.

Nulitatea absolută a vânzării lucrului altuia are ca punct de plecare împrejurarea că părțile au încheiat contractul în cunoștință de cauză, știind că lucrul vândut este proprietatea unei alte persoane. Sintagma „în cunoștință de cauză” circumscrisă, semantic, înțelesul că părțile contractante au știut bine că bunul individual determinat nu este proprietatea vânzătorului, ci că aparține altuia. În acest caz contractul încheiat, ascunzând intenția de a aduce altuia o pagubă, este un act juridic intențional, fondat pe o cauză ilicită sau fraudă, ambele având ca numitor comun reaua-credință a părților. Practica instanței supreme este în sensul invalidării, pentru nulitate absolută, ori de câte ori vânzarea lucrului altuia reprezintă un act intențional fondat pe o cauză ilicită sau fraudă (cumpărătorul știa că titlul statului era contestat în instanță (C.S.J., secț.civ., dec.nr.1939 din 14 mai 2003, în Buletinul jurisprudenței pe anul 2003, Ed. All Beck, București 2005, pag.142-146); C.S.J., dec.nr.4089 din 15 Octombrie 2003 nepublicată). Invers, fără a fi repudiată culpa. Iată ca motiv de nulitate absolută, s-a apreciat

- că dacă titlul statului există la data înstrăinării, fiind transcris sau înscris în cartea funciară, iar actul juridic de înstrăinare este premergător contestării titlului în justiție, nulitatea absolută cerută împotriva subdobânditorului, este inoperantă (C.S.J., sec.civ., dec.nr.3787/2003 și dec.nr. 4580/2003 nepublicate) citate în comentariul PAVEL PERJU, în Dreptul nr.5/2004, pag. 197-198.
- 18 C.S.J., complet de 9 judecători, secț.civ., dec.nr.4580 din 7 noiembrie 2003, în Buletinul Casației nr.2/2005, p.90-91
- 19 C.S.J., secț.civ., dec.nr.543/2003, în Dreptul nr.1/2004, pag. 217-218
- 20 ICCJ, secția civilă și de proprietate intelectuală, Decizia nr.4202 din 20 mai 2005, în „Înalta Curte de Casație și Justiție. Jurisprudența secției civile pe anul 2005”, Ed.Hamangiu, nr.84, pag.208
- 21 A se vedea în acest sens cauzele PINCOVA și PINCA împotriva REPUBLICII CEHE, cauza RAICU împotriva ROMÂNIEI soluționate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului.
- 22 Astfel F.BAIAS, B.DUMITRACHE și M.NICOLAE, op.cit., pag.294; „Discuții cu privire la admisibilitatea acțiunii în revendicare a adevăratului proprietar împotriva subdobânditorului de bună-credință a unui imobil”, R.POPESCU, E.DINCA (partea I-a) și P.PERJU (partea II-a) în „Dreptul” nr. 6/2001, p.5 și 18; I.ADAM, „Legea nr.10/2001” citata mai sus, pag.9; D.CHIRICA, „Regimul juridic al revendicării imobilelor preluate de stat fără titlu valabil de la subdobânditorii care se prevalează de buna lor credință la data cumpărării”, „Dreptul” nr. 8/2002, p.59.
- 23 Deciziile secției civile a C.S.J. nr.1856/2003, nr.2601/2003, nr.2810/2003, nr.3164/2004, nr.4705/2004, nr. 4109/2003, nr.3702/2003, nr.1400/2004, nr.1426/2004 și nr.3652/2004, citate în Hotărârea din 1 decembrie 2005 în cauza PADURARU împotriva ROMÂNIEI.
- 24 Deciziile Curții Supreme de Justiție, secț.civ. nr.3962/2003, nr.4229/2003, nr.5555/20003 sau nr.5395/2004 citate de CEDO în Hotărârea din 1 decembrie 2005 în cauza PĂDURARU împotriva ROMÂNIEI.
- După intrarea în vigoare a Legii nr.10/2001, restituirea imobilelor preluate fără titlu valabil și înstrăinate prin acte de dispoziție este condiționată de constatarea, pe cale judecătorească, a nulității actului de înstrăinare, determinată de reaua-credință a părților din actul de înstrăinare, în conformitate cu art.46 (în prezent 4) alin.2 coroborat cu

art.46alin.2 din lege. În acest sens, soluția trebuie să își găsească aplicare și în cazul acțiunilor în curs de judecată având ca obiect revendicarea bunului de la subdobânditor, referitor la care persoanele îndreptățite nu înțeleg să facă uz de dispozițiile art.46 din Legea nr.10/2001.

Într-un asemenea caz, nu se poate opera cu soluția consacrată în materie de revendicare a „comparării drepturilor autorilor de la care provin titlurile de proprietate”, ci pentru a rezolva acțiunea împotriva subdobânditorului (fostul chiriaș al imobilului revendicat) trebuie cercetate succesiv valabilitatea titlului vânzătorului și, apoi, buna-credință a părților din actul juridic de înstrăinare. Ca atare, nulitatea absolută a actului juridic de înstrăinare se impune ca o premiză inevitabilă a admiterii acțiunii în revendicare împotriva subdobânditorului (C.S.J., secț.civ.si de proprietate intelectuală, dec.nr.439 din 5 februarie 2003, în FLORIN COSTINIU, op.cit., vol. I, pag.622, nr.264). Dovada proprietății imobiliare prin titluri este absolută dacă dreptul a fost dobândit originar și relative atunci când provine, derivat, dintr-o convenție. În acest din urma caz, titlurile translative sau declarative sunt simple fapte generatoare de prezumții care pot fi înlăturate prin probă contrarie.

Nu mai puțin compararea titlurilor vizează exclusiv ipoteza când ambele părți litigante ale revendicării produc titluri derivate care emană de la autori diferiți și care sunt fără vreo legătură (raport) între ele. Prezumpția de proprietate, proprie unor asemenea titluri, poate fi combătută prin elemente de convicțiune, în condițiile art.1203 C.civ. Într-o speță, soluționată în recurs de C.S.J., secția civilă, prin Decizia nr.896 din 7 martie 2003, imobilul revendicat a fost dobândit, mai întâi, de reclamantul prin convenție, apoi de către stat printr-un act administrativ emis în baza Decretului nr.223/1974 și, în final, de chiriași (părți în proces) în temeiul Legii nr.112/1995 și a contractului de vânzare-cumpărare încheiat în baza acestei legi.

În recurs s-a apreciat că, în succesiunea lor, titlurile enunțate sunt într-o strânsă legătură, bazată mai întâi pe existența unui autor comun care a transmis derivat proprietatea bunului, iar apoi, pe baza intervenției legii, care, originar, a dispus preluarea bunului în patrimoniul statului și, prin convenție, înstrăinarea lui către chiriași. Absența unor autori diferiți și prezența titlurilor originare invocate de părți denotă, în viziunea instanței de recurs, că ipoteza probațiunii prin compararea titlurilor nu există. Corelativ, s-a apreciat că este inoperantă și posibilitatea combaterii, în acest cadru, a prezumției de proprietate, care rezultă din titlul (originar

și, totodată, derivat) invocat de părți. Drept urmare, s-a reproșat instanțelor de fond că au recurs la un mijloc de probațiune inaplicabil pricinii și inapt să înlăture titlul părților.

Întrucât obiectul acțiunii era constatarea nevalabilității titlului statului și a nulității actelor de înstrăinare a bunului, s-a conchis că procedul instanțelor de fond de a restrânge cercetarea judecătorească la simpla comparare a titlurilor echivalează cu depășirea cadrului procesual și neexaminarea fondului pricinii. În consecință, recursul a fost admis și casate hotărârile atacate cu trimiterea cauzei la prima instanță pentru rejudecarea procesului. O soluție și o motivare identică se găsește și Decizia secției civile a C.S.J. nr.2221 din 27 mai 2003. PAVEL PERJU, Comentariu publicat în Dreptul nr.1/2004, pag.214-215

Într-o altă speță s-a cerut constatarea nulității absolute a actului juridic de înstrăinare a unui imobil preluat de stat fără titlu valabil. Totodată, reclamanții au solicitat revendicarea bunului de la subdobânditori. Instanțele de fond au admis capătul de cerere referitor la revendicarea imobilului și l-au respins pe cel privind constatarea nulității absolute a înstrăinării. Soluția a fost întemeiată pe ideea că nulitatea este asanată de aparența în drept, dar ca obligație de restituire a bunului către reclamanți se impune prin efectul comparării titlurilor de proprietate opuse de părți. Respectiv, are preferabilitate titlul succesoral al reclamanților, provenit de la autorul lor față de stat care și-a constituit titlul original, lovit de nulitate, după care, prin convenție (derivat) a transmis pârâtului proprietatea bunului.

Decizia din recurs se întemeiază, în esență, pe următoarele argumente.

Menținerea judiciară a actului de înstrăinare a bunului altuia consolidează transmiterea dreptului de proprietate asupra bunului în patrimoniul subdobânditorului. Un asemenea efect este de esența contractului de vânzare-cumpărare și nu poate fi anihilat prin compararea titlurilor, ca simplă ipoteză de probațiune a revendicării. Această operațiune vizează, exclusiv, situația, inexistența în speță, când ambele părți ale revendicării produc titluri derivate care emana de la autori diferiți și care sunt fără vreo legătură (raport) între ele. Or, în speță, titlurile invocate sunt, în succesiunea lor, într-o strânsă legătură, bazată, mai întâi, pe existența unui autor comun care a transmis derivat proprietatea bunului, iar, apoi, pe intervenția legii de naționalizare, care, original, a dispus preluarea bunului de către stat și, prin convenție, înstrăinarea lui către un subdobânditor. În acest cadru, ipoteza cerută probațiunii prin compa-

- rarea titlurilor fiind, în speță, absentă, rezultă ca ilegal și excesiv instanțele au înlăturat efectul translativ de proprietate al actului de înstrăinare validat judiciar prin aplicarea aparenței în drept, soluție nerecurată de reclamânți (C.S.J., secția civilă, Decizia nr.3962 din 10 octombrie 2003) menționată de PAVEL PERJU în Comentariu publicat în Dreptul nr.5/2004, pag.191-192.
- 25 C.S.J., secț.civ. Deciziile nr. 4268/2002, nr.2685/2003 și nr.634/2004, citate în Hotărârea CEDO menționată mai sus.
- 26 Astfel în Decizia nr.709/2003, C.S.J., secț.civ.a constatat „eroarea publică” a cumpărătorilor în momentul vânzării, că statul era adevăratul proprietar al imobilului; în timp ce în Decizia nr.132/2004 C.S.J., secț.civ. a refuzat să aplice aceeași teorie deoarece cumpărătorul nu a dovedit existența „erorii comune și invincibile”.
- 27 C.S.J., secț.civ., Deciziile nr.1/2003, nr.4894/2003 și nr.3835/2003, loc.cit.
- 28 Curtea de Apel Brașov ,dec.759R/2001, decizia Curții de Apel București, confirmată prin Decizia C.S.J., secț.civ.nr.2.702/2002, Deciziile C.S.J., secț.civ.nr.3787/2003, nr.3737/2003 și nr.555/2004, loc.cit.
- 29 Astfel prin Decizia nr.4894/2003, C.S.J., secț.civ. a considerat că buna-credință constă în convingerea cumpărătorilor că au încheiat un contract cu adevăratul proprietar, cu respectarea dispozițiilor legale în vigoare la momentul încheierii contractului și că aceste două condiții sunt îndeplinite în speță.
- 30 S.GHIMPU, GH.BREHOI, GH.MOCANU, A.POPESCU și I.URS, Dicționar juridic, Editura Albatros, București, 1985.
- 31 Astfel prin Decizia nr.510/2003, C.S.J., secț.civ. a admis acțiunea în revendicare a fostului proprietar al unui imobil naționalizat, considerând că reaua-credință a cumpărătorului „nu părea să poată fi pusă la îndoială, dat fiind (...) că acesta știa sau ar fi putut ști că imobilul riscă să fie revendicat de către foștii proprietari, că ar fi putut sau chiar că ar fi trebuit să se informeze despre demersurile întreprinse de fostul proprietar în vederea obținerii bunului său și că pasivitatea sa îi este imputabilă”. Aceeași instanță a statuat în Decizia nr.4218/2002, că era de neconceput ca în calitate de cumpărător al unui bun atât de important ca un imobil chiriașul să nu îndeplinească diligențe rezonabile pentru a cunoaște situația juridică a bunului.
- În Decizia nr.4623/2002 ea a precizat că dobânditorul ar fi trebuit să verifice, cel puțin înainte de a încheia actul de vânzare-cumpărare, dacă imobilul a făcut obiectul unei cereri de restituire în temeiul Legii

- nr.112/1995 sau al unei acțiuni în revendicare din partea fostului proprietar, fără de care buna sa credință putea fi pusă la îndoială.
- În Decizia nr.4561/2003, Curtea Supremă de Justiție a considerat că lipsa de informare sau ignoranța cumpărătorului în ceea ce privește situația juridică a imobilului dobândit nu poate scuza eroarea cumpărătorului.
- În sens contrar, în Decizia nr.3962/2003, Curtea Supremă de Justiție a indicat că lipsa diligenței din partea unui chiriaș în vederea cunoașterii situației imobilului pe care avea să îl dobândească era lipsită de consecințe în plan juridic.
- 32 În acest sens, C.S.J., secț.civ., Deciziile nr.781/2003, nr.5359/2003, nr.1476/2004, nr.2559/2004, 3855/2004 și nr.4299/2003, loc.cit.
- 33 Hotărârile CEDO pronunțate în cauzele BRONIOVSCHI împotriva POLONIEI, ONERYLIDIZ contra TURCIEI (MC), nr.48.939/1999, & 129, CEDO 2004-XI; BEYELER împotriva ITALIEI (MC), nr.33.202/1996, & 105, CEDO 2000-1; SOVTRANSAVTO împotriva UCRAINEI, nr.48.553/1999, & 96, CEDO 2002-VII; ZWIERZYNSKI împotriva POLONIEI, nr.34049/1996, .www.scj.ro/strasbourg/
- 34 Cauza BRONIOWSKI împotriva POLONIEI, citată mai sus, &149.
- 35 Pentru prezentarea și analiza practicii judiciare naționale în problema comparării titlurilor de proprietate în materia restituirii imobilelor dobândite în mod abuziv de statul român, a se vede mai sus nota nr.24.
- 36 Hotărârea din 1 decembrie 2005 în cauza PĂDURARU împotriva ROMÂNIEI, publicată în Monitorul Oficial nr. 214 din 14 iunie 2006
- 37 Hotărârea din 29 iunie 2006 pronunțată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului (secția a III-a) în cererea nr.12728/26 martie 2003, FLORIN COSTINIU, op.cit., vol. II, pag.135-144
- 38 Hotărârile Brumărescu contra României [MC], nr.28342, CEDO 1999-VII, pag.250-256, paragraf 31-34, Strain și alții contra României (nr.57001/00), paragraf .19-26, 21 iulie 2005, Păduraru contra României (nr.63252/00, paragraf. 38-53, 1 decembrie 2005), și Porteanu contra României (nr.4596/03, paragraf..23-25, 16 februarie 2006)
- 39 Hotărârile pronunțate în cauzele PAPAMICHALOPOULOS contra GRECIEI (satisfacție echitabilă), Hotărârea din 31 octombrie 1995, seria A nr.330-B, pag.59-61, par.36-39; ZUBANI contra ITALIEI, Hotărârea din 7 august 1996, Culegerea de hotărâri și decizii 1996-IV, pag.1078, par.49 și BRUMĂRESCU împotriva ROMÂNIEI (satisfacție echitabilă) loc.cit, par.22-23.
- 40 CEDO (secția a 3-a), Hotărârea din 29 iunie 2006 în cauza TOGANEL și

GRADINARU contra României

41 CEDO (secțiunea a III-a), cauza RAICU împotriva ROMÂNIEI (cererea nr.28.104/03), Decizia din 19 octombrie 2006, www.scj.ro/strasbourg/raicu-romania

AVOCATUL POPORULUI, O PUTERE MORALĂ ÎN ECHILIBRUL CELOR TREI PUTERI ÎN STAT

Laura Ionela CRĂCIUNESCU, student anul III,
Facultatea de Drept, Universitatea Titu Maiorescu
dr. Eugen DINU, cadru didactic asociat , Facultatea de Drept
Universitatea Titu Maiorescu, Consilier, Avocatului Poporului

ABSTRACT

The Romanian Constitution, adopted in 1991 and revised in 2003, marked the transformation of the Romanian society into a state governed by the rule of law, a democratic and social state, where human dignity, the individual rights and freedoms, the free developpement of human personality represent supreme values granted by the Constitution. In order to achieve these purposes, the Constitution gave a new configuration to the constitutional order, also creating new institutions, such as the People's Advocate. Since adopting its organic law in 1997, the People's Advocate is organized and function, with the role of defending the rights and freedoms of the individuals in their relations with the authorities of the public administration, capitalizing the tradition and the experience of the classic west-european ombudsman.

The constitutional and legal regulations make available to the People's Advocate Institution specific means and procedures, in order to act efficiently in the protection of individual rights and freedoms.

Avocatul poporului, parlamentul, puterea executivă

Așa după cum este cunoscut, într-un stat democratic puterea emană de la popor și aparține acestuia. Exercitarea puterii, organizarea canalelor prin care circulă aceasta, sunt încredințate statului.

De pe vremea lui Montesquieu și până în zilele noastre, teoria separației puterilor a constituit o sursă permanentă de conflicte în discuția cu privire la o structurare cât mai potrivită a sistemelor politice. Trebuie să ne amintim că la Montesquieu, nivelul instituțional nu exista de unul singur, pe lângă el mai se afla și nivelul social al separației puterilor. Unele dintre

ideile lui Montesquieu mai sunt valabile și astăzi. Societatea împărțită pe clase, centrul intereselor lui Montesquieu este o instituție revolută, astăzi au apărut alte elemente menite să limiteze puterea în stat. Dintre acestea putem aminti statul federal, drepturile fundamentale ale omului, partidele și grupurile de interese moderne total necunoscute în sec. XVIII. Factorii de separație, amalgamare și limitare a puterilor s-au înmulțit în mod considerabil de la Montesquieu încoace. Acest lucru era foarte necesar, pentru că statul modern se caracterizează printr-o sporire a puterii și a sarcinilor ce îi revin.

Statul se organizează potrivit principiului separației și echilibrului puterilor legislativă, executivă și judecătorească - în cadrul democrației constituționale.⁷⁵

Plecând de la acest principiu, Constituția României a consacrat separația puterilor în stat, cu precizarea că separația puterilor nu înseamnă lipsa de corespondență între ele.

Astfel avem Parlamentul—organ reprezentativ suprem și unică autoritate legiuitoare a țării⁷⁶, puterea executivă (șeful de stat, guvernul, ministerele și celelalte organe centrale ale administrației publice, organele administrației publice locale)⁷⁷ și autoritatea judecătorească⁷⁸.

Între aceste trei puteri apare instituția ombudsman-ului, autoritate publică autonomă și independentă față de orice altă autoritate publică, în condițiile legii dar care nu se substituie autorităților publice având un rol de echilibru în scopul prevenirii exceselor de putere. Cadrul juridic de organizare și funcționare a instituției Avocatul Poporului privind Avocatul Poporului se regăsește în:

- Constituția României, art. 58-60, art. 65 alin. 2), art. 146 lit. a) și lit. d);

- Legea nr. 35/1997 privind organizarea și funcționarea instituției Avocatul Poporului, republicată în Monitorul Oficial al României Partea I nr. 844 din 15 septembrie 2004;

⁷⁵ CONSTITUȚIA ROMÂNIEI din 21 noiembrie 1991 - REPUBLICARE, titlul I art.1 ,alin. 4

⁷⁶ CONSTITUȚIA ROMÂNIEI din 21 noiembrie 1991 – REPUBLICARE, titlul III, cap.I, art.61-79

⁷⁷ Ioan MURARU, Elena Simina TĂNĂSESCU, Drept constituțional și instituții politice, vol.II, ed.XII, editura C.H.Beck, București, 2006, pag. 226-227

⁷⁸ CONSTITUȚIA ROMÂNIEI din 21 noiembrie 1991 – REPUBLICARE, titlul III, cap. VI, art.124-134

- Regulamentul de organizare și funcționare a instituției Avocatul Poporului, republicat în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 619 din 8 iulie 2004;

- Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 1154 din 7 decembrie 2004, art. 1 alin. (3), art. 7 alin. (5), art. 11 alin. (3), art. 13 alin. (2), art. 28 alin. (2);

- Legea nr. 206/1998 pentru aprobarea afilierii instituției Avocatul Poporului la Institutul Internațional al Ombudsmanului și la Institutul European al Ombudsmanului, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 445 din 23 noiembrie 1998.

Raportul dintre instituția Avocatul Poporului și puterile statului.

I. Raportul dintre legislativ și Avocatul Poporului

Raportul dintre puterea legislativă și instituția Avocatul Poporului se regăsește în textul Constituției, în titlul al II-lea, capitolul IV art.58-60, 65 alin.(2) lit.i, 146 lit.a și d. Din art. 58 din Constituție, care prevede numirea și rolul Avocatului Poporului corelat cu art. 65 alin. (2) lit. i) rezultă că numirea Avocatului Poporului se face în ședința comună a Camerei Deputaților și Senatului, având în vedere că, prin rolul pe care îl îndeplinește, este o garanție importantă a drepturilor omului. Numirea se face pentru o durată de 5 ani.

Art. 59 din Constituție (exercitarea atribuțiilor) stabilește că Avocatul Poporului își exercită atribuțiile din oficiu sau la cererea persoanelor lezate în drepturile și libertățile lor, în limitele stabilite de lege; autoritățile publice sunt obligate să asigure Avocatului Poporului sprijinul necesar în exercitarea atribuțiilor sale.

Avocatul Poporului prezintă celor două Camere ale Parlamentului rapoarte, anual sau la cererea acestora. Rapoartele pot conține recomandări privind legislația sau măsuri de altă natură, pentru ocrotirea drepturilor și a libertăților cetățenilor.

Implicarea instituției Avocatul Poporului în actul legiferării (prin rapoarte, propuneri sau control de constituționalitate nu este suficientă pentru a putea afirma că acesta face parte din puterea legislativă.⁷⁹

⁷⁹ în acest sens, Ioan MURARU, Avocatul Poporului-instituție de tip ombudsman, ed. All Beck, București 2004, pag. 108

II. Raportul dintre Executiv și Avocatul Poporului

În detalierea textului constituțional a fost elaborată Legea nr. 35/1997 privind organizarea și funcționarea instituției Avocatul Poporului, republicată și Regulamentul de organizare și funcționare a instituției Avocatul Poporului. În temeiul dispozițiilor constituționale și legale, Avocatul Poporului se poate autosesiza în probleme ce țin de competența sa. Persoanele fizice se pot adresa acestuia prin cereri, prin telefon sau direct prin audiențe. În soluționarea problemelor, Avocatul Poporului poate face anchete (art.22 din Lege), poate formula recomandări (art.21 din Lege)

Astfel, Avocatul Poporului are dreptul să facă anchete proprii, să ceară autorităților administrației publice orice informații sau documente necesare anchetei, să audieze și să ia declarații de la conducătorii autorităților administrației publice și de la orice funcționar care poate da informațiile necesare soluționării cererii. De asemenea, în exercitarea atribuțiilor sale, Avocatul Poporului emite recomandări care nu pot fi supuse nici controlului parlamentar și nici controlului judecătoresc. Prin recomandările emise, Avocatul Poporului sesizează autoritățile administrației publice asupra ilegalității actelor sau faptelor administrative.

În cazul în care, în urma cererilor făcute, Avocatul Poporului constată că plângerea persoanei lezate este întemeiată, el va cere în scris autorității administrației publice care a încălcat drepturile acesteia să reformeze sau să revoce actul administrativ și să repare pagubele produse, precum și să repună persoana lezată în situația anterioară.

Autoritățile publice în cauză vor lua de îndată măsurile necesare pentru înlăturarea ilegalităților constatate, repararea pagubelor și înlăturarea cauzelor care au generat sau au favorizat încălcarea drepturilor persoanei lezate și îl vor informa despre aceasta pe Avocatul Poporului.

În cazul în care autoritatea administrației publice sau funcționarul public nu înlătură, în termen de 30 de zile de la data sesizării, ilegalitățile comise, Avocatul Poporului se adresează autorităților administrației publice ierarhic superioare, care sunt datoare să îi comunice, în termen de cel mult 45 de zile, măsurile luate. Dacă autoritatea publică sau funcționarul public aparține administrației publice locale, Avocatul Poporului se adresează prefectului. De la data depunerii cererii la prefectul județului curge un nou termen de 45 de zile.

Avocatul Poporului este îndreptățit să sesizeze Guvernul cu privire la orice act sau fapt administrativ ilegal al administrației publice centrale și al prefectilor. Neadoptarea de către Guvern, în termen de cel mult 20 de zile,

a măsurilor privitoare la ilegalitatea actelor sau faptelor administrative semnalate de Avocatul Poporului se comunică Parlamentului.

III. Raportul dintre Autoritatea judecătorească și Avocatul Poporului. Curtea Constituțională

În cazul în care Avocatul Poporului constată că soluționarea cererii cu care a fost sesizat este de competența autorității judecătorești, el se poate adresa, după caz, Ministerului Justiției, Ministerului Public sau președintelui instanței de judecată, care sunt obligați să comunice măsurile luate. Aceasta reprezintă o modalitate legală prin care autoritățile publice menționate sprijină Avocatul Poporului în soluționarea unor reclamații privind încălcarea dreptului la un proces echitabil și soluționarea cauzei într-un termen rezonabil, prevăzut de art. 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale și valorificat prin dispozițiile art. 21 alin. (3) din Constituție

O situație specială apare în raportul Avocatul Poporului –Curtea Constituțională. Potrivit dispozițiilor art.146 lit. „a” și „d” din Constituție, la care se coroborează art.13 lit. d, e, f, din Legea nr.35/1997 republicată și art. 4, lit. „d” din Regulament Avocatul Poporului poate:

- sesiza Curtea Constituțională cu obiecții de neconstituționalitate
- formula puncte de vedere la excepțiile de neconstituționalitate ridicate în fața instanțelor judecătorești
- ridica în fața Curții Constituționale, excepții de neconstituționalitate.

IV. Concluzii

Avocatul Poporului urmărește rezolvarea legală a cererilor făcute de persoanele lezate prin încălcarea drepturilor sau libertăților cetățenești de către autoritățile administrației publice și cere autorităților sau funcționarilor administrației publice în cauză încetarea încălcării drepturilor și libertăților cetățenești, repunerea în drepturi a petiționarului și repararea pagubelor;

În exercitarea atribuțiilor sale, nu se substituie autorităților publice, deși activitatea sa urmărește și aplanarea unor conflicte cetățean-autoritate publică.

Nu fac obiectul activității instituției Avocatul Poporului și vor fi respinse fără motivare cererile privind actele emise de Camera Deputaților, de Senat sau de Parlament, actele și faptele deputaților și senatorilor, ale Președintelui României și ale Guvernului, precum și ale Curții

Constituționale, ale președintelui Consiliului Legislativ și ale autorității judecătorești.

Cu alte cuvinte, Avocatul Poporului este numit de Parlament, este organizat și funcționează pe baza legii organice votată de acesta și este supus controlului parlamentar, colaborează cu administrația publică în favoarea persoanelor fizice, dar nu le poate „pedepsi” și spre deosebire de justiție care se înfăptuiește prin hotărâri cu forță juridică obligatorie, Avocatul Poporului încearcă deblocarea unor conflicte prin medieri, sfaturi, recomandări.

Pentru aceste considerente se poate vorbi de o încărcătură morală a noțiunii de ombudsman al României deoarece această instituție a fost receptată ca instituția care îl apără pe cel slab și năpăstuit⁸⁰.

BIBLIOGRAFIE

- Ioan MURARU, Avocatul Poporului-instituție de tip ombudsman, ed. All Beck, București 2004
- Ioan MURARU, Elena Simina TĂNĂSESCU, Drept constituțional și instituții politice, vol.II, ed.XII, editura C.H.Beck, București, 2006,
- CONSTITUȚIA ROMÂNIEI din 21 noiembrie 1991 - REPUBLICARE,
- Legea nr. 35/1997 privind organizarea și funcționarea instituției Avocatul Poporului, republicată în Monitorul Oficial al României Partea I nr. 844 din 15 septembrie 2004, Regulamentul de organizare și funcționare a instituției Avocatul Poporului, republicat în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 619 din 8 iulie 2004;
- Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 1154 din 7 decembrie 2004, art. 1 alin. (3), art. 7 alin. (5), art. 11 alin. (3), art. 13 alin. (2), art. 28 alin. (2);
- Legea nr. 206/1998 pentru aprobarea afilierii instituției Avocatul Poporului la Institutul Internațional al Ombudsmanului și la Institutul European al Ombudsmanului, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 445 din 23 noiembrie 1998.

⁸⁰ Ioan MURARU, Elena Simina TĂNĂSESCU, Drept constituțional și instituții politice, vol.II, ed.XII, editura C.H.Beck, București, 2006, pag. 158 și Ioan MURARU, Avocatul Poporului-instituție de tip ombudsman, ed.All Beck, București 2004, pag.3-4

RĂSPUNDEREA ADMINISTRATORULUI SOCIETĂȚII COMERCIALE ÎN CAZUL NERESPECTĂRII OBLIGAȚIEI DE LOIALITATE FATA DE SOCIETATE

Lector univ. drd. Carmen TODICĂ
Universitatea Titu Maiorescu, Facultatea de Drept

ABSTRACT

The professional ethics of the manager as the Companies Law force the manager to abstain from participating to a number of activities that can create suspicion and uncertainty regarding the person or the tasks that the management imply for the duration of the mandate. The fidelity of the manager toward the company implies the obligation of loyalty.

răspundere, administrator, obligația de loialitate față de societate

Deontologia profesională a administratorului precum și legea societăților comerciale îl obligă pe acesta să nu participe la anumite activități care vor putea crea suspiciuni și incertitudini în privința persoanei sau prestațiilor impuse de funcția exercitată în perioada mandatului. Fidelitatea administratorului față de societate presupune *obligația de non-concurență și de urmărire a intereselor societății*⁸¹. Aceasta din urmă, ca urmare a modificărilor legislative survenite (prin OUG nr. 82/2007), a fost reglementată în art. 144¹ alin. 4 sub forma *obligației de loialitate față de societate*. Potrivit acestei obligații „membrii consiliului de administrație își vor exercita mandatul cu loialitate, în interesul societății”. Deși textul are în vedere consiliul de administrație, obligația își găsește aplicabilitate și în cazul directorilor, membrilor directoratului și consiliului de supraveghere din sistemul dualist de administrare a societății pe acțiuni⁸², dar și în privința oricărui administrator din orice altă formă de societate.

⁸¹ În literatura de specialitate a fost analizată și ca o obligație de abținere a administratorului de la anumite acțiuni sau operațiuni prevăzute de lege (E. Munteanu – *op. cit.*, p. 96; O. Căpățână – *Societățile comerciale*, *op. cit.*, p. 339-340).

⁸² Potrivit art. 152, art. 153² alin.6, și art. 153⁸ alin.3. care dispun că art. 144¹ se aplică în mod corespunzător.

1. CONCEPTUL DE LOIALITATE FAȚĂ DE SOCIETATE

În executarea obligației de fidelitate față de societate, **administratorul trebuie să urmărească interesul social**, abținându-se de la anumite acte sau operațiuni contrare acestui interes. Cu alte cuvinte, el trebuie să fie loial societății, în sensul art. în art. 144¹ alin. 4 din lege, respectiv să-și exercite mandatul cu loialitate, în interesul societății. Am putea spune că loialitatea este liantul dintre exercitarea mandatului de administrator și interesul societății. Legiuitorul român nu a definit această noțiune, astfel încât doctrina a avut rolul de a clarifica sensul sintagmei de interes al societății.

Trebuie precizat însă că deși obligația de loialitate este specifică sistemului englez, totuși nici acolo nu există un concept unitar, astfel încât doctrina britanică a conturat mai multe sensuri ale noțiunii de interes al societății. Interesul este al companiei, dacă operațiunea este în concordanță cu articolele actului constitutiv, în special cele referitoare la obiectul de activitate, dacă proiectul are un impact pozitiv asupra intereselor societății sau privește activitatea companiei și strategia de dezvoltare. Cu toate acestea, în practica de common-law⁸³ s-a constatat că este dificil de apreciat diferența dintre interesele societății comerciale și interesele personale ale administratorilor.

În schimb, în dreptul societar american⁸⁴, obligația de exercitare a mandatului cu loialitate are două componente: obligația de a dovedi corectitudine față de societate și obligația de a manifesta diligență. Iar dreptul societar spaniol în art. 127-ter alin.1 și 2 din legea nr. 19/1989 prevăd detaliat situațiile în care administratorul este susceptibil de a încălca obligația de loialitate. Astfel, administratorii încalcă obligația dacă se folosesc de numele societății ori de funcția pe care o dețin pentru încheierea

⁸³ În speța *Regal Ltd v. Gulliver*, administratorii societății au investit o parte din beneficiile proprii în crearea unei filiale a companiei, deoarece compania mamă nu deținea resursele financiare necesare. Ulterior, deși societatea a obținut profit din vânzarea acțiunilor filialei totuși administratorii au fost chemați în judecată, de noua conducere deoarece nu avuseseră acordul acționarilor. Deși profitul a fost evident, s-a considerat că administratorii au încălcat obligația de loialitate față de societate, în lipsa unui acord al acționarilor. (D. Kershaw – *Lost in Translation. Corporate Opportunities in Comparative Perspective*, in *O.J.L.S.* vol. 25, nr. 4/2005, p.624., citat de N.R. Dominte- op.ci., p.287).

⁸⁴ În speța *Meinhard c. Salmon*, soluționată în anul 1928 de Curtea de Apel s-a apreciat că obligația de loialitate depășește importanța unor clauze obișnuite din contract, în sensul că loialitatea trebuie să se distingă prin altruism și integritate, iar încălcarea unei asemenea obligații se poate produce și fapte mai puțin grave decât fraudă sau rea credință. (a se vedea http://en.wikipedia.org/wiki/Meinhard_v_Salmon).

unor operațiuni comerciale în nume propriu ori în situația în care ar obține beneficii personale din perfectarea unor operațiuni ce au legătură cu interesele societății.

În doctrina română⁸⁵, loialitatea a fost definită drept „îndatorirea pe care o are administratorul de a-și exercita atribuțiile exclusiv în interesul societății pe care o administrează”. Astfel, potrivit obligației de loialitate, ori de câte ori există un conflict de interese între administrator și societate, administratorul trebuie să acționeze numai în favoarea acesteia și nu în propriul interes sau în interesul unui terț. Obligația trebuie respectată în orice situație, iar o eventuală încălcare a ei îndreptățește societatea la daune interese.

Deși art. 144¹ alin. 4, reglementând cu titlu general obligația de loialitate în cadrul societății pe acțiuni, se referă la consiliul de administrație, este evident că aceeași obligație o are și administratorul unic, dar și membrii directoratului și consiliului de supraveghere din sistemul dualist de administrare al societății pe acțiuni, ca de altfel și orice administrator al unei societăți comerciale. Mai mult, de obligația de loialitate este ținut și directorul societății, după cum prevede norma de trimitere a art. 152.

2. CAZURI DE APLICABILITATE A OBLIGAȚIEI DE LOIALITATE

Unul din principalele cazuri în care obligația de loialitate își găsește aplicabilitate, este circumscris oportunității în afaceri, altfel spus, administratorii nu trebuie să se folosească de oportunitățile de afaceri ale societății în interes personal, în caz contrar răspunzând pentru daunele produse acesteia. Astfel, potrivit art. 144³ alin 1 și 2 ”*administratorul care are într-o anumită operațiune, direct sau indirect, interese contrare intereselor societății trebuie să înștiințeze despre aceasta pe ceilalți administratori, cenzori sau auditori interni și să nu ia parte la nici o deliberare privitoare la această operațiune. Aceeași obligație o are administratorul în cazul în care, într-o anumită operațiune știe că sunt interesați soțul sau soția sa, rudele sau afinii până la gradul patru inclusiv*”. Administratorul care încalcă prevederile menționate, răspunde pentru daunele ce au rezultat pentru societate, conform art. 144³ alin 3.

⁸⁵ G. T. Nicolescu – *Administrarea societăților comerciale pe acțiuni potrivit noilor reglementări legale*, în C.J. nr. 1/2007, p. 87.

Aceeași obligație și răspundere suzistă și în privința membrilor directoratului și ai consiliului de supraveghere din sistemul dualist, precum și a directorilor din sistemul unitar de administrare al societății pe acțiuni⁸⁶, motiv pentru care în cele ce urmează avem în vedere sensul larg al noțiunii de administrator.

Prin funcția sa, administratorul poate impune societății, în interes propriu sau al altora, operațiuni prejudiciabile. În consecință, respectarea obligației de loialitate se impune nu numai atunci când există un interes contrar direct al administratorului în operațiunea ce ar urma să se încheie de către societate, ci și atunci când cei interesați sunt soțul, ruda sau un afîn al acestuia până la gradul patru inclusiv. Deși legea nu prevede, și în privința acestor persoane trebuie să existe un interes contrar interesului avut de societate, despre care însă administratorul avea cunoștință.

Prin urmare, pentru aplicarea art. 144³ din lege și angajarea răspunderii administratorului pentru încălcarea obligației de loialitate, este necesar ca interesul administratorului sau al apropiaților să fie contrar interesului societății; în lipsa contrarietății de interese, textul nu se aplică.

Legea înă nă nici nu definește nici nu exemplifică ce se înțelege prin expresia „interes contrar”, astfel încât trebuie stabilit în fiecare caz concret existența și întinderea eventualelor interese contrare⁸⁷. În general, sunt avute în vedere operațiunile și contractele cu societate, în care administratorii, soțul, rudele, afinii până la gradul IV sau o altă societate controlată de aceștia au interese contrarii. Spre exemplu, este interzis administratorului sub sancțiunea angajării răspunderii patrimoniale față de societate, utilizarea creditului societății în interesul său, pentru acordarea de împrumuturi, acordarea de avantaje financiare, cu ocazia sau ulterior încheierii de către societate cu acesta de operațiuni de livrare de bunuri, prestări servicii sau executare lucrări; garantarea oricăror împrumuturi acordate administratorului; garantarea executării de către administrator a oricărei obligații personale față de terțe persoane(art. 144⁴ alin. 1 din legea nr. 31/1990). De asemenea, sunt interzise operațiunile de creditare în favoarea soțului, rudelor sau afinilor până la gradul IV inclusiv ale administratorului sau în favoarea unei societăți comerciale sau civile în care aceștia au interese(art. 144⁴ alin. 2)⁸⁸.

⁸⁶ Potrivit art. 152, art. 153² alin.6, și art. 153⁸ alin.3. care dispun că art. 144³ se aplică în mod corespunzător.

⁸⁷ Dec. nr. 4595/2002 a C.S.J., secț. com., în RRDA nr. 7-8/2003, p.156.

⁸⁸ Pe cale de excepție, operațiunile de creditare se admit în favoarea administratorului, soțului, rudelor și afinilor până la gradul IV ale acestuia sau în favoarea unei societăți

În aceste ipoteze, respectarea obligației de loialitate presupune ca administratorul să înștiințeze despre acest conflict de interese pe ceilalți administratori, cenzori sau auditori interni, și să se abțină de la orice deliberare privind operațiunea în cauză. Se interzice nu doar exercitarea dreptului de vot al administratorului, ci însăși participarea acestuia la deliberări, deoarece în caz contrar, acesta ar putea influența în favoarea sa ori a rudelor, soluția ce urmează a se adopta.

Cu titlu de excepție, un administrator poate să participe la deliberarea cu privire la anumite operațiuni în care acesta personal, soțul, rudele sau afiniții până la gradul IV inclusiv au interese contrare, fără să fie ținut răspunzător de nerespectarea obligației de loialitate. Sunt avute în vedere de lege două situații. Și anume situația în care obiectul votului îl reprezintă oferirea spre subscriere către administrator sau celelalte persoane menționate, de acțiuni sau obligații ale societății; și situația acordării de către administrator sau de persoane menționate a unui împrumut sau constituirea unei garanții în favoarea societății (art. 144³ alin. 3). Operațiunile reglementate nu se încadrează în ipoteza conflictului de interese între societate și administrator, ci dimpotrivă societatea este favorizată prin subscrierea de acțiuni și obligațiuni sau prin acordarea/garantarea de către administrator a unor împrumuturi societății.

În opinia noastră, interdicția referitoare la participarea la deliberarea a administratorului nu se aplică atunci când obiectul votului îl constituie acte fără caracter convențional (decizii ale consiliului de administrație prin care se fixează remunerația președintelui sau se aprobă un proiect de fuziune, etc.) și nu operațiuni și convenții generatoare a unei contrarietăți de interese.

Potrivit legii (art. 144³ alin. final), administratorul care nu aduce la cunoștința celorlalți administratori și intervine în deliberare cu privire la operațiuni în care el sau cei apropiați au interes contrare, răspunde pentru toate daunele ce au rezultat pentru societate, ca urmare a intervenției sale. În acest caz legiuitorul a prevăzut expres ca sancțiune pentru încălcarea dispoziției legale, angajarea răspunderii personale a administratorului față de societate.

comerciale sau civile în care aceștia au interese în cazul operațiunilor a căror valoare exigibilă cumulată este inferioară echivalentului în lei a sumei de 5.000 Euro și în cazul în care operațiunea este încheiată de societate în condițiile exercitării curente a activității sale iar clauzele operațiunii nu sunt mai favorabile persoanelor anterior menționate, decât cele pe care în mod obișnuit societatea la practică față de terțe persoane.

Astfel, sancțiunea nerespectării obligației de loialitate înscrisă în art. 144³ nu este nulitatea absolută a actului încheiat sau nulitatea deciziei consiliului de administrației adoptată prin participarea administratorului, ci răspunderea personală a administratorului față de societate. Soluția se justifică pe două considerente. De principiu, dispoziții le art. 144³ alin. 4 din lege stipulează expres că sancțiunea pentru neabținerea de la vot a administratorului aflat în raport de o operațiune în contrarietate de interese cu societatea, este răspunderea pentru daunele produse societății, iar nu anularea deciziei adoptate în aceste condiții. Totodată, astfel cum s-a decis în practică⁸⁹, legea restrânge posibilitatea de contestare a hotărârilor adunării generale sau a organelor colective de administrare la motive de legalitate, nu și de oportunitate, iar sintagma „interese contrare intereselor societății” la care face referire textul analizat, fără a concretiza într-un fel, se circumscrie sferei oportunității, limitându-se la o decizie de afaceri importantă. .

Totuși, în măsura în care administratorul face dovada că indiferent de intervenția sa votul ar fi fost același, o asemenea răspundere nu mai poate subzista. De asemenea, în scopul angajării răspunderii administratorului în ipoteza reglementată de art. 144³ alin. 2, pentru participarea la deliberări cu privire la operațiuni în care sunt interesate persoane apropiate acestuia, este necesar să se dovedească cunoașterea de către administrator a interesul contrar al acestor persoane. În caz contrar, administratorul fiind de bună credință, nu i se poate reține răspunderea pentru eventualele prejudicii aduse societății.

⁸⁹ Dec. nr. 2283/12 iunie 2007, a I.C.C.J., secț. com., în B.C. nr. 1/2008, p. 28-29. În speță instanța a reținut „*faptul că acționarul majoritar SC T SA Timișoara trebuia să se abțină de la votul cesiunii proprietății datoriei, fiind și debitor al părâtei, nu atrage anularea hotărârii adunării generale ci sancțiunea răspunderii civile pentru daunele produse societății*”. Curtea de Apel Ploiești a admis apelul și a anulat hotărârea adunării generale, reținând în mod eronat că „*sancțiunea răspunderii civile prevăzute de art. 127 alin. 2 din lege nu exclude posibilitatea celorlalți acționari, cum este și cazul reclamantei, de a obține anularea hotărârii care contravine intereselor societății*”. Recursul declarat în cauză a fost admis de Înalta Curte care a modificat decizia CA.

În sens contrar a se vedea Dec. 4619/29 noiembrie 2003 a ÎCCJ, secț. com., în RDC nr. 4/2005, p. 164 (acționarul care are un interes contrar societății trebuie să se abțină de la deliberări, conform art. 126- în prezent art. 127- ceea ce presupune că societatea pârâtă având un conflict de interese cu ceilalți acționari nu trebuia să își exercite dreptul de vot, pentru ca hotărârea AGA să nu fie lovită de nulitate) și Dec. nr.1134/14 martie 2007 a ICCJ, secț. com. în BJ 2007, op.cit., p. 463-465 (răspunderea patrimonială a acționarului majoritar pentru daunele produse, în condițiile conflictului de interese, nu exclude cu nimic nulitatea hotărârii adunării generale). Menționăm că dispozițiile art. 127 referitoare la conflictul de interese între acționari și societate sunt similare celor conținute în art. 144³.

Fiind vorba de încălcarea unei obligații legale, administratorul răspunde delictual față de societate pentru daunele cauzate. Acțiunea în răspundere civilă delictuală (acțiunea în daune)⁹⁰ se promovează de adunarea generală sau de acționarii minoritari, în condițiile art. 155 și art. 155¹ din lege. Totodată, cu titlu de sancțiune se poate dispune și revocarea acestuia din funcție. În același timp, administratorul poate răspunde și penal pentru infracțiunea prevăzută de art. 275 alin. 1 dacă încalcă, prin persoane interpușe sau prin acte simulate, dispozițiile art. 144³.

O dispoziție similară art. 144³ în materia conflictului de interese este conținută de art. 79 aplicabil *societăților în nume colectiv*. Potrivit textului menționat „*asociatul care, într-o operațiune determinată are, pe cont propriu sau pe contul altuia interese contrare acelorale ale societății, nu poate lua parte la nicio deliberare sau decizie privind această operațiune*”. Obligația abținerii de la deliberare implică totodată și abținerea de la vot. Încălcarea interdicției este sancționată de lege numai cu angajarea răspunderii asociatului pentru daunele aduse societății dacă fără votul său nu s-ar fi obținut majoritatea cerută (art. 79 alin.2). Prin urmare, hotărârea astfel adoptată rămâne valabilă, având în vedere că singura sancțiune prevăzută este cea a angajării răspunderii celui ce încalcă interdicția legală. Cu privire la acest aspect, în doctrină⁹¹ s-a conturat ideea că din moment ce legiuitorul a stabilit sancțiunea în mod expres, este exclusă invocarea nulității relative sau a nulității absolute a hotărârii astfel adoptate. Cu toate acestea, în practică instanțele dispun anularea (nulitatea absolută) hotărârilor adoptate cu încălcarea dispozițiilor art. 79 alin.1 referitoare la conflictul de interese⁹². Credem totuși că soluția se justifică pe deplin, în ipoteza în care asociații sunt interesați și în desființarea actelor juridice subsecvente, prejudiciabile pentru societate, fundamentate pe o atare hotărâre, adoptată de un asociat cu interese contrare societății, potrivit *principiului resolutio*

⁹⁰ Acțiunea în despăgubire este supusă termenului general de prescripție extinctivă, care va începe să curgă de la data la care societatea a cunoscut sau trebuia să cunoască prejudiciul, în conformitate cu art. 8 din Decretul nr. 167/1958.

⁹¹ L. Săuleanu – „*Studiu cu privire la acțiunea în anulare și acțiunea în constatarea nulității absolute a hotărârilor adunării generale a acționarilor. Suspendarea executării acestora*”, în RDC nr. 7-8/2007, p.24.

⁹² Dec. nr. 966/9 martie 2007 a ICCJ, secț. com., în B.C. nr. 2/2008, Ed. CH. Beck, p. 49-50. În speță, asociații S.C. F.P. SRL au hotărât vânzarea activelor acestei societăți către SC T. SRL, în care, de asemenea, erau asociați. Încălcarea dispozițiilor imperative ale Legii nr. 31/1990 (art 79 alin.1) atrag nulitatea hotărârii nr. 1/2004 a S.C. F.P. SRL, precum și a contractelor de vânzare cumpărare a activelor subsecvente hotărârii.

jure dantis resolvitur jus accipientis (anularea actului juridic primar determină și anularea actului juridic subsecvent).

Nefăcând distincție între asociații administratori și neadministratori, credem că textul de lege se aplică și asociaților administratori, care au într-o anumită operațiune un interes contrar societății administrate. Astfel, pentru încălcarea obligației de loialitate, **asociatul administrator este răspunzător pentru daunele cauzate societății dacă fără votul său nu s-ar fi adoptat decizia păgubitoare**. Acțiunea în despăgubiri îndreptată împotriva administratorului care a încălcat obligația legală de a nu face este o acțiune în răspundere civilă delictuală, supusă termenului general de prescripție extinctivă. De asemenea, reglementarea se aplică și asociatului administrator din societatea în comandită simplă și în societatea cu răspundere limitată, pentru identitate de rațiune și pe baza principiului că societate în nume colectiv este dreptul comun în materia societăților comerciale.

Un alt caz în care obligația de loialitate își găsește aplicabilitate, are în vedere abținerea de la vot a administratorului în probleme ce țin de gestiunea sau de persoana acestuia, deci tot în contextul unui conflict de interese. Astfel, potrivit art. 126 alin. 1 din lege, membrii-acționari ai consiliului de administrație, directoratului sau consiliului de supraveghere nu pot vota, în baza acțiunilor pe care le posedă, nici personal, nici prin mandatar, descărcarea gestiunii lor sau o problemă în care persoana sau administrația lor ar fi în discuție. Deși este înscrisă în materia societăților pe acțiuni, dispoziția este o cerință deontologică esențială, aplicabilă tuturor tipurilor de societate⁹³.

Textul de lege instituie o limitare a dreptului de vot, dacă în adunarea generală se pune în discuție descărcarea de gestiune sau o problemă în care este implicată persoana administratorului⁹⁴. Soluția este logică, deoarece în caz contrar, administratorul ar fi judecător în propria cauză, permițându-i să influențeze hotărârile adunării care privesc răspunderea sau activitatea sa⁹⁵, fapt ce ar genera un conflict între interesul societății și interesele personale ale administratorului-acționar. Astfel, membrii acționari ai consiliului de administrație, directoratului sau

⁹³ O. Căpățână – Societățile, op.cit., p. 318.

⁹⁴ Spre deosebire de cazul reglementat de art. 125 alin. 5 care prevedea interdicția administratorului de a participa la deliberări în calitate de reprezentant al acționarilor, interdicția reglementată de art. 126 alin.1 are în vedere propria poziție de acționar a administratorului.

⁹⁵ I.L. Georgescu – op.cit., vol. II, P. 431.

consiliului de supraveghere nu pot vota o problemă în care persoana sau administrația lor ar fi în discuție, inclusiv revocarea lor din funcție⁹⁶.

Totodată ei nu pot vota nici în ipoteza în care se decide angajarea răspunderii lor, potrivit art. 155 din lege. Cu toate acestea, instituția abținerii de la vot a administratorului nu-și găsește aplicare în ceea ce privește operațiunile curente și normale ale societății și situațiile financiare anuale, dar cu condiția ca în ultimul caz, să nu se poate forma majoritatea prevăzută de lege sau de actul constitutiv.

Obligația abținerii de la vot reglementată de art. 126 este mai puțin severă decât obligația de abținere de la deliberări consacrată de art. 144³. Abținerea de la deliberări presupune ca administratorul să nu participe nici măcar la dezbaterile din cadrul adunării asupra operațiunilor cu privire la care are un interes contrar celui al societății, neputând influența sub nicio formă procesul decizional. Abținerea de la vot permite însă participarea la dezbateri a administratorului, cu posibilitatea ca argumentele sale să fie luate în considerare de adunare⁹⁷. În schimb, votul administratorului-acționar nu poate fi luat în calcul, iar majoritatea se calculează prin raportare la voturile celorlalți acționari

Din moment ce textul nu prevede sancțiunea în cazul încălcării obligației de a abține de la vot, marea majoritate a doctrinei⁹⁸ apreciază că, în situația în care majoritatea a fost obținută ca urmare a exprimării voturilor acționarilor – membri ai organelor de administrare, hotărârea adoptată este nulă (nulitate absolută), ca efect al obligației imperative a acestor persoane de a nu vota.

Opinia a fost adoptată și de unele instanțe de judecată care au apreciat ca fiind lovită de nulitate hotărârea adunării generale ordinare având ca obiect revocarea consiliului de administrație și numirea administratorului unic, deci o problemă în care era implicată persoana

⁹⁶ Cu privire la acest aspect, în practică s-a decis „în condițiile în care administratorii nu pot vota, nici personal, nici prin mandatar, descărcarea gestiunii sau orice altă problemă în care persoana sau administrația lor ar fi în discuție, ori de câte ori hotărârea adunării generale vizează unul dintre aceste aspecte, decizia adoptată nu va putea fi atacată în justiție de administratorii care s-au aflat în situația de mai sus” (Dec. nr. 2371/2000 a C.S.J., sect. com., în *Juridica* nr. 3/2001, p.137). În același sens, dispune și legea, care în art. 132 alin. 4 prevede că membrii consiliului de administrație, respectiv ai consiliului de supraveghere nu pot să atace hotărârile adunării generale privitoare la revocarea lor din funcție.

⁹⁷ C. Cucu și colaboratorii –op.cit., p. 253.

⁹⁸ *Idem* – op.cit., p. 251; S. D. Cărpenu, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea – op.cit., p. 380; M. Bratiș – „*Voința socială prejudiciabilă în cadrul societăților comerciale pe acțiuni*”, în P.R. nr. 7/2007.

administratorilor sau administrația societății, în contextul în care unul dintre membri consiliului de administrație a votat chiar și prin mandat, cu încălcarea dispozițiilor art. 126 alin.1⁹⁹.

Într-o altă opinie¹⁰⁰ s-a arătat că sancțiunea aplicabilă nu este nulitatea hotărârii, ci tragerea la răspundere a administratorilor pentru prejudiciul cauzat societății, dacă fără votul lor nu s-ar fi obținut majoritatea cerută de lege. Nimic nu împiedică, credem noi, pe lângă nulitatea hotărârii/deciziei luată cu încălcarea interdicției de a nu vota, să se angajeze și răspunderea patrimonială a administratorului, cu posibilitatea chiar a revocării mandatului acestuia.

BIBLIOGRAFIE

- G. T. Nicolescu – *Administrarea societăților comerciale pe acțiuni potrivit noilor reglementări legale*, în C.J. nr. 1/2007,
- L. Săuleanu – „*Studiu cu privire la acțiunea în anulare și acțiunea în constatarea nulității absolute a hotărârilor adunării generale a acționarilor. Suspendarea executării acestora*”, în RDC nr. 7-8/2007
- M. Bratiș – „*Voința socială prejudiciabilă în cadrul societăților comerciale pe acțiuni*”, în P.R. nr. 7/2007,
- C. Popa – *Obligația legală de abținere de la deliberări în cazul în care există un interes contrar aceluia la societății și sancțiunea aplicabilă*”, în RDC nr. 5/2003,
- Decizia nr. 4595/2002 a C.S.J., sect. com., în RRDA nr. 7-8/2003;

⁹⁹ Dec. nr. 50/2 februarie 2006 a CA București, sect. a VI a com., în “C.A.B. Culegere de practică judiciară în materie comercială 2006, vol. II”, P. 311-315. În cauză consiliul de administrație a decis în sensul prezidării ședințelor adunării generale de către un membru al său, C.L. care a participat și a prezidat adunările generale prin mandat având calitatea de acționar dar și de jurist, funcționar al societății și, care de asemenea a fost secretar al ședinței. Votul exprimat pentru acționarul C.L. a privit și chestiunea propriei numiri în funcția de administrator unic

¹⁰⁰ I.Șcheaua –op.cit., p.276. Autorul concluzionează că, în lipsa unui prejudiciu pentru societate, o atare sancțiune a anulării în mod automat a hotărârii doar pentru că a fost adoptată cu o majoritate în care au intrat și voturile administratorului, este lipsită de sens. În acest sens, s-a propus ca, ori de câte ori ne aflăm în situația unei hotărâri la care au participat și administratori ori mandatar ai acestora, iar obiectul deliberării l-a format una din problemele prevăzute de art. 126, voturile acestora trebuie să fie excluse ca nule, iar apoi, dacă și în această ipoteză s-a obținut majoritatea cerută de lege, hotărârea să fie menținută, iar în caz contrar anulată (C. Popa – *Obligația legală de abținere de la deliberări în cazul în care există un interes contrar aceluia la societății și sancțiunea aplicabilă*”, în RDC nr. 5/2003, p. 83-84.

- Decizia nr. 2283/12 iunei 2007, a I.C.C.J, secț. com., în B.C. nr. 1/2008;
- Decretul nr. 167/1958 privind prescripția extinctivă.
- Dec. nr. 50/2 februarie 2006 a CA București, secț. a VI a com., în “*C.A.B. Culegere de practică judiciară în materie comercială 2006, vol. II*”,
- Decizia nr. 966/9 martie 2007 a ICCJ, secț. com., în B.C. nr. 2/2008, Ed. CH. Beck,

OBLIGAȚIA ADMINISTRATORULUI DESEMENAT REPREZENTANT AL SOCIETĂȚII DE A ÎȘI DEPU SEMĂTURA LA REGISTRUL COMERȚULUI

Asist. univ. Alexandru TODICĂ
Universitatea Titu Maiorescu, Facultatea de Drept

ABSTRACT

In order to engage the responsibility of the Company toward third parties, the manager has to be appointed legal representative of the Company and this assignment has to be followed by the publicity formalities. Practically, each time the manager concludes a contract with a third party, he should prove that he is the legal representative of the Company that he is managing.

specimen de semnătură, administratoe, societate comercială

Potrivit art. 45 alin. 1 din Legea nr. 31//1990, reprezentanții societății au obligația să depună la oficiul registrului comerțului semnăturile lor, la data depunerii cererii de înregistrare, dacă au fost numiți prin act constitutiv, respectiv în termen de 15 zile de la alegere, pentru cei aleși în timpul funcționării societății. Această obligație revine conform art. 19 (referitor la dovada specimenului de semnătură) din Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului, administratorilor și după caz, reprezentanților societății comerciale, cu mențiunea că art. 45 din Legea societăților comerciale este mai precis. Atât acest text, cât și art. 19 din Legea privind registrul comerțului, au în vedere atât cazul administratorului unic cu puterea de a reprezenta societatea precum și situația în care există mai mulți administratori, dar numai unul are putere de reprezentare. Astfel, prin aceste dispoziții legale, în privința formalităților de publicitate, Legea nr. 31/1990 și Legea nr. 26/1990 sunt armonizate, la nivel comunitar, cu Prima Directivă a Consiliului 68/151/CEE din 9 martie 1968 de coordonare, în vederea echivalării, a garanțiilor impuse societăților în statele membre, în sensul art. 58 al doilea paragraf din Tratat, pentru protejarea intereselor asociațiilor sau

terților (Secțiunea I – „Publicitatea”), numită și directiva publicității și transparenței¹⁰¹.

Pentru a se putea angaja răspunderea societății față de terți, un administrator trebuie să fie desemnat reprezentant legal al societății iar această numire trebuie să fie urmată de îndeplinirea formalităților de publicitate. Practic, ori de câte ori administratorul încheie acte juridice cu terți, el ar trebui să dovedească întrunirea calității de reprezentant al societății administrate. În realitate, cerința este mult mai atenuată, deoarece orice reprezentant legal al unei societăți comerciale trebuie să-și publice semnătura la Registrul comerțului. Astfel, obligativitatea depunerii specimenului de semnătură la registrul comerțului incumbă doar reprezentanților societății în vederea asigurării opozabilității față de terți, deoarece numai aceștia pot angaja în mod valabil societatea în raporturile cu terții. Prin urmare, administratorii fără putere de reprezentare nu sunt obligați să-și depună semnătura la oficiul registrului comerțului.

În materia societăților pe acțiuni, Legea nr. 31/1990, ca urmare a modificărilor survenite, extinde obligația de publicitate a semnăturii la consiliul de administrație, în cazul sistemului unitar de administrație, iar în ipoteza unui sistem dualist de administrare, în sarcina directoratului, astfel cum prevăd dispozițiile art. 143³ alin. 5, și respectiv art. 153³ alin. 5 din lege. Astfel, potrivit art. 143³ alin. 5 „*consiliul de administrație înregistrează la registrul comerțului numele persoanelor împuternicite să reprezinte societatea, menționând dacă ele acționează împreună sau separat. Acestea depun la registrul comerțului speciemenle de semnătură*”. Textul de lege distinge între administratorii ordinari și administratorii cu putere de reprezentare. Cu privire la aceștia din urmă, art. 143² alin.2 stipulează „*prin act constitutiv, președintele sau unul și unul sau mai mulți administratori pot fi împuterniciți să reprezinte societatea, acționând împreună sau separat*”¹⁰².

¹⁰¹ Potrivit art. 2 din Secțiunea I a primei directive „Statele membre adoptă măsurile necesare pentru ca publicitatea obligatorie privind societățile să vizeze cel puțin următoarele acte și informații: ... d) numirea,, precum și identitatea persoanelor care, în calitate de organ constituit în temeiul legii sau ca membri ai unui astfel de organ: 1. au competența de a angaja societatea față de terți și de a o reprezenta în justiție, 2. participă la administrarea, supravegherea și controlul societății. Măsurile de publicitate trebuie să precizeze dacă persoanele care au competența de a angaja societatea pot face acest lucru individual sau trebuie să acționeze împreună.”

¹⁰² Textele analizate îl au în vedere și pe directorul general al societății pe acțiuni administrate în sistem unitar. Astfel, în cazul în care consiliul de administrație delegă directorilor atribuții de conducere a societății, puterea de reprezentare a societății aparține

În ceea ce privește directoratul, legea prevede în sarcina sa obligația de a înregistra în registrul comerțului numele membrilor săi, menționând dacă acționează împreună sau separat. Totodată art. 153³ alin. 5 teza II din lege precizează că „aceștia (membrii directoratului – s.n.) vor depune la registrul comerțului specimene de semnătură”, fără a distinge între membrii ordinari și membrii cu putere de reprezentare. Soluția este logică deoarece art. 153³ alin.2 stabilește regula reprezentării societății de către toți membrii directoratului, în lipsa unei situații contrare în actul constitutiv. Dacă prin act constitutiv se permite ca dreptul de reprezentare a societății să aparțină doar anumitor membri ai directoratului, prin urmare numai aceștia au obligația de a depune la registrul comerțului speciamentele de semnătură.

În concret, obligația depunerii semnăturii la registrul comerțului se referă numai la administratorii care au și dreptul de a reprezenta societatea întrucât administratorii ordinari își văd limitat mandatul la operațiuni de gestiune internă a societății, deci nu intră în relații cu terții și în consecință, semnătura lor nu trebuie publicată.

Însă, indiferent de forma societății, orice reprezentant este obligat să depună la registrul comerțului semnătura sa la data depunerii cererii de înregistrare(când a fost numit prin act constitutiv) sau în termen de 15 zile de la alegere (dacă a fost ales în timpul funcționării societății, prin decizia ulterioară a adunării generale). Dovada specimenului de semnătură se face prin semnare de către reprezentantul societății în prezența judecătorului delegat la Oficiul Registrului Comerțului, a directorului oficiului sau al unui înlocuitor al acestuia care va certifica semnătura (art. 18 alin. 2 și 3, coroborat cu art. 19 alin.2 din legea nr. 26/1990). Specimenul de semnătură sus menționat poate fi înlocuit, astfel cum se și întâmplă în practică, cu un specimen de semnătură legalizat de către un notar public.

Nerespectarea obligației și a termenului de recomandare¹⁰³ de 15 zile

directorului general, potrivit art. 143⁴ alin.4. Pe cale de consecință, în calitate de reprezentant legal al societății, derecorului general îi incumbă și obligația de a depune specimenul de semnătură la registrul comerțului, cu toate consecințele ce decurg din această operațiune.

¹⁰³ Termenul în discuție nu a fost calificat nici ca termen de prescripție, nici ca termen de decădere,ci ca termen de recomandare special, cu motivați acăun veritabil termen de recomandare este lipsit de orice sancțiune juridică atât în ceea ce privește operațiunea juridică sau actul vizat, cât și în ceea ce privește persoan obligată să încheie actul sau operațiunea. În opoziție, în cazul termenului de 15 zile, legea prevede o atare sancțiune doar în privința persoanei obligată să îndeplinească operațiunea sau să încheie actul, permițând însă ca acestea să fie valabil îndeplinite și ulterior. A se vedea în caest sens, M.N. Costin,

în vederea depunerii specimenului de semnătură nu este sancționată de legiuitor cu nulitatea și nici cu caducitatea actului ce trebuie înscris ca mențiune în registrul comerțului. În schimb, art. 44 din legea nr. 26/1990 prevede ca sancțiune pentru nerespectarea acestei obligații amenda judiciară de la 50 la 2000 lei. Sancțiunea vizează persoana celui căruia îi revine îndatorirea să îndeplinească formalitatea depunerii de semnătură, iar aplicarea ei nu operează automat, ci trebuie dispusă de instanța de judecată, prin încheiere, la cererea persoanei interesate sau a Camerei de Comerț și Industrie¹⁰⁴.

Mai mult, chiar în practica judiciară s-a decis că¹⁰⁵ „**nerespectarea obligației prevăzute de art. 45 din Legea nr. 31/1990, de a depune semnătura la Oficiul Registrului Comerțului odată cu cererea de înregistrare a mențiunii corespunzătoare numirii sale nu atrage nulitatea actului de numire în calitate de reprezentant, ci inopozabilitatea față de terții care nu au cunoscut actul sau faptul pentru care nu s-a efectuat publicitatea prevăzută de lege**”.

Considerăm că administratorul dobândește abilitatea de a își exercita atribuțiile din ziua în care a fost desemnat în această calitate, iar depunerea la Registrul Comerțului a semnăturii nu prezintă nici o relevanță sub acest aspect. Într-adevăr, administratorul poate reprezenta în mod valabil societatea în raporturile cu terții, de vreme ce art. 72 din legea societăților comerciale stipulează că „obligațiile și răspunderea administratorilor sunt reglementate de dispozițiile referitoare la mandat și cele special prevăzute în lege”, **astfel, depunerea semnăturii la registrul comerțului este o operațiune juridică neutră, sub aspectul**

C.M.Călin - *Probleme teoretice și practice referitoare la interpretarea și aplicarea unor dispoziții normative din Legea nr. 31/1990*, în RDC nr. 10/2000, p.75.

¹⁰⁴ Procedura relativ greoaie pentru aplicarea amenzii judiciare a făcut ca până în prezent în practica de funcționare a Registrului comerțului să nu existe precedente referitoare la aplicarea unei asemenea sancțiuni.

¹⁰⁵ Dec. nr. 1613/13 mai 2008 a ÎCCJ, secț. com. în B.C. nr. 1/2009, p.34. În primă instanță, Tribunalul Dolj a anulat cererea de chemare în judecată pentru lipsa dovezii calității de reprezentant. S-a reținut că acțiunea a fost introdusă de o persoană ce nu avea calitatea de reprezentant al societății reclamante. În speță, acțiunea a fost promovată de directorul general M.F., iar în mod eronat instanța a decis că „potrivit art. 143² din lege, consiliul de administrație prin președintele său reprezintă societatea în raport cu terții și în justiție, iar reprezentanții societății sunt obligați să depună semnăturile lor la registrul comerțului. Întrucât reclamanta nu a cerut înregistrarea acestor mențiuni, nu justifică calitatea de reprezentant al directorului M.F”. În apel, sentința a fost desființată cu trimitere spre rejudecare aceleași instanțe.

statutului juridic, fiind mai mult o obligație legală de opozabilitate a numirii față de terți, a cărei nerespectare poate atrage răspunderea administratorului pentru eventualele prejudicii cauzate societății. Deși administratorul, în general este asimilat mandatarului, și implicit obligațiile și răspunderea acestuia au o sorginte preponderent contractuală, totuși înscrierea de mențiuni în registrul comerțului și depunerea specimenului de semnătură, fiind o obligație legală prevăzută de norme dispozitive, răspunderea în caz de neîndeplinire va fi una **delictuală**.

În practică, în măsura în care în ședința de judecată la care se decide înregistrarea constituirii societății comerciale sau a mențiunii cu privire la noii administratori, lipsește de la dosarul de înregistrare specimenul de semnătură, în formele sus-amintite, sancțiunea va fi respingerea cererii de înregistrare a societății comerciale sau a mențiunii, potrivit art.46 alin.1 din Legea nr. 31/1990. Conform textului menționat „... când nu s-a îndeplinit o cerință legală pentru constituirea societății, judecătorul delegat, din oficiu, sau la cerea oricăror persoane care formulează o cerere de intervenție, va respinge, prin încheiere, motivat, cererea de înmatriculare, în afară de cazul în care asociații înlătură asemenea neregularități”. Deși textul are în vedere doar ipoteza constituirii societății comerciale, apreciem că este aplicabil, prin analogie, și în cazul efectuării mențiunilor cerute de lege ca urmare a modificărilor actului constitutiv, în speță avem în vedere înregistrarea ulterioară a reprezentantului legal. Față de aceste aspecte, subzistă răspunderea administratorului/administratorilor, respectiv a membrului/lor directoratului culpabil/i, aceasta având un regim similar răspunderii pentru neîndeplinirea formalităților de înmatriculare, în condițiile art. 49 potrivit căruia „reprezentanții societății precum și primii membri ai organelor ... de administrare ale societății răspund nelimitat și solidar pentru prejudiciul cauzat prin neregularitățile la care se referă art. 46”.

BIBLIOGRAFIE

- M.N. Costin, C.M.Călin - *Probleme teoretice și practice referitoare la interpretarea și aplicarea unor dispoziții normative din Legea nr. 31/1990*, în RDC nr. 10/2000,
- Legea nr.31/1990 privind societățile comerciale, republicată,
- Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului,
- Dec. nr. 1613/13 mai 2008 a ÎCCJ, secț. com. în B.C. nr. 1/2009,

DIFERITE FORME ALE CUPLURILOR NECĂSĂTORITE

Lect. univ. dr. Antígona-Camelia IORDANA
Facultatea de Drept – Universitatea Titu Maiorescu

ABSTRACT

En principe, il n'existe un concept qui définissent clairement couple non marié. Les termes utilisés pour décrire ces situations, au niveau législatif dans l'Union européenne sont nombreuses et comporte quelques incertitudes quant à leur signification: la cohabitation, le concubinage, union libre, le partenariat des couples non mariés, les couples effectivement enregistré. La plupart des États membres n'ont pas encore inséré dans la législation nationale une définition générale du «couple non marié», ce concept est plutôt définie par la loi, qui stipulait qu'il y ait cohabitation lorsque deux personnes vivent ensemble de façon stable et continue (le cas de la France) ou lorsque le syndicat est caractérisée par une «communauté résidentielle, économique et sexuelle» La principale différence entre un syndicat et le mariage est exclusivement de la volonté de la relation du couple (le cas de l'Autriche, la Belgique et les grecque). D'après une étude comparative de la législation des États membres peut être considéré qu'il ya deux types d'union: - couple non marié, entre lesquelles il n'y a aucune formalité, le couple effectivement , ' partenariats ', , la cohabitation », « union libre », - couple non-marié, lié par un contrat ou d'un partenariat enregistré, d'une autorité publique (partenariat-traitance et de partenariat-institution).

concubinaj, uniunea liberă, relații nonmaritale, relații patrimoniale

În principiu, nu există un concept care să definească clar cuplul necăsătorit. Termenii folosiți pentru a descrie aceste situații, la nivel legislativ în statele U.E. sunt numeroși și comportă unele incertitudini privitoare la sensul lor: coabitare, concubinaj, uniunea liberă, cuplu necăsătorit, cuplu de fapt, parteneriat înregistrat. Majoritatea statelor

membre U.E. nu au inserat încă, în legislația națională o definiție generală a „cuplului necăsătorit”, acest concept fiind mai degrabă definit de jurisprudența, care fie a stipulat că există concubinaj atunci când două persoane trăiesc împreună în mod stabil și continuu (este cazul Franței), fie când această uniune este caracterizată de o „comunitate rezidențială, economică și sexuală” în care principala diferență între uniune și căsătorie o reprezintă, în exclusivitate, voința privind această relație a cuplului (este cazul Austriei, Belgiei și cel al Greciei).

Dintr-un studiu comparativ al dreptului intern al statelor membre se poate observa că există două categorii de uniuni:

- cuplul necăsătorit, între care nu există nici o formalitate, „cuplul de fapt”, „concubinajul”, „coabitarea”, „uniunea liberă”;
- cuplul necăsătorit, legat printr-un contract sau printr-un parteneriat înregistrat de o autoritate publică (parteneriatul-contract și parteneriatul-instituție).

1. UNIUNEA LIBERĂ

De multă vreme se consideră că persoanele care nu se supun unei organizări a familiei fondată pe casatorie se plasează în afara legii¹⁰⁶.

În dreptul roman, concubinajul – *concubinatus* – avea la baza inegalitatea socială a celor doi concubini, motiv pentru care erau lipsiți de *connubium*, adică de dreptul de a încheia o casatorie legitimă, în baza lui *ius civile*. În această postură se aflau, de exemplu, uniunile dintre patricieni și plebei, până la *Lex Canuleia*, cele dintre liberi și ingenui sau, mai târziu, dintre liberi și senatori, ori dintre soldați și concubinele lor, cât timp aceștia se aflau în exercițiul stagiului militar, sau dintre cetățenii și persoanele aflate în îndeplinirea unor meserii considerate dezonorante (actoria, luptele în arenă etc.). La romani, concubinajul era o uniune între un bărbat și o femeie, cu anumite efecte reglementate de lege, ce imitau într-o anumită măsură căsătoria¹⁰⁷. El a cunoscut o amploare în perioada imperiului, fiind o instituție aparte, ce se delimita de căsătoria de drept civil (*justae nuptiae*) și de căsătoria de dreptul ginților (*matrimonium juris gentium*), reglementate până atunci. Concubinajul nu era pedepsit de legea romană, așa cum se întâmpla în cazul altor uniuni dintre bărbat și femeie (adulterul, incestul). „*Nec adulterium per concubinatum ab ipso comititur nam quia*

¹⁰⁶ P. Voirin, G. Goubeaux, Droit civil, Tom I, 27^e ed., LGDJ, Paris, 1999, pag.130

¹⁰⁷ Ge. Danielopolu, Explicațiunea institutiilor lui Justinian, Imprimeria statului, Bucuresti, 1911, pag.219 si urm.

concubinatus per leges nomen assumpsit extra legis poenam est: ut et Marcellus lib.7 Digestorum serisit” - Nu se comite stupru prin concubinaj, căci concubinajul luându-și nume de la legi, este în afara pedepselor acestora - scria Marcellus în Cartea a 7-a a Digestelor sale¹⁰⁸.

Sunt cunoscute numeroasele impedimente la căsătorie, din dreptul roman, dictate de considerentele politice. Concubinajul nu era supus niciuneia dintre ele, însă impedimentele dictate de morală împiedicau stabilirea unei astfel de uniuni. Astfel, concubinajul, ca și căsătoria, era valabil încheiat numai între un puber și o nubilă, adică între un bărbat de 14 ani și o femeie de 12 ani. Jurisconsultul Ulpian arata că: *Cujus umque aetatis concubinam habere posse palam est, nisi minor annis duodecim sit*¹⁰⁹ - Este evident că poate avea cineva o concubină de orice vârstă, numai să nu fie mai mica de doisprezece ani.

Respectând principiul monogamiei, un bărbat însurat nu putea avea o concubină și nici cel care nu era căsătorit nu putea avea două concubine în același timp: „*Concubina igitur ab uxore solo delectu separatur*”¹¹⁰ - Concubina nu diferă de soție decât prin intenție.

Totodată, nimeni nu putea avea concubină, așa cum nu putea avea soție, o femeie față de care se afla într-un grad prohibit de cogațiune sau afinitate¹¹¹. Astfel, Ulpian afirma că: *Etiam si concubinam quis habuerit sonoris filiam licet libertinam, incestum committitur*¹¹² - Acela ce va lua de concubină pe fata surorii sale, fie și liberă, comite incest; sau „*si qua in patroni fuit concubinatu, deinde in filii esse coepit, vel in nepotis, vel contra, non puto eam recte facere; quia prope nefaria est hujusmodi conjunctio, ut ideo hujusmodi facinus prohibendum est*” - Nu poate cineva să trăiască în concubinaj cu fosta concubina a tatălui său, sau a bunicului, sau a fiului sau a nepotului său, pentru că făcând acest lucru comite un quasi-incest care trebuie prohibit.

În funcție de statutul social al femeii, exista prezumția că aceasta era soție sau concubină: femeia ingenuă din familie bună și onestă era considerată soție și era necesar un act scris care să constate că este numai concubină, iar liberta era prezumată a fi concubină, în special când coabita

¹⁰⁸ Ge.Danielopolu, op.cit., pag.220

¹⁰⁹ Ulpian, De concubinis, L.1, 4 D

¹¹⁰ Paul, Sententiae, Cartea II, t.20, 1.

¹¹¹ G.Danielopolu, op.cit., pag.222

¹¹² Ulpian, L.56, De ritu nuptiarum, 23, 2

cu patronul său ¹¹³. Însă concubinajul nu era îngăduit de celelalte impedimente care interziceau căsătoria romană.

Concubinajul exista atâta vreme cât ambele parti erau de acord cu aceasta stare. Ca o masura de protectie pentru concubina se considera ca acesta, subzista si in situatia in care patronul innebunea. Concubinajul se dizolva imediat ce una din parti refuza sa mai mentina aceasta relatie, fara a exista vreo pedeapsa pentru acest fapt, comparativ cu situatia in care unul dintre sotii, in lipsa unui motiv prevazut de lege solicita desfacerea casatoriei¹¹⁴.

Potrivit lui Ulpian, prin asemanare cu imposibilitatea libertei casatorita cu patronul sau de a divorta de acesta fara consimtamântul lui, nici liberta concubina a patronului sau, nu putea sa rupa aceasta relatie fara consimtamântul patronului sau. Copiii rezultati nu erau considerati¹¹⁵ copiii tatalui, ca in cazul celor *justi*, rezultati din *justae nuptiae*, ci copii naturali, *liberi naturalis*. Tatal avea insa posibilitatea de a-i adopta, iar mai târziu, in epoca dominatului, de a-i legitima. In caz contrar, copiii naturali nu intrau niciodata in puterea parinteasca, *patria potestas*. Ei aveau dreptul la o parte din masa succesorală dupa tatal defunct doar in lipsa concursului cu copiii legitimi – *justi*.

Femeia nu avea obligatia de fidelitate fata de concubin, ca dovada ca Lex Iulia de Adulteriis nu sanctiona pe concubina adulterina. Deabia la finele principatului se instituie obligatia de fidelitate si interdictia pluralitatii relatiilor de concubinaj pentru acelasi barbat sau femeie.

Pe lângă concubinaj, dreptul roman permitea si alte uniuni, *contubernium* si *matrimonium sine connubio*.

Contubernium, desi interzis de lege, nu producea nici un efect juridic, el constituind doar o simpla legatura de fapt, intre sclavi ori intre oamenii liberi si sclavi. La mijlocul epocii clasice, stapânii sclavilor nu mai puteau sa ii desparta pe sclavi de copiii lor naturali sau pe sclav de femeia lui, desi acesta nu avea *patria potestas* si nici *manus*.

Matrimonium sine connubio reprezenta uniunea a doua persoane care nu au *connubium* din cauza diferentei de *status civitas* (diferenta de cetatenie sau nationalitate). Aceste persoane, care se casatoreau conform lui *ius gentium*, au dobândit cetatenie romana in momentul in care toti locuitorii imperiului au devenit cetateni romani, putând sa incheie casatoria conform

¹¹³ Marcian I, 3 princ., De concubinis

¹¹⁴ Paul, C.II, Titlul De dotibus

¹¹⁵ M.Jakota, Drept privat roman, Editura Fundatiei „Chemarea”, Iasi, 1997, pag.107 si urm.

lui *ius civile*. Asupra copiilor nascuti din aceste uniuni, tatal nu dobânda *patria potestas*, cum nu dobânda nici *manus* asupra sotiei sale. Mai târziu, prin concesiuni imperiale se putea dobândi *ius connubii* si, in virtutea acestuia, prerogativele oricarui *pater familias* (*patria potestas* si *manus*).

Sub Justinian, in sarcina tatalui natural a fost statuata o obligatie de intretinere, obligatie alimentara fata de copiii nascuti din astfel de uniuni, *sine justae nuptiae*, si au fost atribuite unele drepturi succesoriale femeilor si copiilor din aceste uniuni, dar numai in absenta sotiei ori a copiilor legitimi.

In anul 887 d.C., sub influenta bisericii crestine, concubinajul este interzis printr-o Constitutie a imparatului Leon Filosoful „*Ut concubinam habere non liceat*” - Sa nu mai fie permis nimanui a avea concubina. Potrivit Constitutiei nr.91 din 887: „...legea care a gasit cu cale sa permita sa se uneasca cu concubinele celor care nu se rusinau sa o faca, a luat peste picior onestitatea. Sa nu lasam dar ca aceasta eroare a legiuitorului sa dezonoreze statul nostru. De aceea, aceasta lege, aceste legi sa taca pentru totdeauna”.

Cu toate acestea, dintotdeauna au existat cupluri care au trait impreuna, fara a se casatori religios sau civil. La epoca redactarii primelor Coduri civile, aceste situatii au fost ignorate intentionat.

Inaintea anilor `70, uniunile libere erau in mare masura insesizabile la nivel statistic in afara comunitatilor locale, astfel incât există putine date statistice privind felul coabitarii. De exemplu in Marea Britanie, exista dovezi in registrele de date, că uniunile stabile obtineau adesea statutul de casatorii legale¹¹⁶.

Coabitarea, dupa incetarea unei casatorii sau intre casatorii nu este de data recenta, si e normal daca ne gândim ca, in perioadele in care divortul nu era usor de obtinut, oamenii alegeau sa coabiteze.

Dupa 1970, atât in Europa cât si in SUA, preferinta pentru concubinaj a devenit atât de frecventa incât a zdruncinat semnificativ atitudinile sociale care blamau acest mod de convietuire¹¹⁷.

Cresterea numarului de cupluri necasatorite si a numarului de copii care au rezultat din ununile libere a determinat ca, pe de o parte sa se discute cu mai multa ingaduinta despre aceasta problema, iar pe de o alta parte,

¹¹⁶ K.Kiernan, Coabitarea si cresterea copiilor in afara casatoriei in Europa occidentala, in *Lege, strategie si familie*, vol.15, nr.1, 2001, pag.12

¹¹⁷ I.Mitrofan, C.Ciuperca, *Incursiuni in psihologia si psihosexualitatea familiei*, Editura Press Mihaela SRL, Bucuresti, 1998, pag.56

legiuitorul a început timid să abordeze, în reglementările sale relația de coabitare a concubinilor¹¹⁸.

Uniunea de fapt a constituit o alegere a modului de viață, multe cupluri dorind să evite căsătoria, însă necunoscându-și drepturile și obligațiile rezultând din această stare de fapt.

Codul familiei nu recunoaște uniunea de fapt considerându-i pe concubini ca două persoane celibatate, fără nici o legătură între ele. Există multe diferențe importante între drepturile și obligațiile unui cuplu căsătorit și cel aflat într-o uniune de fapt. Textul următor, divizat într-un tablou, constituie un rezumat al principalelor diferențe, în legislația română, franceză și cea canadiană.

Căsătoriți	Concubini
<i>Codul familiei român</i>	
Codul familiei ocroteste căsătoria și efectele sale, acordând sotilor diverse drepturi și obligații (art.1, art.3 C.familiei)	C.familiei nu recunoaște uniunea de fapt, concubini fiind considerate două persoane fără nici o legătură între ele.
<i>Codul civil francez</i>	
Căsătoria este un contract civil și solemn încheiat între un bărbat și o femeie care se unesc pentru a trăi împreună și pentru a forma o familie, garantând împreună direcția morală și materială a familiei (art.213)	Concubinii nu beneficiază de drepturi specifice definite de lege. Jurisprudența însă, a acordat o protecție specifică acestora în anumite domenii. În Codul civil francez recunoaște concubinajul ca fiind o uniune de fapt (art.515-8)
<i>Codul civil al Québec-ului</i>	
Codul civil recunoaște căsătoria și efectele sale, acordând sotilor drepturi și obligații (art.931 ss.C.c.Q.)	Codul civil nu recunoaște uniunea de fapt. Un singur articol stipulează dreptul

¹¹⁸ G.Lupsan, op.cit., pag.115

	unui concubin de a-si mentine locuinta, dupa despartirea de partenerul său semnatar al unui contract de inchiriere de locuinte (art.1938 C.c.Q.)
--	--

Drepturile și obligațiile partenerilor

Căsătoriți	Concubini
Codul familiei român	
Codul familiei prevede ca sotii sunt datori sa-si acorde unul altuia sprijin moral si material (art.2)	Concubinii nu au nici drepturi, nici obligatii specifice unul fata de celalalt
Codul civil francez	
Sotii isi datoreaza reciproc fidelitate, securitate, asistenta (art.212)	Intre concubini nu exista aceste obligatii
Codul civil al Québec-ului	
Sotii isi datoreaza respect, fidelitate, securitate si asistenta (art.392 C.c.Q)	Concubinii nu au drepturi si obligatii unul fata de celalalt, cât timp dureaza uniunea de fapt

Obligațiile menajului

Căsătoriți	Concubini
<i>Codul familiei român</i>	
Sotii sunt obligati sa contribuie, in raport cu mijloacele fiecaruia, la cheltuielile casatoriei	Nu exista nici o obligatie patrimoniala între concubini
Codul civil francez	
Daca conventia matrimoniala nu stabileste contributia fiecarui sot la cheltuielile casatoriei, ei sunt obligati sa contribuie	Nici o dispozitie legala nu reglementeaza contributia concubinilor la cheltuielile

proportional cu resursele fiecaruia (art.214)	vietii lor comune
<i>Codul civil al Québec-ului</i>	
Sotii contribuie la cheltuielile menajului proportional cu resursele lor (art.396 C.c.Q)	Nu exista nici o obligatie intre concubini. Aceasta obligatie poate fi totusi prevazuta intr-o forma sau alta in cadrul unui contract al vietii in comun

Solidaritatea datoriilor

Casatoriti	Concubini
<i>Codul familiei român</i>	
Sotii raspund cu bunurile comune pentru: - cheltuielile facute cu administrarea oricaruia dintre bunurile comune; - obligatiile ce au contractat impreuna; - obligatiile contractate de fiecare dintre sotii pentru indeplinirea nevoilor obisnuite ale casatoriei; - repararea prejudiciului cauzat prin insusirea de catre unul dintre sotii a unor bunuri proprietate publica daca prin aceasta au sporit bunurile comune ale sotilor (art.32)	Nu exista obligatii solidare intre concubini
<i>Codul civil francez</i>	
Fiecare dintre sotii poate incheia singur contractele care au ca obiect intretinerea menajului sau educatia copiilor: toate datoriile contractate de unul din sotii il obliga pe celalalt solidar (art.220)	Daca o datorie a fost contractata de unul din membrii cuplului, nu este posibil sa se ceara sa fie facuta plata, de catre celalalt concubin
<i>Codul civil al Québec-ului</i>	
Solidaritate in considerarea datoriilor contractate de un sot pentru nevoile curente ale familiei. Celalalt sot nu este intotdeauna obligat pentru datorii daca in prealabil, printr-un contract si-a manifestat vointa sa de a nu se obliga (art.397 C.c.Q)	Nu exista solidaritate pentru datorii, intre concubini

Domiciliul familiei

Căsătoriți	Concubini
<i>Codul familiei român</i>	
Sotii hotarasc de comun acord in tot ce priveste casatoria, deci si in privinta domiciliului (art.26)	Nu exista nici o prevedere in ce priveste domiciliul concubinilor
<i>Codul civil francez</i>	
Rezidenta familiei este locul pe care sotii l-au ales de comun acord	Nu exista nici o dispozitie legala in privinta domiciliului concubinilor. Insa, un contract de locatiune profita unui concubin notoriu, care a trait cu partenerul sau mai mult de un an in cazul in care partenerul paraseste domiciliul sau decedeaza (art.14 din Legea din 1989)

Patrimoniul familiei

Căsătoriți	Concubini
<i>Codul familiei român</i>	
Bunurile dobândite in timpul casatoriei, de oricare dintre sotii sunt, de la data dobândirii lor, bunuri comune (art.30)	Concubinii nu sunt supusi regulilor prevazute de Codul familiei in legatura cu bunurile comune
<i>Codul civil francez</i>	
Casatoria implica constituirea unui patrimoniu comun, compus din toate bunurile dobândite si toate datoriile contractate de sotii dupa încheierea casatoriei (art.1401 si 1409 C.civ.fr.)	Concubinii sunt considerati celibatari
<i>Codul civil al Québec-ului</i>	
Casatoria implica constituirea unui patrimoniu, care creaza anumite categorii de bunuri,	Concubinii sunt considerati celibatari

partajabile in parti egale intre sotii (art.414-426 C.c.Q)	in sensul C.c.Q.
--	------------------

Pensia alimentară între parteneri

Căsătoriți	Concubini
<i>Codul familiei română</i>	
In timpul casatoriei sotii isi datoreaza reciproc intretinere (art.86 alin.1 si art.41 alin.1). Sotul divortat are dreptul la intretinere daca se afla in nevoie din pricina unei incapacitati in munca survenite inainte de casatorie, ori in timpul casatoriei, sau daca incapacitatea se iveste in decurs de un an de la desfacerea casatoriei, insa numai daca incapacitatea se datoreaza unei imprejurari in legatura cu casatoria (art.41 alin 2).	Concubinul nu beneficiaza de drept la pensie din partea celuilalt concubin
<i>Codul civil francez</i>	
Când divortul este pronunțat din vina exclusivă a unuia dintre soți acela poate fi condamnat la daune-interese pentru repararea prejudiciului material sau moral pe care desfacerea căsătoriei l-a adus celuilalt sot (art.266). Îndeplinirea obligației de sprijin poate lua forma unei pensii alimentare, în funcție de resursele și de nevoile fiecăruia dintre soți (art.282)	Intre concubini nu exista aceste prevederi
<i>Codul civil al Québec-ului</i>	
Dupa ruptura, tribunalul poate sa acorde in favoarea sotului care nu este autonom financiar, o pensie de la celalalt sot	Concubinul nu beneficiaza de pensie din partea celuilalt partener

Prestația compensatorie

Căsătoriți	Concubini
<i>Codul familiei română</i>	
Nu prevede prestatia compensatorie	
<i>Codul civil francez</i>	
Oricare dintre fostii soți este ținut să-i verse	Intre concubini nu este

celuilalt sot o prestatie destinata sa compenseze, in masura in care este posibil, dezechilibrul pe care divortul l-a creat in conditiile de viata ale acestuia.	prevazuta prestatia compensatorie
<i>Codul civil al Québec-ului</i>	
In caz de separatie de corp, divort sau declararea nulitatii casatoriei, exista posibilitatea ca tribunalul sa ordone unuia dintre sotii sa efectueze o prestatie pentru compensarea aportului adus de celalalt sot, in bunuri sau servicii, la marirea patrimoniului sau (art.427-430 C.c.Q)	Nici o masura compensatorie nu este prevazuta in caz de ruptura. Concubinii pot prevedea inasa o forma de compensatie pentru bunuri, in contractul de coabitare incheiat

Dreptul la moștenire

Căsătoriți	Concubini
<i>Codul familiei român</i>	
Drepturile succesoriale ale sotului supravietuitor au fost reglementate prin Legea nr.319/1944, ce îi recunoaște acestuia: - un drept de mostenire in concurs cu oricare din clasele de mostenitori legali sau, in lipsa rudelor din cele patru clase; - un drept de mostenire special asupra mobilelor si obiectelor aparținând gospodariei casnice; - un drept temporar de abitare asupra casei de locuit.	Un concubin nu are nici un drept la mostenirea celuilalt concubin
<i>Codul civil francez</i>	
Erezii legitimi, erezii naturali si sotul supravietuitor profita de plin drept, de bunurile, drepturile si actiunile defunctului (art.724 C.civ.fr.)	Intre concubini nu exista drept de succesiune
<i>Codul civil al Québec-ului</i>	
Codul civil recunoaste sotilor statutul de mostenitori legali. Daca unul din sotii moare fara sa-si fi facut testamentul, sotul supravietuitor	Indiferent de durata coabitarii, concubinii nu se bucura de

participa de plin drept la succesiunea acestuia (art.653 C.c.Q)	dreptul la succesiunea celuilalt
--	-------------------------------------

2. RELATIILE INREGISTRATE

Deși s-a dezvoltat un curent de impulsione a unei reglementări și de acordare de drepturi în cazul coabitării – din Norvegia până în Catalonia - țările din vestul Europei diferă semnificativ în modul de abordare al problemei. Legile scandinave ale parteneriatelor înregistrate sunt restrânse la persoanele de același sex, coabitarea heterosexuală fiind tratată diferit¹¹⁹. În contrast, legile în vigoare în Franța și Olanda acoperă o gamă de relații, însă variază substanțial în conținut. În alte țări, un răspuns legislativ cuprinzător a venit mai încet. În Germania s-a manifestat o puternică opoziție, în trecut apropiat, în privința unei îmbunătățiri a statutului relațiilor extraconjugale. În Anglia, Comisia Legislativă a deliberat încă din 1994 asupra dreptului de proprietate în cazul coabitării¹²⁰.

O apropiere între uniunea liberă și căsătorie s-a realizat și în interpretarea art.8 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, care prevede că orice persoană are dreptul să i se respecte viața sa de familie. Dacă inițial, prin „familie”, jurisprudența Curții a avut în vedere numai relațiile dintre soți, precum și relațiile dintre aceștia și copiii lor minori, treptat, noțiunea de „viața de familie” s-a extins și asupra relațiilor de familie care există în fapt, adică asupra relațiilor de familie dintre concubini.

Astfel, în cazul Kroon și alții contra Olandei, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, prin Decizia din 27 oct.1994, a reținut următoarele: „Oricare ar fi noțiunea de <<viața de familie>> vizată de art.8, aceasta nu se limitează numai la relațiile bazate pe căsătorie, ci poate include și alte legături de familie *de facto*, când persoanele conviețuiesc în afara căsătoriei... Un copil rezultat dintr-o asemenea relație se înscrie de plin drept în această celulă de familie, de la nașterea sa și prin însuși acest fapt”. Cazul Kroon privea imposibilitatea legală pentru o femeie căsătorită de a contesta paternitatea sotului asupra copilului ei și de a solicita permiterea unei recunoașteri de parteneriate, de către tatăl biologic. Curtea, observând durata relației dintre K. și Z. și faptul că patru copii s-au născut din aceasta

¹¹⁹ D.Bradley, Family Law and Political Culture, London, Sweet and Maxwell, 1996, pag.95-105, 151-160, 213-222

¹²⁰ Law Commission, Annual Report, 1994, London, HMSO, 1995, pag.44

relatie, a considerat ca un copil nascut intr-o asemenea relatie se inscrie de plin drept in „celula de familie”.

In America Latina concubinajul este foarte raspândit si adesea foarte greu de diferentiat de o casatorie. Astfel, in Bolivia, dupa 2 ani de coabitare sau, daca in timpul concubinajului s-a nascut un copil, se recunosc drepturile succesoriale; in Mexic, drepturile succesoriale sunt recunoscute daca uniunea a durat cel putin 5 ani, sau daca, in timpul acestuia s-a nascut un copil¹²¹.

In SUA si tarile din common-law, uniunea libera nu este recunoscuta ca mariaj de nici unul din state, dar in unele din aceste state, pe cai ocolite, oferite de aplicarea principiului echitatii, este posibil sa se instituie drepturi si obligatii similare cu cele care decurg din incheierea casatoriei sau din desfacerea ei. De exemplu: un drept de succesiune in New Hampshire dupa 3 ani de convietuire; o indemnizatie in caz de despartire abuziva in California dupa 1 an de convietuire; o obligatie alimentara in Ontario dupa 5 ani de convietuire sau partajarea bunurilor in Noua Zeelanda, dupa doi ani de convietuire. Cazul care a suscitit cele mai multe discutii, prin decizia pronuntata de instanță este *Marvin v. Marvin*, in care s-au gasit tot felul de justificari ca: principiul echitatii, teorii referitoare la un contract implicit, etc. Problema ridicata de aceasta decizie si apoi de cele care au urmat, a fost aceea de a gasi solutii juste pentru a da o valoare legala sperantelor manifestate de parti, in cadrul unor relatii extraconjugale. In cazul *Hewitt v. Hewitt*, Curtea Suprema a statului Illinois, a hotarât sa nu mai urmeze jurisprudenta aplicata in cazul *Marvin*, pentru ca aceasta ar insemna sa se acorde un statut legal unor relatii ilegale. Tribunalele din New York tolereaza existenta unor contracte incheiate intre concubini, care pot avea valoare legala, dincolo de orice relatie sexuala ilegala dar „un contract implicit cum este cel din cazul *Marvin* ar fi incompatibil cu politica legislativa enuntata in 1933, in cazul casatoriilor incheiate cu cerintele formulate de common law si care la New York au fost abolite” . Jurisprudenta din cazul *Melvin* ramâne in continuare incerta¹²².

¹²¹ G.Lupsan, op.cit., pag.118

¹²² Ch.L.Blakesley, op.cit., pag.174

3. RELATIILE PERSONALE ALE CUPLURILOR NECASATORITE

În jurul anilor 1970 legislațiile țărilor vest europene au intervenit sub două forme. Mai întâi au introdus dispoziții cu privire la coabitare în legile referitoare la securitatea socială și fiscalitate. Aceasta s-a produs în majoritatea țărilor membre ale U.E., în diverse forme. În al doilea rând, anumite legislații au adoptat norme generale asupra coabitării, fie definind conceptul de coabitare și prevăzând reguli generale în materie, fie introducând un nou concept juridic care să reglementeze aceste relații „familiale” : „parteneriatele înregistrate”. Totodată, coabitarea în afara căsătoriei este menționată în cadrul constituțional al majorității statelor vest europene.

În Grecia, dreptul la dezvoltarea liberă a personalității, consacrat în art.5 par.1 al Constituției, conduce la recunoașterea libertății partilor de a coabita fără căsătorie, dar nici o protecție juridică particulară nu a fost prevăzută¹²³.

În Austria, Curtea Supremă a acordat tuturor persoanelor necăsătorite un drept constituțional personal, de a trăi într-o relație în afara căsătoriei: acest drept este limitat numai cuplurilor de sex diferit¹²⁴.

În Spania, Tribunalul Constituțional a hotărât ca uniunile persoanelor necăsătorite nu pot fi excluse de la protecția socială, economică și juridică acordată familiei, prin art.39 al Constituției, dar protecția juridică diferă pentru cuplurile căsătorite de cele necăsătorite¹²⁵.

În Portugalia, legiuitorul a introdus mai multe modificări în Codul civil, pentru a fi adoptate de Constituție¹²⁶.

Sunt și țări, ale căror legislații sunt nefavorabile cuplurilor necăsătorite. În Irlanda, conceptul constituțional de „familie” se limitează la familia bazată pe căsătorie¹²⁷. Contractele de coabitare sunt, în consecință, considerate contrare constituției și inaplicabile, pentru că ar încălca ordinea publică¹²⁸.

¹²³ Raportul Greciei pct.3.1.1., pag.28 efectuat la cererea Comisiei Europene, Direcția generală de justiție și Afaceri Interne, Unitatea A3, Cooperarea judiciară în materie civilă din martie 2001

¹²⁴ Raportul Austriei, pct.3.3.2. idem

¹²⁵ Raportul Spaniei, pct.3.1.2., pag.31, idem

¹²⁶ Raportul Portugaliei, pct.3.2.1., pag.56, idem

¹²⁷ Raportul Irlandei, pct.3.3.2., pag.69, idem

¹²⁸ Raportul Irlandei, pct.3.1.2., pag.60, idem

In Germania, constitutionalitatea „Lebenspartnerschaftsgesetz” (actul care permite stabilirea unui parteneriat inregistrat pentru cuplurile de acelasi sex) a fost contestat; în 2002 el a fost declarat constitutional¹²⁹.

Atâta timp cât legislatia si deciziile judiciare in materie, nu se bazează pe argumente constitutionale, principiile fundamentale in ceea ce priveste libertatea de alegere, egalitatea de tratament si ordinea publica au jucat mereu un rol important in dezvoltarea acestui domeniu al dreptului.

Principiul egalitatii de tratament a jucat un dublu rol. Pe de o parte, el este admis in majoritatea statelor, care nu doresc sa existe discriminare intre cuplurile casatorite si cele necasatorite. In anumite tari este explicit admis ca cuplurile necasatorite trebuie sa fie libere sa coabiteze, fara a se supune obligatiilor legale ale casatoriei, daca asa doresc¹³⁰. Pe de alta parte, egalitatea de tratament, traduce in anumite legislatii, principiul nondiscriminarii intre relatiile homosexuale si cele heterosexuale. Este, in particular, dorinta de a reduce aceasta discriminare care a condus la introducerea in legislatiile diverselor state a parteneriatelor inregistrate. Totodata, anumite state nu accepta ideea unei egalitati de tratament intre cuplurile homo si heterosexuale. In aceste state, modalitatile de egalitate de tratament intre cuplurile casatorite si cele necasatorite sunt rezervate explicit cuplurilor heterosexuale¹³¹. In multe legislatii, a fost introdusa nondiscriminarea intre copiii nascuti in sau in afara casatoriei, ceea ce a condus la extinderea regulilor casatoriei pentru cuplurile necasatorite cu copii, de exemplu in materia ocuparii domiciliului familial dupa disolutia relatiei¹³².

Condamnarea morala a coabitarii nu joaca un rol decât in legea irlandeza. Protectia constitutională a familiei este limitata la cuplurile casatorite, iar distinctia intre cuplurile homosexuale si cele heterosexuale isi gaseste originea in aceleasi reglementari, cu atât mai mult cu cât este vorba de o legatura care nu are nimic in comun cu parintii si educatia copiilor.

¹²⁹ Bundesverfassungsgericht, 17 iulie 2002, 1.BvF1/01, 1BvF2/01

¹³⁰ Raportul Greciei, 3.1.1., pag.29; Raportul Sotiei, 3.4.1., pag.73

¹³¹ Raportul Marii Britanii, 3.6.14, pag.32 (in ceea ce priveste dispozitiile familiale); Scotia 3.3.4., pag.72 (contractul de coabitare intre homosexuali este inaplicabil pentru motive de incalcare a ordinii publice)

¹³² Grecia 3.5.2., pag.31, Austria 3.2.2., pag.35, Scotia 3.4.4., pag.74 - in legatura cu egalitatea in drepturi la succesiune a copiilor

3.1. Diferite tipuri de relatii nonmaritale

Fenomenul relatiilor nonmaritale poate fi clasificat in functie de diferitele sale forme.

In forma sa cea mai pura, exista un cuplu necasatorit atunci când acel cuplu traieste impreuna prin propria sa vointa, iar aceasta relatie nu este formalizata. Formalizarea intervine atunci când un cuplu necasatorit isi organizeaza relatia semnând un acord. In aceasta privinta, se reliefeaza o dezvoltare recenta in diversele legislatii europene: unui cuplu necasatorit i se ofera posibilitatea „inregistrarii” relatiei sale. Astfel, este posibila stabilirea unei distinctii: pe de o parte, sistemele legislative in care partenerii stabilesc un **contract de coabitare** care poate fi inregistrat apoi de autoritatile guvernamentale si, pe de alta parte, sistemele juridice in care partenerii pot sa stabileasca un „**parteneriat inregistrat**”.

Cea mai importanta distinctie între „contractul inregistrat” si „parteneriatul inregistrat” este ca inregistrarea unui contract de coabitare, nu constituie un obstacol in calea unei casatorii ulterioare cu o alta persoana si nu are nici un efect asupra starii civile.

Astazi, conceptul traditional asupra casatoriei se afla in discutia specialistilor si a societatii civile. Fara sa evocam aici casatoria poligama, cunoscuta in sistemele juridice din afara Europei, conceptul traditional asupra casatoriei – legatura juridica dintre un barbat si o femeie – a fost contestata, din momentul in care un stat a permis celebrarea unei casatorii intre doua persoane de acelasi sex. Chiar daca nu se poate vorbi, in sensul strict al cuvântului, de un „cuplu necasatorit”, uniunea între persoanele de acelasi sex a fost calificata drept „casatorie” in trei state europene, acest fenomen ridicând problema de a sti, daca asemenea mariaj va fi recunoscut ca având acelasi statut juridic in celelalte state. Daca statutul de casatorie nu va fi recunoscut, care va fi atunci pozitia cuplului, care formeaza un „cuplu casatorit” in anumite state de origine, si care este considerat ca un cuplu de concubini in celelalte state?

*Reglementările actuale în dreptul intern privind contractul înregistrat,
parteneriatul înregistrat și coabitarea de fapt*

State membre	Niciunul	Contractul înregistrat	Parteneriatul înregistrat	Coabitarea de fapt
Belgia		X		
Danemarca			X	
Germania			X	
Grecia	X			
Spania	X			
Finlanda			X	
Franta		X		X
Irlanda		X	X	
Italia	X			
Luxemburg			X	
Olanda			X	
Austria	X			
Portugalia				X
Suedia			X	
Regatul-Unit (Anglia și Tara Galilor)		X	X	
Regatul- Unit(Scotia)		X	X	
Estonia	X			X
Letonia	X			
Malta	X			
Cehia	X			
Slovacia	X			
Ungaria				X
Polonia				X

3.2. Cuplul necasatorit

În general, nu există concepte clare care să definească cuplul necasatorit. Așadar, nu antrenează consecințe juridice specifice. În anumite legislații există dispoziții, dispersate, cu referire la statutul juridic al cuplului necasatorit, în domenii foarte diverse (drept administrativ, social, penal sau civil).

În câteva state membre U.E. situația persoanelor necăsătorite și care trăiesc împreună, dar care nu au luat nici o măsură pentru a formaliza relația, antrenează consecințe legale.

În Franța, jurisprudența a dezvoltat un concept de coabitare care a dus în 1999 la introducerea unei definiții a „concubinajului” în Codul civil francez (art.515-8). Există concubinaj atunci când două persoane (indiferent de sexul lor) trăiesc împreună într-o manieră stabilă și continuă.

Suedia a introdus în 1987 două legi privind coabitarea: prima se referă la proprietatea asupra reședinței comune și a bunurilor menajului coabitantilor heterosexuali, a doua vizează coabitarea homosexuală și ea a extins aplicarea diverselor legi și cuplurilor homosexuale¹³³.

Portugalia a creat în 1999 un regim legal unitar pentru uniunea de fapt: Legea nr.135/1999 referitoare la poziția persoanelor care trăiesc împreună mai mult de doi ani. Această lege conține mai ales norme în materie socială, fiscală și administrativă, dar ea conține în egală măsură anumite dispoziții asupra protecției domiciliului cuplului, în caz de deces sau de dizolvare a coabitării. Pe baza acestei legi o protecție socială sporită a fost acordată printr-o normă ulterioară - Legea nr.7/2001 – lege care se aplică heterosexualilor sau homosexualilor care trăiesc în cuplu.

Chiar dacă cea mai mare parte a statelor membre U.E. nu au inserat o definiție generală a „cuplului necăsătorit” în legislația lor, un concept a prins formă.

Legea austriacă nu conține o definiție specifică a fenomenului, dar jurisprudența a oferit o noțiune a cuplului necăsătorit: o „comunitate rezidențială, economică și sexuală”. Legea austriacă subliniază că diferența principală între căsătorie și coabitare o reprezintă caracterul exclusiv voluntar al relației cuplului necăsătorit. Voința partilor este de a trăi împreună fără nici un angajament, într-o manieră nedefinită juridic¹³⁴.

Această noțiune a relației totalmente voluntare se regăsește și în dreptul altor state membre U.E.

În Grecia, coabitarea nonmaritală este considerată ca fiind susținută de o dispoziție constituțională care permite fiecărei persoane să-și dezvolte liber personalitatea¹³⁵. În Belgia, uniunea de fapt sau concubinajul este situația în care două persoane trăiesc împreună fără nici o obligație. În Regatul Unit și în Germania nu există încă un concept pentru definirea

¹³³ Raportul Suediei, 3.3.2., pag.38

¹³⁴ Raportul Austriei, 3.3.2.

¹³⁵ Raportul Greciei, 3.3.1.

cuplurilor necasatorite. Un raport german a descris legea coabitării (care se refera la un parteneriat înregistrat) ca fiind un „parchwork” de reguli: câteva dispozitii statutare explicite, câteva dispozitii care se aplica prin analogie, coabitantilor si reguli stabilite pentru judecator¹³⁶.

3.2.1. Aspecte ale reglementarilor ce privesc cuplurile necasatorite

Daca exceptam introducerile recente in legislatiile statelor membre U.E. a prevederilor privind parteneriatele înregistrate si a altor relatii comparabile, sistemele juridice al acestor state se caracterizeaza prin diverse reguli sau principii aplicabile cuplurilor coabitante. Dezvoltarea acestor reguli a inceput atunci când coabitantii si autoritatile au constatat ca exista lacune in legislatia existenta. S-a cerut instantelor judecatoresti sa intervina, ceea ce a condus la dezvoltarea jurisprudentei si a actiunii legiuitorului, dar numai in probleme punctuale.

Contractele între coabitanti cu privire la coabitarea lor sunt, in general, acceptate de legislatiile tarilor membre U.E.

In Spania, contractul nu este reglementat special, dar este in general, considerat valid in virtutea Codului civil spaniol: comunitatile autonome au prevazut reguli specifice in acest domeniu. In Franta, coabitantii (sau concubinii) pot sa organizeze relatia prin mijlocul indirect al unui contract¹³⁷. In Suedia, un contract de coabitare presupune ca dispozitiile legislative referitoare la domiciliul coabitantilor au fost indepartate¹³⁸. In Portugalia nu exista legislatie specifica pentru contractele de coabitare dar valabilitatea unor astfel de contracte nu a fost contestata in fata instantelor, iar doctrina admite in general contractele de coabitare si cele care trateaza consecintele sfârșitului coabitării¹³⁹.

Validitatea unui contract de coabitare depinde, in principiu, de regulile generale referitoare la contract. In Marea Britanie contractul de coabitare este autorizat, cu conditia sa creeze drepturi recunoscute de lege¹⁴⁰. In Scotia, se estimeaza in general, ca un contract de coabitare între heterosexuali este admisibil si ca acel contract nu trebuie considerat ca un

¹³⁶ Raportul Germaniei, 3.3.2., pag.46

¹³⁷ Raportul Frantei, 3.4.2.2.1.

¹³⁸ Raportul Suediei, 3.3.4.

¹³⁹ Raportul Portugaliei, 3.3.4., 3.4.1. si 3.5.2.

¹⁴⁰ Raportul Angliei si Tarii Galilor, 3.3.4.

efect pentru o cauza de imoralitate¹⁴¹. Insa, un contract de coabitare intre homosexuali va fi inaplicabil, in virtutea ordinii publice¹⁴².

In Germania, contractul de coabitare este supus principiilor generale ale dreptului relativ la contracte: coabitantii nu pot adopta un regim matrimonial in contractul lor¹⁴³.

In Austria, coabitantii pot incheia un contract de parteneriat, contract care reglementeaza in principal situatia bunurilor. Un astfel de contract trebuie sa respecte cadrul juridic al casatoriei si angajamentele contractuale, cu restrictiile referitoare la morala si la prejudiciile aduse dreptului persoanelor.

In Luxemburg, contractele dintre coabitanti sunt autorizate. Daca este prevazuta achizitionarea unei locuinte, viitorii coabitanti sunt sfatuiti sa stabileasca, prin acte notariale, un „pacte tontinier”¹⁴⁴ care sa clarifice clauzele de acumulare. Astfel de clauze trebuie sa garanteze ca, in cazul decesului unuia dintre coabitanti, domiciliul pe care il detin in indiviziune va trece in plina proprietate celui alt partener. Solutii similare privind domiciliul coabitantilor sunt posibile si in Franta¹⁴⁵.

Si in Danemarca coabitantii pot incheia un contract¹⁴⁶. In Finlanda contractele intre coabitanti sunt supuse regulilor privitoare la contractele „economice” generale¹⁴⁷. In Italia contractele intre coabitanti sunt autorizate si continutul lor a fost inspirat de legea privind regimul matrimonial¹⁴⁸. In Belgia si in Grecia nu exista reguli specifice pentru contractele de coabitare.

¹⁴¹ Raportul Scotiei, 3.3.4.

¹⁴² Idem

¹⁴³ Raportul Germaniei, 3.3.4.

¹⁴⁴ Creatie a practicii notariale „tontine”, este o conventie prin care mai multe persoane stipuleaza ca bunul cumparat in comun sa revina ultimului supravietuitor. Partile unui „pact tontinier” evita astfel riscul, care ar putea surveni in cazul decesului unuia dintre ei, de a pierde bunul.

¹⁴⁵ Raportul Frantei, 3.4.2.2.1. Achizitionarea unui bun cu clauza de „tontine” este cel mai des adoptata de partenerii unui PACS. Dupa primul deces, supravietuitorul devine proprietarul bunului achizitionat cu aceasta clauza, de la momentul cumpararii. Mostenitorii legali ai defunctului nu pot revendica bunul. Numai decesul sau acordul de vointa al partilor pot conduce la rezolutiunea unui pact tontinier. Insa trebuie precizat ca partile nu se afla intr-o situatie de indiviziune si nu pot cu acest titlu sa invoce partajul, bazat pe art.815 din C.civ.francez.

¹⁴⁶ Raportul Danemarca, 3.3.

¹⁴⁷ Raportul Finlandei, 3.3.4.

¹⁴⁸ Raportul Italiei, 3.3.4.

În Italia remiterile de bunuri între coabitanti nu sunt considerate ca donații, ci ca executii de obligații morale și sociale¹⁴⁹. În Suedia, legislația asupra coabitării conține dispoziții asupra proprietății mutuale, a reședinței și bunurilor menajere ale acestora¹⁵⁰.

Cauzele și consecințele desființării coabitării în ceea ce privește bunurile partenerilor decurg din regulile generale privind bunurile și contractele, prevăzute de legislațiile statelor membre U.E.

În Danemarca, justiția poate acorda o indemnizație compensatorie partenerului care, fără voia lui, se află într-o situație financiară gravă¹⁵¹. În Suedia, nevoile coabitantilor sunt luate în considerare pentru a determina partea acestora, în procedura de partajare a bunurilor¹⁵². În Grecia, un tribunal districtual a respins o decizie în care prevederile art.1400 din Codul civil relativ la cererea de partajare a bunurilor achiziționate după căsătorie, au fost aplicate prin analogie și coabitantilor. O posibilitate limitată de acordare a despăgubirilor pentru vină, delict civil, quasidelict sau alt motiv similar este recunoscută în mai multe state: Belgia, Franța, Luxemburg¹⁵³. În numeroase jurisdicții există prevăzute situații pentru care vechii parteneri coabitanti pot să întreprindă o acțiune unul împotriva celuilalt, de îmbogățire fără cauză: Austria, Franța, Germania, Grecia, Italia, Portugalia, Spania, Scotia, dar este de subliniat că, criteriile de aplicare a acestor dispoziții sunt foarte stricte.

În ceea ce privește domiciliul familial al cuplului, dispozițiile sunt adesea inspirate din cele ale unui cuplu căsătorit. În Grecia, Italia, Portugalia, Spania și Suedia se aplică aceleași soluții (fie parțial, fie total) coabitantilor, care au adoptat dispoziții specifice în acest domeniu. Austria a adoptat însă, o poziție total diferită și refuză coabitantilor dreptul de a invoca aceleași drepturi ca și divorțatii¹⁵⁴.

În legătura cu obligațiile alimentare - sub forma unor plăți periodice - la disoluția coabitării, în legislațiile statelor membre UE, acestea sunt limitate la copiii comuni. Obligații alimentare între vechii coabitanti nu sunt menționate decât în cadrul câtorva comunități autonome spaniole. Totodată,

¹⁴⁹ Raportul Italiei, 3.4.1.

¹⁵⁰ Raportul Suediei, 3.3.2., 3.4.

¹⁵¹ Raportul Danemarca, 3.4.

¹⁵² Raportul Suediei, 3.5.2.

¹⁵³ Raportul Belgiei, 3.5.1., Franței 3.5.2., Luxemburgului 3.5.2.

¹⁵⁴ Raportul Austriei, 3.5.2.1.

putine legislatii stipuleaza ca beneficiarul unei pensii alimentare, nu mai are dreptul la aceasta, daca coabiteaza cu o alta persoana¹⁵⁵.

In legatura cu protectia impotriva violentei conjugale, multe legislatii aplica coabitantilor regulile privitoare la protectia impotriva violentei domestice, chiar si in tarile unde coabitarea este putin recunoscuta.

In ceea ce priveste domeniul contractelor de asigurare de viata, mai multe legislatii prevad posibilitatea desemnarii coabitantului ca beneficiar al unui astfel de contract, desemnare care poate fi revocata dupa disolutia coabitarii (Germania, Luxemburg). Insa revocabilitatea donatiilor nu afecteaza coabitantii.

Legislatia mai multor state UE mentioneaza problema drepturilor parintesti. Aceste drepturi nu privesc in primul rând relatiile dintre parteneri, ci relatiile intre fiecare dintre parteneri si copiii lor. Legea scotiana recunoaste pentru cuplurile coabitante si drepturi in domeniul daunelor-interese delictuale si al sanatatii mintale¹⁵⁶.

Legea austriaca prevede accesul cuplului coabitant la inseminarea artificiala¹⁵⁷, iar majoritatea legislatiilor prevad norme in domeniul securitatii sociale si al fiscalitatii. In Austria si Scotia, dreptul penal este un domeniu in care coabitarea poate avea anumite consecinte¹⁵⁸.

3.3. Inregistrarea relatiilor

In prezent exista doua modele legislative in tarile vest-europene. Unul, întâlnit in Belgia si Franta numit „coabitarea legala” si respectiv „pactul civil de solidaritate” („pacs”) desemnat aici prin expresia „**contract inregistrat**” si cel de-al doilea, întâlnit in tarile scandinave, in Olanda si Germania, desemnat prin expresia „**parteneriat inregistrat**”.

In UE nici o tara care are limba engleza ca limba oficiala nu a introdus in legislatia sa, acest subiect. Un proiect de lege englez utilizeaza termenul „parteneriat civil”¹⁵⁹ („civil partnership”). Expresia „parteneriat inregistrat” nu are o traducere aproximativa in terminologia tarilor nordice, ele folosind apelativul german de „Lebenspartnerschaft”.

In Danemarca, Suedia, Finlanda si Germania inregistrarea unui astfel de parteneriat, nu este posibil decât pentru parteneri de acelasi sex.

¹⁵⁵ Raportul Austriei, Greciei, Italiei

¹⁵⁶ Raportul Scotiei, 3.2.1.

¹⁵⁷ Raportul Austriei, 3.2.2.

¹⁵⁸ Raportul Austriei 3.2.2., Scotiei 3.2.1.

¹⁵⁹ Raportul Regatului Unit si al Tarii Galilor 3.3.3.

In Olanda, Belgia si Franta, noile reglementari sunt deschise, independent de sex, celor doi parteneri.

Contractul inregistrat si parteneriatul inregistrat. Exclusivitatea pentru persoanele de acelasi sex

State	Numai pentru persoane de acelasi sex	Nu exista restrictii de sex
Belgia		X
Danemarca	X	
Germania	X	
Finlanda	X	
Franta		X
Olanda		X
Suedia	X	
Anglia	X	
Irlanda	X	
Luxembourg		X

In Suedia, Finlanda, Danemarca, Olanda si Belgia inregistrarea are loc in fata unei autoritati publice. In Germania, Bundesländer-ele (statele federale) desemneaza autoritatea competenta. De exemplu, in Bavaria notarul este o autoritate competenta, in timp ce in alte state, ofiterul starii civile, este desemnat ca singura autoritate competenta. In Franta, incheierea unui „pacs” se efectueaza sub forma unui contract intre parteneri, care este prezentat unei autoritati competente pentru inregistrare. Acestea sunt tribunalele si nu starea civila, care tin registrele „pacs-urilor” (tribunalele de la locul nasterii oricaruia dintre parteneri sau, in cazul nasterii in afara Frantei, Tribunalul de mare instanta din Paris). In aparenta, inregistrarea nu este o conditie de validitate a unui „pacs”, dar partenerii sunt sfatuiti sa faca inregistrarea acordului lor¹⁶⁰. Accesul la informatiile privind „pacs-urile” este restrictiv, numai partenerii si anumite autoritati sau organizatii având drept complet, de acces. Din acest motiv, o noua practica se intreveade astazi, si anume exigenta unei declaratii conform careia o persoana nu a subscris unui „pacs”¹⁶¹.

¹⁶⁰ Raportul Frantei, 3.3.1.2.2.

¹⁶¹ Raportul Frantei, 3.3.1.2.3.

În Danemarca, Suedia și Finlanda, înregistrarea parteneriatelor semnifică faptul că partenerii - care trebuie să fie de același sex - vor fi tratați pe picior de egalitate cu soții de sexe diferite. Parteneriatele au același regim juridic ca și căsătoria în ce privește regimul bunurilor, obligațiile alimentare, donațiile, asigurările, etc., dar nu au nici un efect în relațiile dintre un partener și un copil al vreunui dintre ei. Această instituție este evident recunoscută ca o alternativă la căsătoria persoanelor de același sex, din moment ce homosexualitatea reprezintă o condiție a acestei instituții.

În Olanda, înregistrarea parteneriatului face ca legislația referitoare la regimul matrimonial și la obligațiile alimentare dintre soți să fie aplicabilă și partenerilor. Dacă o căsătorie nu poate fi desfăcută decât prin divorț, unui parteneriat i se poate pune capăt prin acordul dintre părți, intervenția unui tribunal nefiind necesară. Înregistrarea unui parteneriat face o căsătorie imposibilă, atâta timp cât parteneriatul nu a fost dizolvat, excepție făcând numai căsătoria dintre parteneri.

În Germania, situația partenerilor înregistrați este diferită de cea a soților, în ceea ce privește regimul matrimonial. În caz de separare sau de dizoluție a unui parteneriat înregistrat, situația partenerilor este similară cu cea a soților, cu excepția faptului că ei nu au dreptul la împărțirea donațiilor. Dizoluția unui parteneriat înregistrat necesită o hotărâre judecătorească. Dacă partenerii decid să trăiască separat, legislația prevede obligații în legătura cu utilizarea domiciliului partenerilor și obligațiile alimentare¹⁶².

În Franța, înregistrarea contractului („pacs-ului”) este considerat, într-o mare măsură, ca o afacere contractuală între parteneri. Totodată, anumite dispoziții proprii căsătoriei sunt în egală măsură aplicabile „pacs-urilor”. Încheierea unui „pacs” este imposibilă atâta timp cât un partener este căsătorit sau a încheiat anterior un „pacs”. Însa dizoluția unui „pacs” este posibilă prin consimțământ mutual și prin declarație unilaterală. Căsătoria cu un tert, a unuia dintre parteneri antrenează automat rezilierea „pacs-ului”, iar decesul unuia dintre parteneri duce la încetarea acestuia.

În Belgia, parteneriatul înregistrat impune anumite obligații partenerilor, în ceea ce privește contribuția la cheltuielile menajului și la datoriile locuinței. Câteva dispoziții care privesc responsabilitatea soților față de terți sunt în egală măsură aplicabile și partenerilor înregistrați. Însa, dispozițiile legale care privesc regimul matrimonial nu le sunt aplicabile. Ca și în Franța, un nou parteneriat nu poate fi încheiat, dacă unul dintre

¹⁶² Raportul Germaniei, 3.5.1.

parteneri este casatorit sau incheiase anterior un alt parteneriat. Disolutia unui astfel de parteneriat are loc in aceleasi conditii ca si cel francez.

4. RELATIILE PATRIMONIALE ALE CUPLURILOR NECASATORITE

4.1. Situatiia bunurilor cuplurilor inregistrate

Situatiia bunurilor in cazul parteneriatelor inregistrate

In Finlanda, Suedia, Danemarca si Olanda, relatiile patrimoniale ale parteneriatelor inregistrate sunt supuse acelorasi dispozitii ca cele care reglementeaza situatiia sotilor. Regimul juridic, posibilitatea adoptarii unui regim matrimonial sau de a incheia un „contract de parteneriat” sunt identice. La fel si relatiile partenerilor cu tertii.

In Germania, regimul matrimonial al parteneriatelor inregistrate este de aceeasi natura ca cel al sotilor, dar continutul sau este diferit de cel al sotilor. Regimul aplicabil partenerilor inregistrati este „Ausgleichsgemeinschaft”, un termen care ar putea fi tradus prin „comunitatea de compensatie”. Fiecare partener posedea bunurile proprii dar la sfârșitul regimului, plus-valoarea este partajata intre parteneri.

Situatiia bunurilor in cazul contractelor inregistrate

In Franta, regimul proprietatii partenerilor „pacs-ului” a fost calificat ca „embrionul” regimului matrimonial. Bunurile achizitionate in cursul existentei unui „pacs” sunt prezumate a fi bunuri indivize ale partenerilor, cu conditia ca acele bunuri sa fie achizitionate cu titlu oneros dupa inregistrarea „pacs-ului”. Aceasta prezumtie se aplica atâta timp cât nu este combatuta, existând deci posibilitatea de contestare. Bunurile menajului au un regim special intrucât, pentru aceste bunuri, prezumtia de proprietate indiviza nu poate fi indepartata decât prin prevederile contractului „pacs-ului”. O complicatie juridica s-a nascut din faptul ca semnificatia juridica a expresiei „meubles meublants” utilizata in legislatia franceza pentru desemnarea bunurilor menajului este ambigua: in consecinta, nu este intotdeauna usor sa determini care sunt exact bunurile care beneficiaza de acest statut special. Pentru toate celelalte bunuri prezumtia de indiviziune poate fi contestata cu ajutorul altor probe (de exemplu un contract de vânzare-cumparare). Partenerii unui „pacs” isi datoreaza un ajutor material si mutual. Transferul de proprietate intre parteneri poate fi considerat ca un transfer efectuat pentru a respecta aceasta obligatie. Partenerii pot stipula

aceasta obligatie in contractul „pacs-ului”. Daca nu au facut acest lucru, instanta trebuie sa determine intinderea acestei obligatii. Partenerii sunt responsabili solidar de datoriile contractate pentru nevoile vietii curente si ale domiciliului comun. Conceptele utilizate de legislatia franceza pentru descrierea acestor datorii sunt diferite de cele utilizate in situatia sotilor, legiuitorul nedorind sa asimileze „pacs-ul”, casatoriei. Dispozitiile care privesc responsabilitatea solidara nu se indeparteaza de regulile comune ale responsabilitatii civile, daca unul dintre parteneri, de exemplu, a acumulat datorii considerabile referitoare la viata curenta, fara stirea si fara acordul celuilalt partener. O problema întâlnita în practică a fost aceea a creditorilor, pentru ca identitatea celuilalt partener nu poate fi verificata in registrul public.

In Belgia bunurile partenerilor sunt separate, afara daca au inclus dispozitii contrare in contractul lor de coabitare. In toate cazurile inasa, partenerii trebuie sa contribuie la cheltuielile vietii curente proportional cu veniturile lor si ei sunt in egala masura solidari de datoriile contractate pentru cheltuielile vietii curente. Totodata ei nu raspund de datoriile excesive contractate de celalalt partener. Partenerii unei coabitari legale pot sa-si organizeze relatia lor patrimoniala cu ajutorul unui contract, care trebuie incheiat in forma autentica in fata unui notar, iar o mentiune a existentei acestuia trebuie facuta in registrul populatiei. In general, continutul acestui contract nu poate fi opozabil tertilor.

***Efectele asupra bunurilor in cazul parteneriatelor inregistrate.
Echivalenta regimului bunurilor parteneriatului cu regimul matrimonial
si studiul reglementarii partilor***

State	Identic cu regimul matrimonial	Regim diferit	Reglementarea partilor, autorizata
Danemarca	X		X
Germania	X		X
Finlanda	X		X
Olanda	X		X
Suedia	X		X
Luxembourg		X	X
Polonia		X	

Situatia bunurilor intr-un parteneriat inregistrat, in caz de disolutie sau deces

In Germania, Olanda, Finlanda, Suedia si Danemarca rezilierea (sau disolutia) unui parteneriat inregistrat are fata de bunurile partenerilor efecte total similare ca in cazul divortului. In Germania, diferenta intre regimul matrimonial al parteneriatului inregistrat si cea dintre sotii conduce la rezultate diferite. Dar, in caz de deces al unuia dintre parteneri, partenerul supravietuitor este tratat in acelasi fel ca sotul supravietuitor, in ceea ce priveste bunurile si succesiunea.

Situatia bunurilor in cazul unui contract inregistrat, in caz de disolutie sau deces

In Belgia, disolutia coabitarii legale antreneaza rezilierea contractului referitor la bunurile partenerilor, dar dispozitiile care privesc repartitia bunurilor indivize trebuie respectate. Fata de terti, disolutia nu produce consecinte speciale.

In Franta, partajul bunurilor aflate in indiviziune este lasata la invoiala partenerilor si numai daca acestia nu se inteleg, instanta procedeaza la efectuarea partajului. In cazul rezilierii unui „pacs”, partenerul care l-a reziliat poate sa-si vada raspunderea contractuala angajata fata de celalalt partener. Motivele posibile care angajaza responsabilitatea sunt: neindeplinirea obligatiilor legale sau contractuale ori „ruptura abuziva” a „pacs”-ului. In ceea ce-i priveste pe terti, o problema practica se ridica atunci când, in caz de reziliere prin unica vointa, declaratia unilaterala a unuia dintre parteneri contra celuilalt nu produce efecte decât dupa trei luni de la data efectuării declaratiei. In consecinta, exista o perioada de latente, pe durata careia pot aparea probleme legate de responsabilitatea solidara a partenerilor pentru diverse datorii. Pot aparea probleme si pentru datoriile de care partenerii nu sunt tinuti solidar responsabili sau acelea in care responsabilitatea solidara este contestata. Problema se pune in momentul partajarii bunurilor.

In Franta, partenerul supravietuitor al unui „pacs” nu are nici un drept *ab intestat*. Dreptul la succesiune al partenerului supravietuitor depinde de dispozitiile voluntare ale defunctului. Restrictiile care se aplica intre sotii in privinta donatiilor nu se aplica si intre parteneri. Dispozitiile sunt supuse restrictiilor generale care acorda drepturi anumitor herezi. Exista de asemenea un regim fiscal favorabil pentru transferurile cu titlu gratuit intre parteneri. In Belgia, situatia este similara.

5. CASATORIA ÎNTRE PERSOANELE DE ACELAȘI SEX

Patru state europene, Belgia din 2003, Olanda din 2001, Spania din 2005 și Norvegia din 2008, permit casatoria între persoanele de același sex. În legea olandeză, ca și în cea belgiană, mai recentă, casatoria între persoane de același sex este o casatorie veritabilă și nu o instituție distinctă. Aceste patru state au creat două instituții diferite – parteneriatele înregistrate și casatoria – care sunt ambele deschise atât cuplurilor heterosexuale, cât și celor homosexuale. Există puține diferențe între cele două instituții, în ceea ce privește relațiile cuplului și relațiile patrimoniale ale acestora. Diferența principală constă în disoluția parteneriatului înregistrat, care poate fi reglată de parteneri în afara justiției.

În ceea ce privește paternitatea, numai casatoria heterosexuală produce consecințe pentru copiii unuia dintre soți.

În Olanda, adopția este posibilă pentru un cuplu homosexual căsătorit sau necăsătorit care a încheiat un parteneriat înregistrat.

Proiectul de lege pentru Reforma C.civil spaniol a fost aprobat la 21 aprilie 2005 de Congresul deputaților spanioli cu 183 voturi pentru, 136 împotriva și 6 abțineri. Textul modifică art.16 al C.civ.spaniol, înlocuind noțiunea de „barbat” și „femeie” prin acela de „soți” și înlocuind noțiunea de „tata” și „mama” cu aceea de „parinti”. Totodată, în art.44 se afirmă „Casatoria are aceeași calitate și efecte, atunci când soții sunt de același sex sau de sexe diferite”. Prin această afirmație, se oferă posibilitatea persoanelor de același sex să poată încheia o casatorie și totodată să adopte copii¹⁶³.

La 11 iunie 2008, Parlamentul norvegian a adoptat, cu 84 de voturi, un proiect de lege care autorizează casatoria persoanelor de același sex ca și posibilitatea unei astfel de familii de a adopta sau de a beneficia de asistență pentru fecundarea in vitro, Norvegia devenind a patra țară europeană și a șasea din lume, care reglementează casatoria homosexuală.

¹⁶³ Europe/ Espagne – Note de la Conferance Episcopale concernant l’union des homosexuels, disponibil pe <http://www.fides.org/fra/news/2005/0504/22-4166.html> din 24.04.2005

Bibliografie selectivă

1. P.Voirin, G.Goubeaux, *Droit civil*, Tom I, 27^é ed., LGDJ, Paris, 1999
2. Ge. Danielopolu, *Explicatiunea institutiilor lui Justinian*, Imprimeria statului, Bucuresti, 1911
3. M. Jakota, *Drept privat roman*, Editura Fundatiei „Chemarea”, Iasi, 1997
4. K. Kiernan, *Coabitarea si cresterea copiilor in afara casatoriei in Europa occidentala*, in *Lege, strategie si familie*, vol.15, nr.1, 2001
5. I. Mitrofan, C. Ciuperca, *Incursiuni in psihologia si psihosexualitatea familiei*, Editura Press Mihaela SRL, Bucuresti, 1998
6. D. Bradley, *Family Law and Political Culture*, London, Sweet and Maxwell, 1996
7. Law Comission, *Annual Report*, 1994, London, HMSO, 1995

LUPTA ÎMPOTRIVA TERORISMULUI INTERNAȚIONAL – ÎNTRE LEGALITATE ȘI REALITATE

Prep. univ. Alexandra MANEA
Universitatea Titu Maiorescu, Facultatea de Drept

ABSTRACT

Terrorism is a real and actual threat to the state of law, whose essence is the human rights. In order to protect its values, the state of law has started a fight against this scourge. But as the limits of the human rights are sensitive some of the actions lead to abuses totally incompatible with the values and principles of the state of law, abuses which eventually sustain the terrorist objectives and sometimes affect the citizens as much as a terrorist act.

The present paper summarize the conclusions of the Report of The Eminent Jurists Panel On Terrorism, Counterterrorism and Human Rights 2009, pointing that the anti-terrorist measures often cause a more severe erosion of the human rights and of the principles of law than would have been expected. The paper points out such a situation in which the fight against terrorism has led to the globalization of torture – one of the most odious violation of the human dignity and rights. Some of the international legal instruments that forbid torture or other cruel treatments are underlined, as well as the criteria developed by the international courts for these kind of treatments.

The conclusions of the paper distinguish the fact that the argument according to which a violation of the human rights would be necessary in the fight against terrorism is fundamentally erroneous, as the states and the communities can only be safe when all their constitutive elements are safe and the safety of the population implies that human rights can not be violated.

terrorism internațional, legalitate, drept internațional public

I. INTRODUCERE

La început de secol 21, terorismul rămâne o realitate pregnantă și multiformă, care schimbă profund mediul de securitate națională și internațională, modificând modul în care percepem pacea lumii, libertățile individuale și viața de zi cu zi a fiecărei persoane.

Fără îndoială, fenomenele care au marcat în modul cel mai vizibil comunitatea internațională în ultimii ani sunt globalizarea și terorismul. Păstrându-și identitatea, acestea două interferează, « *aducând în atenția analiștilor elemente de ordin causal sau factori de influență de natură a pune în evidență noi caracteristici ale relațiilor internaționale* » (N. Uscoi). Printre aceste noi caracteristici a noii ordini mondiale se numără reorientarea politicilor de securitate globală și schimbarea legislațiilor de prevenire și combatere a criminalității organizate în țările de pe întreg globul, cu consecințe tulburătoare în ceea ce privește respectul datorat principiului legalității și drepturilor omului, studiul practicii în materie de luptă împotriva terorismului relevând opoziția quasi-sistematică care există între această luptă și respectul drepturilor și libertăților fundamentale. Acestea din urma constituie piatra unghiulară a sistemului de valori democratic, a statului de drept, fiind reglementate printr-o serie mare de instrumente juridice internaționale.

Așadar, este imperativ ca lupta împotriva terorismului să fie efectuată cu respectarea strictă a acestora. Această precizare poate apărea ca superfluă, deoarece lupta împotriva terorismului și aceste drepturi sunt două realități perfect compatibile, și nicidecum concepte contradictorii: această luptă există tocmai pentru a proteja dreptul la viață și la integritate fizică și de a asigura un mediu de securitate internațională pentru fiecare cetățean. Cu toate acestea, la intersecția dintre legalitate - ceea ce se afirmă - și realitate - ceea ce se întâmplă în practică -, acțiunile statelor în prevenirea și combaterea terorismului internațional par să ia drumul unei realități „excepționale”, relative, iar raționamentul juridic pare să se oprească în momentul în care suntem martori ale unor afirmații precum „*respectarea drepturilor omului a devenit un lux*”.

II. “EVALUAREA DAUNELOR ÎNDEAMNĂ LA ACȚIUNE” - RAPORTUL COMISIEI INTERNAȚIONALE DE JURIȘTI 2009

Alarmate de noua tendință a politicilor internaționale și luând în considerare afirmații ale unor specialiști în drept, precum cea a reprezentantului ONU pentru promovarea și protecția drepturilor omului care declara în 2004 că *«la un examen al activităților legislative anti-teroriste care se dezvoltă actualmente în sânul Comunității Internaționale, putem destul de ușor să găsim argumente pentru susținerea tezei conform căreia țările civilizate se află pe drumul slăbirii sistemului de garantare a protecției și respectului drepturilor omului»* (K. Kofua), organismele internaționale militante pentru promovarea drepturilor omului au început să cerceteze măsura în care aceste drepturi sunt încălcate de către state în lupta lor împotriva terorismului.

Ca o reacție la rezultatele cercetărilor, în august 2004, Comisia Internațională de Juriști (ICJ) formată din 160 de specialiști în drept veniți din toată lumea, a elaborat la Berlin «Declarația ICJ pentru susținerea drepturilor omului și a regulilor de drept internațional în combaterea terorismului», în care sunt fixate 11 principii fundamentale ale drepturilor omului și ale statului de drept, și care „oferă guvernelor o marjă rezonabilă de flexibilitate pentru a combate terorismul, fără să contrazică respectul drepturilor omului și obligațiile legale umanitare”. În același cadru creat de ICJ, s-a stabilit crearea unei comisii care să aprofundeze studiul impactului terorismului și al luptei împotriva lui asupra drepturilor omului și a statului de drept. Au fost numiți 8 experți-judecători, avocați și academicieni din toate regiunile lumii, care prin audieri publice, chestionare, documente oficiale și întâlniri private cu alți experți în domeniul judiciar sau cu reprezentanți ai guvernelor, urmau să măsoare compatibilitatea legilor, politicilor și practicilor anti-teroriste cu principiile de bază ale statului de drept și a drepturilor fundamentale ale omului.

Uimiți de similaritatea mărturiilor care veneau de pe întreg globul, de consistența și consecvența prin care vocile celor audiați sau documentele examinate arătau cum principiile solide (până atunci) de drept internațional erau ignorate constant, în Raportul final al comisiei publicat în 2009, experții au ajuns la următoarele concluzii:

- *„În multe țări, drepturile legale și drepturile omului sunt sistematic încălcate. Indivizi sunt răpiți; prizonieri sunt ținuți secret, adesea torturați sau supuși la rele-tratamente. Efectul este plasarea individului suspectat de terorism dincolo de protecția*

oferită de standardele drepturilor omului sau de garanțiile constituționale.”

- *„Multor dintre mecanismele anti-teroriste le lipsesc garanțiile elementare de supraveghere și responsabilitate. Acest lucru înseamnă că atunci când au loc încălcări ale drepturilor omului, persoanele responsabile se bucură de impunitate pentru comportamentul lor. Victimele acestor încălcări se află adesea în imposibilitatea de a recurge la vreo cale de atac.”*
- *„Noi legi pentru combaterea terorismului au fost adoptate (cu minimă examinare a legilor care erau în vigoare), continuând adesea definiții mult prea largi a terorismului sau ale actelor teroriste, sau noi infracțiuni care riscă să penalizeze opinia politică sau disidenta socială.”*
- *„Suspecții de terorism sunt adesea ținute incommunicado pentru perioade lungi de timp înainte să fie acuzați, sau înainte să aibă acces la un avocat, la o instanță sau la lumea de afară.”*
- *„Un număr mare al acestor practici - rele tratamente, detenție prelungită, proceduri judiciare și acuzații fără probe substanțiale legale la bază - au prins rădăcini în funcționarea normală a statului și a sistemului juridic penal. Orice degenerare de acest tip pune problema unor consecințe negative pe termen lung pentru statul de drept și a respectului datorat drepturilor omului.”*
- *„ Chiar și în unele țări care nu s-au implicat direct în încălcări serioase ale drepturilor omului, s-au găsit dovezi ale colaborării lor cu statele care s-au făcut vinovate de așa ceva.”*
- *„Indivizi acuzați de terorism sunt adesea judecați în diferite țări de către tribunale speciale sau militare, care nu sunt independente și nici imparțiale, și care nu oferă garanțiile elementare ale unui proces echitabil.”*
- *„Societățile au suferit o serie de consecințe negative – restricții media, limitări ale libertății de exprimare sau asociere, izolarea sau discriminarea unor comunități minoritare. În timp, există teama că impactul cumulativ al măsurilor anti-teroriste vor submina responsabilitatea și vor încuraja impunitatea.”*

Experiența comună, la nivel global, a fost dovada unei eroziuni mult mai grave a drepturilor omului și a principiilor de drept decât s-ar fi putut anticipa. Într-adevăr, în sarcina statelor există obligația pozitivă de a asigura

securitatea cetățenilor în fața amenințării teroriste – îndeplinirea acestei obligații presupunând luarea unor măsuri de prevenire, investigare, pedepsire și redresare a situației afectate. Dar în același timp, statele trebuie să fie conștiente că această datorie pozitivă de a proteja persoanele există atât în cazul celor amenințați de către actele teroriste, cât și în cazul celor suspecți de comiterea unor asemenea acte. Statul nu are nicio autoritate de drept să decidă că unele persoane nu sunt calificate pentru a avea drepturile fundamentale respectate, ci dimpotrivă, trebuie să asigure garanțiile statului de drept fiecărei ființe umane.

III. GLOBALIZAREA TORTURII

Deși normele regionale și internaționale de drept interzic cu vehemență recurgerea la tortură, pedepse sau tratamente crude, inumane sau degradante - tortura și maltratarea figurează printre violările cele mai odioase ale drepturilor omului și ale demnității umane - aceste practici condamnabile persistă în toate regiunile lumii, persoanele care aplică torturi sau rele tratamente bucurându-se încă de impunitate.

Printre cele mai importante instrumente internaționale care susțin prevenirea și eliminarea torturii și interzic absolut practicarea ei în orice circumstanță, se număra:

- Declarația Universală a Drepturilor Omului [10 decembrie 1948];
- Pactul internațional al Națiunilor Unite privind drepturile civile și politice (ICCPR) și cele două protocoale facultative la pact [23 martie 1976];
- Convenția Națiunilor Unite împotriva torturii și a altor pedepse sau tratamente crude, inumane sau degradante (CAT) și protocolul facultativ la convenție [26 iunie 1986];
- Convenția internațională a Națiunilor Unite privind eliminarea tuturor formelor de discriminare rasială (CERD) [4 ianuarie 1969];
- Convenția Națiunilor Unite privind protecția tuturor persoanelor împotriva disparițiilor forțate [7 iunie 2007];
- Convenția europeană pentru protecția drepturilor omului și a libertăților fundamentale și protocoalele nr. 6 și 13 la convenție, respectiv jurisprudența corespunzătoare a Curții Europene a Drepturilor Omului [3 septembrie 1953];

- Convenția europeană pentru prevenirea torturii și a pedepselor sau tratamentelor inumane sau degradante (CPT) [26 noiembrie 1986];
- Statutul Curții Penale Internaționale [17 iulie 1998];
- Convențiile de la Geneva privind protecția victimelor de război și protocoalele la convenții, respectiv normele obișnuite de drept umanitar aplicabile în caz de conflict armat[1949];

Criteriile prin care se identifică această interdicție cu caracter absolut sunt precizate de jurisprudența C.E.D.O.¹⁶⁴ și se află în deplină concordanță cu prevederile cuprinse în convențiile la care sunt parte și state non-europene, precum SUA, aflate în lupta împotriva terorismului internațional, astfel:

- a) criteriul gravității sau al intensității suferințelor fizice și psihice produse victimei prin acțiunile agenților statului;
- b) criteriul aprecierii relative a actelor incriminate, decurgând dintr-o evaluare de la caz la caz a ansamblului împrejurărilor cauzei.

Cele trei noțiuni, respectiv „tortura”, „pedepsele sau tratamentele inumane” și „pedepsele sau tratamentele degradante” sunt definite prin hotărârea pronunțată de Curtea de la Strasbourg în cazul Iolanda contra Regatului Unit, astfel:

- a) tratamentul inuman este acel tratament care provoacă în mod intenționat suferințe fizice sau psihice presupunând o intensitate deosebită și o apreciere concretă prin prisma rigurozității și a efectelor produse asupra victimei (Hotărârea Tyrer contra Regatului Unit din 25 aprilie 1978);
- b) tortura este constituită din tratamente inumane produse în mod deliberat, care sunt exercitate cu cruzime și provoacă suferințe foarte grave, reprezentând o formă agravată a tratamentului inuman (Hotărârea pronunțată în cazul Iolandeii contra Regatului Unit din 18 ianuarie 1978);

¹⁶⁴ Curtea Europeană a Drepturilor Omului a exclus posibilitatea de a căuta un just echilibru între securitatea națională și interesul individului de a fi protejat împotriva torturii sau a pedepselor ori tratamentelor crude, inumane sau degradante. În hotărârea Chahal c. Marii Britanii, CEDO a considerat argumentul conform căruia ar exista o limitare implicită a articolului 3 al Convenției Europene, care ar permite expulzarea unui individ pentru motive de securitate, chiar și acolo unde există un risc de rele tratamente, inoperant. Respingând acest argument, Curtea a confirmat natura absolută a interdicției torturii și a principiului non-repatrierii refugiaților în locurile în care au fost persecutați („non-refoulement”).

c) tratamentul degradant este rezultatul măsurilor de natură să creeze individului sentimente de teamă, angoasă și inferioritate pentru a-l umili sau eventual pentru a-i înfrânge rezistența fizică sau morală.

În ciuda tuturor prevederilor legale, încălcări ale interdicției de a recurge la tortură sau tratamente inumane, degradante, s-au înregistrat în aproape toate țările înscrise în lupta împotriva terorismului. În ultimul deceniu, Statele Unite ale Americii, impulsionând și alte state de pe întreg globul, au alunecat pe un drum în care tratamentul aplicat drepturilor omului pare să fie mai mult o politică, decât o chestiune de drept.

În 2005, prim-ministrul britanic afirma, cu ocazia prezentării planului guvernamental de combatere a terorismului, că „*în cazul apariției unor obstacole juridice [...] vom continua cu noi norme juridice, inclusiv cu amendarea Human Rights Act ..*». Human Rights Act a devenit lege în Marea Britanie în 2000 și obligă judecătorii să ia în considerare jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului în deciziile pe care le dau. Jurisprudența CEDO relevă interdicția recurgerii la tortură sau la tratamente inumane sau degradante; Marea Britanie (alături de alte țări precum SUA, Germania, Italia, Spania), depășește limitele stabilite prin aceste decizii în ceea ce privește protecția refugiaților, întrucât Curtea interzice clar extrădarea refugiaților când aceștia riscă să fie supuși torturii sau relelor-tratamente. Administrația londoneză a fost și este implicată în negocieri cu Libia, Algeria sau Liban, în ceea ce privește predarea „persoanelor nedorite”. Londra a semnat deja înțelegeri cu Libia (18 octombrie 2005) în ceea ce privește transferarea cetățenilor libieni care „prezintă o amenințare la adresa securității naționale engleze”, Marea Britanie mulțumindu-se doar cu o promisiune din partea guvernului libanez de a nu-i tortura pe cei transferați la ajungerea pe teritoriul libanez.

Poziția guvernului englez a fost întărită de o hotărâre a Curții de Apel din august 2004, care a statuat că «probele» obținute prin tortură în țările terțe sunt admisibile, în contextul existenței procedurilor Comisiei speciale pentru apelurile făcute de imigranți, întrucât actele de tortură nu au fost săvârșite nici de către, și nici cu cooperarea autorităților britanice; tortura rămânând în continuare sub interdicție absolută în legislația britanică, această decizie relevă unul dintre aspectele cinice ale luptei împotriva terorismului. De altfel, în 8 decembrie 2005, Curtea de Apel a Camerei Lorzilor a și contestat, cu voturi în unanimitate, decizia potrivit căreia „originea probei obținute prin tortură nedeterminată de către sau cu contribuția agenților britanici nu trebuie să intereseze” și a cerut reevaluarea cazurilor în care au fost utilizate astfel de probe. Această procedură a supus

atenției instanțelor cazul a 10 persoane, din care 8 au fost reținute din 2001 fără să fie legal incriminate, iar 2 persoane din 2002.

În continuare, și fără îndoială, cel mai relevant exemplu al globalizării încălcării interdicției de a recurge la tortură este oferit de către Statele Unite ale Americii. Desigur, legalitatea nu trebuie confundată cu legalismul, cu respectarea minuțioasă a literei legii, în condițiile în care lumea și societatea se află în continuă dezvoltare și schimbare, însă la câteva zile după atacul terorist din 11 septembrie 2001, președintele Bush a semnat un act prin care a autoriza practici total incompatibile cu legea americană și cu convențiile internaționale privind interzicerea torturii la care SUA este parte. Prin acest act, președintele a oferit puteri extinse CIA în lupta împotriva terorismului, inclusiv dreptul de a ucide, captura sau deține, oriunde în lume, indivizii considerați făcând parte din Al-Qaida, sau de a utiliza tehnici care se încadrează perfect în definiția «torturii» pentru a obține informații în legătură cu organizațiile teroriste active.

Mai recent, s-a descoperit activitatea CIA în transferul deținuților suspecți de terorism din întreaga lume. Potrivit Amnesty International și a Raportului senatorului Dick Marty, CIA a efectuat mai mult de 800 de zboruri începând cu 2001, în vederea transferului deținuților în țara lor de origine („extreme rendition”) sau pentru a-i transfera dintr-un centru de detenție în altul. Numeroase exemple confirmă existența și practicarea torturii în astfel de centre. Ambasadorul britanic în Uzbekistan, între anii 2002-2004, a fost forțat să-și înainteze demisia după ce a făcut publice legăturile dintre Marea Britanie și Statele Unite ale Americii în programul «extrădărilor extreme».

Aceste «extrădări extreme» nu au de fapt nicio semnificație legală, dar au ajuns să descrie procesul de capturare și transferare a suspecților de terorism, de obicei, fără ca aceștia să beneficieze de normele legale în materie de extrădare, deportare sau expulzare, sau de garanțiile unui proces echitabil. Deși existente și înainte de 11 septembrie 2001, aceste practici s-au schimbat foarte mult după acest moment, implicând răpirea unei persoane dintr-o anumită țară, cu sau fără cooperarea guvernului respectivei țări, și transferul subsecvent al acestei persoane într-o altă țară în vederea deținerii și interogării. De asemenea, și scopul acestor practici pare să se fi schimbat, din inițierea procedurilor penale în strângerea de probe, cu accentul pe deținerea și interogarea persoanei supuse unor asemenea practici. În principiu, nu sunt aduse acuzații penale și nici nu este inițiat vreun proces penal. Deși SUA neagă că persoane ar fi fost predate altor state în scopul interogării utilizând tortura, sau transferate în alte țări unde se crede ca ar fi

supuse torturii, există suficiente dovezi care demonstrează că persoanele predate sau transferate în acest mod au suferit astfel de tratamente în mâinile destinatarilor.

Un exemplu de necontestat îl oferă existența centrului de detenție din Guantanamo Bay (Cuba), înființat în 1987 de către guvernul SUA și devenit celebru după 2002 prin imaginile șocante dezvăluite din interiorul închisorii. Fiind situată în afara teritoriului SUA, în urma unei note venite de la Ministerul Justiției către Pentagon, s-a stabilit că curțile federale nu au competența să examineze sub *habeas corpus* cererile venite din partea „combatanților ilegali” închiși la Guantanamo. În luna februarie 2002, președintele american semnează un memorandum prin care dispune că nici un taliban și nici un membru Al-Quaida capturat nu beneficiază de statutul de prizonier de război, și că Articolul 3 comun celor patru Convenții de la Geneva (care interzice tortura, tratamentele crude, degradante sau inumane, precum și orice măsură care aduce atingere demnității umane) nu se aplică acestor deținuți. În același an, 2002, Secretarul Departamentului de Apărare, autorizează o serie de tehnici de interogare a deținuților suspectați de terorism, printre care acoperirea feței cu cagulă, dezbrăcarea deținutului, privarea senzorială, izolarea, constrângerea de a sta în anumite poziții epuizante și utilizarea câinilor, toate acestea pentru a „induce o stare de stres”; după puțin timp, primelor tehnici le sunt adăugate altele, printre care privarea de somn, manipularea mediului (schimbarea de temperatură) sau simularea execuției deținutului. Administrația americană considera toate aceste practici ca „tehnici de interogare puternice” sau „presiune psihică moderată”, în timp ce Convenția din 1984 interzice clar recurgerea la „provocarea intenționată de suferință fizică sau psihică” a unei persoane în vederea obținerii de informații. De asemenea, „extrădările extreme” sunt contrare principiilor dreptului internațional, articolul 49 al celei de-a IV-a Convenție de la Geneva interzicând explicit asemenea practici.

Mărturiile deținuților ulterior eliberați din Guantanamo, alături de pozele surprinzând practicile utilizate în cadrul închisorii în timpul interogatoriilor și nu numai, ajunse publice, confirmă realitatea folosirii unor metode precum cele mai sus menționate și provoacă, pe lângă stupoare și oroare în rândurile cetățenilor „protejați prin lupta împotriva terorismului”, și indignare în rândul celor care își amintesc apelul președintelui Bush care chema la „*un nou parteneriat între națiuni împotriva terorismului internațional [...], un parteneriat unit prin principiile statului de drept*”.

Practica „extrădărilor extreme” violează o serie de drepturi ale omului, inclusiv drepturile cu privire la protecția indivizilor împotriva arestărilor arbitrare, dreptul la libertate, sau dreptul la integritate fizică și psihică (prin recurgerea sistematică la tortură). Mai mult, raportul senatului elvețian Dick Marty din 2006 caracterizează această practică ca o „pânză de păianjen” întesută peste întreg globul, sugerând implicarea autorităților din întreaga lume. Participări la acest program al „extrădărilor” au fost identificate în multe locuri, în special în Uniunea Europeană, Canada, Orientul Mijlociu, Federația Rusă, Asia de Sud-Est și Marea Britanie. De asemenea, multe țări ar fi cooperat și facilitat aceste practici, printre care Bosnia, România, Polonia, Italia sau Spania. În continuare, alte țări, printre care Afganistan, Egipt, Iordania, Maroc, Siria sau Uzbekistan au asistat procesul „extrădărilor extreme” prin preluarea custodiei indivizilor transferați din țările în care au fost răpiți și prin supunerea acestora la torturi și alte tratamente degradante.

Un exemplu relevant cu privire la impactul pe care eforturile de cooperare din mai multe țări îl pot avea asupra oricărei persoane este oferit de către Comisia Internațională de Juriști în a doua parte a raportului său din 2009; cazul nu este evidențiat pentru că ar fi excepțional, pentru că nu este, ci pentru că reprezintă o conspectare a problemelor care pot apărea în urma cooperărilor transnaționale secrete. Maher Arar, posesor al dublei cetățenii canadiene și siriene, lucra ca inginer în telecomunicații și trăia alături de familia sa în Canada. În septembrie 2002, în timp ce se afla în drum spre casă în Canada, a fost reținut pe aeroportul JF Kennedy din New York, suspectat fiind de terorism și legături cu organizația teroristă Al-Qaida; M. Arar a fost arestat pe loc, interogat fără să aibă acces la un avocat și închis timp de 12 zile de către autoritățile americane. În ciuda obiecției sale, potrivit căreia riscă tortura în caz de întoarcere în Siria, pe numele lui Maher Arar a fost eliberat un ordin de trimitere în Siria, unde timp de un an a îndurat tortură în mod repetat. Acesta este sigur că a fost supus unor astfel de tratamente din ordin american, întrucât i s-au pus exact aceleași întrebări în Siria, ca și în SUA; M. Arar a fost în sfârșit eliberat când autoritățile siriene au ajuns la concluzia că nu pot fi stabilite nici un fel de legături între deținut și vreo organizație teroristă. Guvernul canadian a instituit o Comisie de anchetă, care a clarificat numele dl. Arar și a confirmat că acesta a fost torturat. Canada i-a oferit compensații financiare pentru implicarea în această afacere pe motiv că este foarte probabil ca Statele Unite să fi acționat pe baza informațiilor furnizate de către autoritățile canadiene, care au fost „inexacte, portretizându-l într-un mod negativ incorect, și

supraestimându-i importanța în investigațiile politiei canadiene”. Experiența lui M. Arar este doar una dintre cele cunoscute.

Exportul de tortură în afara teritoriului Statelor Unite este una dintre practicile dezvoltate de către administrația americană cu ocazia luptei împotriva terorismului internațional. Mai mulți foști oficiali americani, care au ocupat funcții de responsabilitate, au oferit informații cu diverse ocazii despre implementarea unor metode contrare principiilor protecției drepturilor omului împotriva oricărui tratament degradant. Conform unui fost agent CIA, Robert Baer, dacă „este nevoie de o interogare serioasă, trimiteți prizonierul în Iordania; dacă vreți ca acesta să fie torturat, trimiteți-l în Siria; dacă vreți ca cineva să dispară, să nu mai fie găsit niciodată – trimiteți-l în Egipt”.

Declarații precum cele ale lui Robert Baer, sau rapoarte precum cel al Comisiei Internaționale de Juriști („Evaluarea daunelor îndeamnă la acțiune” - 2009) sau al senatorului Dick Marty ar trebui să îngrijoreze societatea internațională la fel de mult ca un act terorist, și acest lucru deoarece, chiar dacă scopurile sunt total diferite de cele teroriste, guvernele țărilor civilizate par să adopte aceleași mijloace în combaterea terorismului, sau cel puțin să contribuie prin mijloacele utilizate la scopul teroriștilor de a provoca o degenerare a democrației în totalitarism, de a uita respectul datorat drepturilor și libertăților fundamentale ale omului (drepturi pentru care s-a luptat sute de ani de a forța statele să își schimbe esența pentru a supraviețui, de a le schimba în societăți totalitare în care totul să fie controlat și orice cetățean să fie considerat un posibil suspect de terorism.

IV. CONCLUZII

De la sine înțeles, dreptul internațional public nu este unul rigid sau absurd, el permite statelor invocarea unor măsuri de excepție, dar numai în situații excepționale: în cazul în care un pericol public excepțional amenință existența națiunii și este proclamat printr-un act oficial, statele pot lua, în măsura în care situația o cere, măsuri derogatorii de la obligațiile prevăzute. Așadar, aceste măsuri excepționale trebuie să fie dispuse pentru a depăși situația de criză și cu limită de timp relativ scurtă, pentru că altfel se ajunge la abuzuri, așa cum a demonstrat practica contemporană a luptei globale împotriva terorismului.

Argumentul conform căruia ar fi necesară o violare a drepturilor omului în cadrul luptei împotriva terorismului este fundamental eronată. Statele și comunitățile de state nu pot fi în siguranță decât atunci când toate elementele

lor constitutive sunt în siguranță, iar securitatea populației presupune inviolabilitatea drepturilor omului. Într-un stat în care drepturile omului sunt nesigure, statul însuși nu mai este în siguranță; prin urmare, orice luptă împotriva terorismului care nu menține riguros respectul drepturilor omului nu poate asigura securitatea națională, ci, dimpotrivă, o slăbește.

Statele trebuie să depășească impasul în care se află, să conștientizeze cât mai profund necesitatea respectării bazelor statelor democratice și nevoia de protecție a fiecărui cetățean al comunității internaționale în fața arbitrarului, și să găsească în primul rând o definiție pertinentă a obiectului împotriva căruia poartă o luptă atât de încrâncenată, și ulterior, să utilizeze mijloacele adecvate pentru ceea ce vrea să argumenteze: respectarea drepturilor omului într-un climat de securitate și prosperitate socială, economică, culturală.

Desigur, fenomenul terorist nu va dispărea niciodată, fiind un lucru inerent diversității și opoziției între diverse ideologii și concepții sau un instrument de manipulare în care unele autorități statale cred cu tărie, dar măsurile luate împotriva celor suspecți și acuzați trebuie să se încadreze în limitele interdicției absolute la tortură și asigurării principiilor de drept, a prezumției de nevinovăție și a dreptului la un proces echitabil. Statele trebuie să ofere persoanelor private de libertate garanția legalității prezenței lor în locurile de detenție, să asigure asistență juridică, să organizeze campanii de informare, de educare și instruire în scopul prevenirii torturii, pedepselor sau tratamentelor inumane sau degradante și al respectării fără discriminări a drepturilor și libertăților fundamentale ale persoanelor private de libertate, și nu numai. După cum spunea fostul prim-ministru israelian, Benjamin Netanyahu, „*justiția, pacea și securitatea globală sunt posibile numai prin educarea tinerilor de azi care vor fi liderii de mâine*”.

Bibliografie

1. Borghi, A., *La legislation de l'UE en matiere de sanctions internationaux et sa compatibilite avec les droits fondamentaux*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, Bruylant, 1 octombrie 2008
2. Camus, C., *La lutte contre le terrorisme dans les pays occidentales: Etat de droit et exceptionnalisme*, Revue internationale et stratégique 2007/2, N° 66
3. Hoffman, B., *Inside Terrorism*, Columbia University Press, 1998, p. 32
4. ICJ, *Legal Commentary to the ICJ Berlin Declaration: Counter-terrorism, Human Rights and the Rule of Law*, Geneva, 2008

5. K. Kofua, *Le terrorisme et les droits de l'homme*, Le Monde, 15 noiembrie 2002, p.16
6. Mazilu, D., *Declarația de la Berlin - o sinteză a intereselor fundamentale ale UE în epoca actuală*, Revista română de drept comunitar, București, Wolters Kluwer, 2/2007
7. Priest, D., *Covert CIA Program withstands New Furor- Anti Terror efforts to grow*, Washington Post, 30 decembrie 2005
8. Zasova, S., *La lute contre le terrorisme a l'epreuve de la jurisprudence du tribunal de premiere instance des communautes europeenes*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, Bruylant, 1 aprilie 2008
9. www.ejp.icj.org/IMG/Report.pdf
10. www.newstateman.com/200405170016
11. web.amnesty.org/library/index/engEUR450442005
12. <http://terrorism.about.com/od/whatisterroris1/p/Terrorism.htm>

PARTICULARITĂȚI ALE RĂSPUNDERII ORGANIZAȚIILOR INTERNAȚIONALE PENTRU FAPTE INTERNAȚIONAL ILICITE

Lector univ. dr. Felicia MAXIM
Universitatea Titu Maiorescu, Facultatea de Drept

ABSTRACT

Responsibility of international organizations was identified in 1963 as a special question that deserved the attention of the Commission. This was in Mr. A. El-Erian's first report on relations between States and intergovernmental organizations. He also noted that "the continuous increase of the scope of activities of international organizations [was] likely to give new dimensions to the problem of responsibility of international organizations". In the same year, a Subcommittee on State Responsibility, which discussed the scope of the study that eventually led to the draft articles on the responsibility of States for internationally wrongful acts, concluded that "the question of the responsibility of other subjects of international law, such as international organizations, should be left aside". The International Law Commission of the United Nations, at its fifty-fourth session in 2002, decided to include the topic of responsibility of international organizations in its programme of work. The Working Group considered the following issues: a) the scope of the topic, including the concepts of responsibility and international organizations; b) relations between the topic of responsibility of international organizations and the articles on state responsibility; c) questions of attribution; d) questions of responsibility of member states for conduct that is attributed to an international organization; e) other questions concerning the arising of responsibility for an international organization; f) questions of content and implementation of international responsibility; g) settlement of disputes; and h) the practice to be taken into consideration.

organizații internaționale, răspundere, fapt internațional ilicit

1. Considerații generale

Organizațiile internaționale interguvernamentale sunt subiecte derivate de drept internațional public, fiind titulare de drepturi și obligații în condiții stabilite de actele lor constitutive. Apariția acestora a fost determinată de nevoia resimțită de state de a se asocia pentru realizarea unor scopuri comune, care aveau să determine o dezvoltare a relațiilor între state la nivel universal sau regional. În literatura de specialitate analiza calității de subiecte a acestor entități pornește de la conceptele folosite în convențiile internaționale. Astfel Convenția de la Viena privind dreptul tratatelor din 1969, prin expresia „organizație internațională” se referă la o organizație interguvernamentală,¹⁶⁵ de asemenea Convenția din 1975 privind reprezentarea statelor în relațiile lor cu organizațiile internaționale cu caracter universal,¹⁶⁶ precizează că prin organizație internațională înțelegem organizația interguvernamentală. Delimitarea realizată în cele două convenții este necesară pentru că astfel ne departajăm de conceptul de organizație internațională neguvernamentală care nu intră în sfera cercetării.

Potrivit dreptului internațional, toate organizațiile constituite din persoane fizice sau din persoane juridice neguvernamentale sunt calificate organizații neguvernamentale, chiar dacă ele ar îndeplini sarcini guvernamentale de mare importanță. Fiind înființate și administrate de către persoane care împărtășesc un obiectiv comun și în baza legilor din statele de sediu, acestea nu pot fi încadrate în categoria subiectelor dreptului internațional.¹⁶⁷

Organizațiile internaționale analizate sunt cele interguvernamentale definite ca fiind „o asociere de state, constituită prin tratat, înzestrată cu o constituție și organe comune, posedând o personalitate juridică distinctă de cea a statelor membre care o compun”.¹⁶⁸

¹⁶⁵ art.2,para.1,lit.i din Convenția de la Viena privind dreptul tratatelor din 1969-„prin expresia,, organizație internațională” se înțelege o organizație interguvernamentală.”

¹⁶⁶ Convenția din 1975 privind reprezentarea statelor în relațiile lor cu organizațiile internaționale cu caracter universal în art.1 definește organizația internațională interguvernamentală ca fiind o asociere de state constituită printr-un tratat, având o constituție proprie și organe comune și având o personalitate juridică distinctă de cea a statelor membre care o compun.

¹⁶⁷I. M.Anghel, *Subiectele de drept internațional*, Ediția a-II-a revăzută și adăugită, Editura Lumina Lex, Buc. 2002,p.356.

¹⁶⁸ *Annuaire C.D.I.* 1956, vol.II, p.106.

Definiția încearcă să surprindă toate trăsăturile esențiale ce caracterizează organizațiile internaționale interguvernamentale. Astfel pentru ca o asociere să fie considerată organizație internațională interguvernamentală, se impune ca la respectiva asociere să participe, în calitate de părți contractante, statele. Calitatea de a reprezenta statele în aceste organizații și de a acționa în numele lor o au, de regulă, reprezentanții guvernelor statelor respective. Excepțiile sunt limitate și se referă la reprezentarea parlamentară¹⁶⁹ sau la reprezentarea unor segmente sociale¹⁷⁰, dar acestea nu fac decât să confirme regula de mai sus.¹⁷¹ Constituirea unei organizații se realizează prin acordul de voință al statelor ce se concretizează, de regulă, printr-un tratat multilateral, care poate fi numit :Cartă¹⁷², Statut¹⁷³, Constituție¹⁷⁴ etc. Indiferent de denumire, actul constitutiv prevede structura instituțională a organizației și personalitatea juridică ce îi conferă o capacitate de acțiune distinctă de ce a statelor componente. Statele membre trebuie să se conformeze drepturilor și obligațiilor prevăzute în actele constitutive, astfel încât în momentul unei manifestări neconforme, statul putând fi sancționat.

În prezent, s-a generalizat opinia conform căreia toate organizațiile internaționale interguvernamentale au personalitate juridică, dar spre deosebire de state, personalitatea organizațiilor este nu numai specializată conform domeniului de activitate, dar și limitată potrivit funcțiilor și obiectivelor organizației.¹⁷⁵ Astfel ONU, datorită caracterului său universal și datorită multitudinii obiectivelor urmărite, se bucură de o personalitate juridică mult mai extinsă decât alte organizații care au caracter regional sau care sunt înființate pentru realizare unui număr redus de obiective. Personalitatea juridică a unei organizații internaționale interguvernamentale este stabilită prin actul constitutiv de state. În concluzie personalitatea juridică a organizațiilor interguvernamentale este derivată, fiind conferită de state. Organizația va acționa în limita funcțiilor și obiectivelor stabilite și în conformitate cu domeniul de activitate determinat. Personalitatea juridică se manifestă la nivel internațional, dar și în plan intern. Recunoașterea

¹⁶⁹ Consiliul Europei, NATO, Uniunea Europeană.

¹⁷⁰ Patronat sau sindicate în cazul Organizației Internaționale a Muncii.

¹⁷¹ R. Miga-Besteliu, *Organizațiile internaționale interguvernamentale*, Editura ALL BECK, Buc, 2000, p.10.

¹⁷² Carta ONU.

¹⁷³ Statutul Consiliului Europei, Londra 1949.

¹⁷⁴ Constituția Organizației pentru Alimentație și Agricultură ce a fost adoptată în 1945.

¹⁷⁵ D. Popescu, *Drept internațional public pentru învățământul la distanță și frecvență redusă*, Editura Universității Titu Maiorescu, București, 2005, p.68.

personalității de drept intern este prevăzută în actele constitutive¹⁷⁶, din analiza acestor dispoziții desprinzându-se ideea că aceste entități au capacitate juridică civilă și deci, sunt dotate cu personalitate juridică de drept intern. Necesitatea recunoașterii personalității de drept intern a organizațiilor interguvernamentale este determinată de faptul că acestea intră în raporturi juridice cu persoanele fizice sau juridice de drept intern. În practică, exercitarea personalității de drept intern privește o situație de ordin special cu statul pe teritoriul căruia acestea își au sediul și una de ordin general, reflectând tratamentul aplicat organizațiilor internaționale, de către toate țările membre, pe propriul lor teritoriu. Raportul dintre organizația internațională interguvernamentală și statul de sediu se concretizează prin încheierea unui acord de sediu în care se precizează întinderea și conținutul prerogativelor organizației, decurgând din actul său constitutiv, precum și regimul raporturilor juridice pe care organizația le stabilește la nivel intern pentru cumpărarea de bunuri, închirierea unor localuri, prestarea de servicii etc.¹⁷⁷

În calitate de subiecte derivate ale dreptului internațional, organizațiile își manifestă personalitatea juridică în raporturile pe care le stabilesc cu statele membre, cu alte organizații internaționale, cu statele nemembre sau cu alți participanți la viața internațională. Făcând parte din societatea internațională, participă efectiv la activitatea acesteia, în acest sens având capacitate de a încheia tratate, drept de legăție, capacitatea de a recunoaște alte subiecte de drept internațional și, după caz, capacitatea de a prezenta reclamații.

Toate elementele prezentate anterior ne îndreptățesc să examinăm problema răspunderii organizațiilor în plan internațional. În calitate de titulare de drepturi și obligații, acestea poartă răspunderea de drept internațional pentru fapte de încălcare a normelor acestui drept.

2. Organizațiile internaționale-subiecte ale răspunderii internaționale

Răspunderea organizațiilor internaționale a fost adusă în discuție în anul 1963 prin raportul întocmit de Mr. A. El-Erian, raport ce privea relațiile dintre state și organizațiile interguvernamentale. Acesta sublinia că rolul

¹⁷⁶ Art.104 din Carta ONU prevede, „Organizația se bucură, pe teritoriul fiecăruia din membrii săi, de capacitatea juridică care îi este necesară pentru exercitarea funcțiilor și atingerea scopurilor sale.”

¹⁷⁷ R. Miga-Beșteliu, op.cit, 2000, p. 34.

organizațiilor este din ce în ce mai mare, aspect ce ne determină să privim problema răspunderii organizațiilor internaționale interguvernamentale cu mai multă atenție. În același an grupurile de lucru care studiau răspunderea statelor și-au pus întrebarea dacă răspunderea celorlalte subiecte de drept internațional, cum ar fi organizațiile internaționale, trebuie luată în calcul sau dacă trebuie lăsată deoparte. Câțiva dintre membrii grupurilor de lucru au afirmat că subiectul în discuție putea fi amânat. Creșterea numărului organizațiilor și sporirea rolului acestora la nivel internațional au readus problema răspunderii în atenția Comisiei de Drept Internațional în anul 2000. Adunarea Generală a ONU în paragraful 8 al Rezoluției 56/82 din 12 Decembrie 2001 a cerut Comisiei să înceapă analiza problemei răspunderii organizației internaționale și să întocmească un proiect.

În anul 2002 la cea de-a 54 sesiune, Comisia la numit pe Mr. Giorgio Gaja raportor special și totodată s-a stabilit și grupul de lucru. În orice caz activitatea depusă pentru reglementarea răspunderii statelor este luată ca punct de reper și este folosită pentru redactarea proiectului privind răspunderea organizațiilor internaționale.

În foarte multe din tratatele internaționale, indiferent de domeniul de reglementare, atunci când se folosește termenul de organizație, se precizează că se referă la organizații interguvernamentale. Constatarea prezentată poate îndreptăți folosirea expresiei în sensul descris și în domeniul răspunderii. De altfel Comisia de Drept Internațional a acceptat expresia de organizație interguvernamentală (așa cum aceasta este definită în mai toate tratatele internaționale) și în comentariile făcute la art. 57 din proiectul adoptat privind răspunderea statelor pentru fapte ilicite. Totuși, spre deosebire de răspunderea statelor, cercetarea răspunderii organizațiilor prezintă anumite aspecte specifice. În primul rând se impune ca termenul de organizație, în sensul în care este folosit, să fie reglementat ca atare în proiect. Pe de altă parte, deși definiția prezentată ar fi potrivită, trebuie identificate elementele mult mai precis și concis. Dificultatea cea mai mare, în a găsi o definiție satisfăcătoare a organizațiilor, este dată de marea varietate a acestora. Un aspect al acestei diversități îl constituie membrii organizației. Definirea organizației ca interguvernamentală este dată de faptul că aceasta se compune din state.

După cum am văzut, organizația non-guvernamentală nu este constituită din state.

Organizația interguvernamentală este constituită în baza unui tratat, pe când cea neguvernamentală se constituie în baza unui act care nu este guvernat de regulile dreptului internațional. La prima analiză delimitările s-

ar părea că sunt bine determinate, dar există organizații care nu pot fi încadrate nici în categoria celor guvernamentale, nici în categoria celor neguvernamentale. Anumite organizații au ca membrii statele, dar și entități nestatale.¹⁷⁸ Alte organizații, deși au numai state ca membrii, nu au fost constituite prin tratate, ci prin anumite documente¹⁷⁹. Stabilirea corectă a definiției și implicit, determinarea corectă și completă a elementelor ce caracterizează o organizație internațională este o operațiune importantă pentru că numai după aceasta și pe baza elementelor respective se poate pune problema răspunderii unei organizații internaționale. Normele răspunderii nu pot fi impuse decât unui subiect de drept internațional, care are o personalitate juridică ce-i permite să acționeze în plan internațional. În consecință o entitate este considerată subiect de drept internațional, chiar dacă i s-a impus doar o obligație conform dreptului internațional. Ca regulă, toate obligațiile organizațiilor internaționale sunt stabilite conform dreptului internațional, deci ele răspund internațional.

Problema personalității juridice a organizațiilor internaționale a constituit subiect de discuție încă din 1949, când C.I.J. în Avizul său consultativ asupra „Reparării daunelor suferite în serviciul Națiunilor Unite”¹⁸⁰ a recunoscut personalitatea O.N.U. atât în raport cu statele membre, cât și ca personalitate juridică obiectivă, opozabilă erga omnes în raporturile cu toate statele și celelalte subiecte de drept internațional. Pentru a marca evoluția în acest domeniu este necesar să menționăm opinia C.I.J. atunci când a discutat asupra „Interpretării unui acord din 25 Martie 1951 încheiat între Egipt și Organizația Mondială Sănătății”. C.I.J. a precizat: „organizațiile internaționale sunt subiecte de drept internațional și ca atare trebuie să-și aducă la îndeplinire toate obligațiile asumate conform regulilor generale de drept internațional, conform actelor de constituire și a angajamentelor la care ele sunt părți”. În consecință, organizațiile internaționale vor răspunde pentru faptele pe care le săvârșesc și care nu sunt conforme cu regulile de drept internațional.

Mai mult, una dintre primele convenții și anume, Convenția asupra răspunderii internaționale pentru daunele cauzate de obiectele lansate în spațiu din 1972 prevede că organizația și membrii ei, care sunt state părți la convenție, vor răspunde solidar și cumulativ pentru daunele cauzate de

¹⁷⁸ De ex. Organizația Mondială Meteorologică(O.M.M.), în art.3 din actul constitutiv precizează că pot fi membre și alte entități decât statele.

¹⁷⁹ Organizația pentru Securitate și Cooperare în Europa.

¹⁸⁰ ICJ Reports, 1949, p.179.

obiectele lansate în spațiu. Cererea de despăgubire trebuie să fie adresată mai întâi organizației, iar în cazul în care aceasta nu va achita despăgubirea în termen de 6 luni, statul reclamant poate invoca răspunderea membrilor ei, părți la convenție.

O altă problemă care apare este aceea în care prejudiciul este cauzat unor spații ce se află dincolo de jurisdicția națională (marea liberă, fundul mărilor și oceanelor, spațiul extraatmosferic, Antarctica). În acest caz nu avem nici un stat care să poată formula reclamații în cazul unor prejudicii, răspunderea putând fi aici declanșată pe baza unor instrumente juridice, care să protejeze astfel de zone. În dreptul mării s-a găsit soluția prin înființarea Autorității Internaționale pentru fundul mărilor și oceanelor.¹⁸¹

Pentru a nu se crea discuții contradictorii, în cadrul proiectului de articole privind răspunderea organizațiilor internaționale elaborat de C.D.I., a fost definit termenul de organizație internațională, astfel prin organizație internațională ne vom referi la o organizație stabilită printr-un tratat sau prin alt instrument guvernat de regulile dreptului internațional posedând o personalitate juridică de drept internațional, care poate fi constituită în afara statelor și de alte entități.

Totuși, deși prin definiție s-a încercat acoperirea tuturor formelor de asociere dintre state, din comentariile făcute de organizațiile internaționale și de reprezentanții statelor membre rezultă că acest lucru nu s-a reușit.

Răspunderea unei organizații internaționale poate fi stabilită sub diferite sisteme de drept. Poate fi declanșată în fața unei curți naționale atunci când o persoană juridică sau fizică trage la răspundere organizația conform dreptului intern sau poate fi trasă la răspundere conform dreptului internațional. Studiul de față pune accentul pe răspunderea conform normelor de drept internațional. De cele mai multe ori organizația, ca atare, comite un fapt ilicit, pe de altă parte organizația poate fi răspunzătoare dacă ajută sau asistă altă organizație ori un stat atunci când comite un fapt ilicit sau atunci când constrânge o organizație sau un stat să comită un fapt ilicit. Un alt caz în care organizația poate trasă la răspundere este în cadrul unor raporturi interorganizaționale, adică atunci când un fapt internațional ilicit este comis de o organizație la care prima este membră. Oricare fapt ilicit al unei organizații internaționale atrage răspunderea acesteia, indiferent că faptul constă într-o acțiune sau omisiune.

¹⁸¹ Convenția Națiunilor Unite asupra dreptului mării încheiată la Montego Bay (Jamaica) la 10 decembrie 1982, Partea I, art.1, para.1(2).

Principiile ce guvernează răspunderea organizațiilor sunt următoarele: faptul internațional ilicit trebuie să fie atribuit organizației conform dreptului internațional și să constituie o încălcare a obligației asumate la nivel internațional.¹⁸² Aceleași principii se regăsesc și în materia răspunderii statelor pentru fapte ilicite.¹⁸³

În ceea ce privește imputabilitatea faptului, aceasta declanșează discuții ample, deoarece organizația acționează în plan internațional prin intermediul unor persoane sau organe oficiale mandatate să îndeplinească atribuțiile respective conform actului constitutiv. Astfel conduita unui organ al organizației internaționale, conduita oficialilor sau a persoanelor împuternicite cu anumite funcții ale organizației, poate fi considerată un fapt al organizației conform dreptului internațional, indiferent de poziția persoanelor sau organelor vinovate în structura instituțională. Conduita acestora va fi de asemenea considerată un fapt al organizației conform dreptului internațional, chiar dacă se face abuz de autoritate sau contravine instrucțiunilor. Situația reținută se referă la entitățile care se află sub autoritatea directă a organizației, însă trebuie avute în vedere și alte situații întâlnite în practică. Conduita unui organ al organizației, ca și în cazul unui organ al statului pus la dispoziția altei organizații pentru a exercita o parte din funcțiile organizației poate fi considerat un fapt conform dreptului internațional, dacă organizația căruia i-a fost pus la dispoziție organul exercită un control efectiv asupra acestuia. Organizația nu va fi trasă la răspundere pentru faptele pe care nu le confirmă ca fiind fapte proprii. Practica se focalizează mai mult pe atribuirea răspunderii, decât pe atribuirea comportamentului. Un exemplu recent îl constituie Anexa IX din Convenția privind dreptul mării din 1982, care după ce stabilește competența organizațiilor internaționale și a statelor membre conform materiilor acoperite de Convenție, în art. 6 pune problema atribuirii răspunderii.¹⁸⁴ Nu se face aluzie la aspectul atribuirii conduitei părților răspunzătoare.

¹⁸² art. 3 din Proiectul de Convenție privind răspunderea organizațiilor internaționale ,care se află în curs de elaborare în cadrul Comisiei de Drept Internațional a ONU.

¹⁸³ Precizare: modul de reglementare a răspunderii statelor la nivel internațional pentru fapte ilicite constituie un model important pentru răspunderea organizațiilor internaționale.

¹⁸⁴ Răspunderea „-1. Părțile care au competență în virtutea art.5 al prezentei anexe vor răspunde pentru orice nerespectare a obligațiilor care decurg din convenție și pentru orice alte încălcări ale acesteia. -2. Orice stat parte poate cere unei organizații internaționale sau statelor sale membre, părți la convenție, să indice cui îi revine răspunderea într-un caz anumit. Organizația și statele membre interesate sunt obligate să comunice această

În practică, deși nu se întâmplă de multe ori, conduitele bilaterale sau chiar multiple nu pot fi excluse. Astfel atribuirea conduitei unei organizații, nu înseamnă că acea conduită nu ar putea fi atribuită unui stat, nici vice-versa, adică atribuirea unui comportament unui stat nu exclude atribuirea comportamentului unei organizații. De asemenea, există posibilitatea atribuirii conduitei la două sau mai multe organizații, de exemplu când se stabilește un organ comun. După cum am menționat anterior, organizația acționează prin anumite organe sau persoane oficiale. În acest sens Carta O.N.U. folosește termenul de organ, iar C.I.J. când se referă la statutul persoanelor care acționează pentru O.N.U., subliniază numai faptul că o persoană are funcții atribuite de un organ al O.N.U.. Curtea folosește termenul de agent și nu prezintă relevanță, dacă persoana are sau nu un statut oficial. În concluzie, în conformitate cu cele precizate de Curte, conduita Națiunilor Unite include pe lângă aceea a organelor principale și subsidiare și pe aceea a agenților. Termenul – agent - nu se referă numai la oficiali, ci cuprinde și persoanele care acționează pentru O.N.U. în baza funcțiilor atribuite de un organ al organizației. Ceea ce a stabilit C.I.J. este valabil pentru toate organizațiile. Distincția dintre organe și agenți nu este relevantă în problema imputabilității conduitei unei organizații. În orice caz organele sau agenții trebuie să acționeze în baza regulilor stabilite de organizație.

Imputabilitatea conduitei ilicite unei organizații a adus în discuție rolul Comunității Europene/Uniunii Europene în cadrul relațiilor internaționale în general și locul pe care aceasta îl ocupă în domeniul răspunderii internaționale în special. Datorită calității sale de subiect de drept internațional public, Comunitatea Europeană/Uniunea Europeană prezintă un interes deosebit în materia răspunderii organizațiilor internaționale, recunoscându-se în acest sens particularitățile activității desfășurate de aceasta.¹⁸⁵ Astfel se menționează că aceasta a fost mereu prezentată ca fiind

informație. Dacă nu o fac într-un termen rezonabil sau dacă ele comunică informații contradictorii, ele vor răspunde împreună, în mod solidar.”

¹⁸⁵ Luciana- Alexandra Ghica (coord.), Valentin Burada, Iuliana Conovici, Eugen Stancu, *Enciclopedia Uniunii Europene*, Ediția a III-a, Editura Meronia, București, 2007, p.47-., Termenul de Comunități Europene se folosește pentru a desemna trei organizații internaționale înființate în anii 50, predecesoare ale Uniunii Europene. Acestea sunt Comunitatea Europeană a Cărbunelui și Oțelului, Comunitatea Economică Europeană și Comunitatea Europeană a Energiei Atomice. După unificarea instituțiilor acestor organizații în 1967 printr-un tratat (Tratatul de la Bruxelles, 1965), noua entitate internațională s-a numit informal Comunitatea Europeană, dar cele trei Comunități au continuat să existe separat. În 1992, cea mai importantă dintre cele trei (CEE) și-a schimbat

o formă diferită de modelul clasic al organizațiilor internaționale. Comunitatea Europeană/Uniunea Europeană este o formă de asociere suprastatală între statele membre, un subiect de drept internațional cu o competență exclusivă pe scena internațională, în această calitate fiind parte la multe acorduri internaționale împreună cu statele membre, fiecare dintre acestea asumându-și răspunderea internațională în acord cu natura competențelor exercitate. Prin intermediul dreptului comunitar se stabilesc pe de o parte limitele acțiunii Comunității Europene la nivel intern, adică asupra teritoriului comunitar, dar și la nivel internațional, iar pe de altă parte limitele acțiunii statelor membre în funcție de domeniile în care acestea au rămas competente. Delimitarea competențelor între Comunitatea Europeană și statele membre se realizează în baza principiilor, încadrate în literatura de specialitate în categoria principiilor ce guvernează sistemul de competențe, și anume: principiului atribuirii de competență, principiul subsidiarității și principiul proporționalității.¹⁸⁶ În concluzie calitatea de subiect al răspunderii internațională a Comunității Europene/Uniunii Europene, precum și stabilirea limitelor răspunderii Comunității Europene/Uniunii Europene pe de o parte și a statelor membre pe de altă parte, este o problemă cu multe semne de întrebare care se dorește a fi clarificată prin munca depusă de grupul de lucru înputernicit cu elaborarea proiectului de articole privind răspunderea organizațiilor internaționale.

Răspunderea organizației este declanșată când conduita acesteia nu este conformă obligației indiferent de originea și caracterul obligației. În principiu, obligația trebuie să-și aibă originea în actele care stabilesc regulile organizațiilor. Obligația trebuie să fie în vigoare în momentul încălcării pentru a se putea vorbi de un comportament ilicit. Încălcarea poate consta într-o serie de acțiuni și omisiuni, în acest caz, încălcarea se extinde pe o perioadă mai lungă, începând cu prima acțiune sau omisiune și terminându-se cu ultima acțiune sau omisiune de eludare a regulilor.

numele în Comunitatea Europeană, iar în 2002 CECO a încetat să existe.” Prin Tratatul de la Maastricht s-a înființat Uniunea Europeană, entitate fără personalitate juridică, ce dispune de trei domenii de acțiune cunoscute sub denumirea de piloni. Art. A (3) din TUE stabilește următoarele: „ Uniunea se întemeiază pe Comunitățile Europene, completate cu politicile și formele de cooperare instituite prin prezentul tratat”.

¹⁸⁶ Raluca Bercea, *Drept comunitar. Principii*, Editura C.H.Beck, București, 2007, p.310.

O atenție deosebită s-a acordat în sesiunea din 2006 a C.D.I. cauzelor care exclud caracterul ilicit al faptului, precum și răspunderii unui stat membru pentru un fapt internațional ilicit al organizației internaționale.¹⁸⁷

În raportul prezentat în anul 2007, Raportorul Special, Giorgio Gaja, a adus în discuție trei probleme, și anume: conținutul răspunderii organizațiilor, formele de reparare a prejudiciului precum și cazul violărilor grave ale obligațiilor decurgând din normele imperative de drept internațional. Activitatea ulterioară, desfășurată în cadrul C.D.I., a avut ca obiect clarificarea modalităților de implementare a răspunderii organizațiilor internaționale, dar și condițiile și limitele în care se poate apela la contramăsuri.¹⁸⁸ Ultima parte a proiectului de articole privind răspunderea organizațiilor internaționale pentru faptele ilicite ale agenților lor a fost supusă comentariilor în anul 2009, C.D.I. considerând, cu această ocazie, că proiectul de articole este pregătit pentru a fi adoptat.¹⁸⁹

Bibliografie

1. M. Anghel, *Subiectele de drept internațional*, Ediția a II-a, revăzută și adăugită, Editura Lumina Lex, Buc. 2002
2. R. Bercea, *Drept comunitar. Principii*, Editura C.H. Beck, București, 2007
3. R. Miga-Besteliu, *Organizațiile internaționale interguvernamentale*, Editura ALL BECK, Buc, 2000
4. Luciana-Alexandra Ghica (coord.), Valentin Burada, Iuliana Conovici, Eugen Stancu, *Enciclopedia Uniunii Europene*, Ediția a III-a, Editura Meronia, București, 2007
5. D. Popescu, *Drept internațional public pentru învățământul la distanță și frecvență redusă*, Editura Universității Titu Maiorescu, București, 2005

¹⁸⁷ Aspectele prezentate sunt avute în vedere de C.D.I. în elaborarea unui Proiect privind răspunderea organizațiilor pentru fapte internaționale ilicite, proiect nefinalizat încă. Vezi în acest sens International Law Commission, Analytical Guide.

¹⁸⁸ Sixth report on responsibility of international organizations by Giorgio Gaja, International Law Commission, Sixtieth session, Geneva 2008.

¹⁸⁹ Seventh report on responsibility of international organizations by Giorgio Gaja, International Law Commission, Sixty-first session, Geneva 2009.

CIRCULAȚIA TITLURILOR EXECUTORII ÎN SPAȚIUL JUDICIAR EUROPEAN. DE LA BRUXELLES I LA REGULAMENTUL CE NR. 805/2004

Lector univ. dr. Gabriela RĂDUCAN
Universitatea Nicolae Titulescu București, Facultatea de Drept

ABSTRACT

The article presents an analysis of the rules on which the circulation of enforcement titles is based. The dynamics of these rules and their adaptability to a changing european context are reflected in the evolution of the legal framework, initially established by the Brussels Convention of September 27th 1968.

To illustrate this evolution, we begin by emphasizing the importance of the EC Regulation nr.44/2001(Chapter II), also known as „Brussels I”, and its’ novelty - the automatic recognition of judgments. The conditions for automatic recognition are detailed, as well as the actual extent of this principle, influenced, by the meaning given by the european legislators to the notions of „judgment” and „instance/court”.

The third chapter goes one step forward in what concerns the evolutive nature of legal provisions applicable to enforcement titles, as it focuses on the rules set up by the EC Regulation nr. 805/2004. After establishing its’ field of application, we pay close attention to the conditions for certification and issue of an european enforcement title, as well as to the corresponding procedure.

We end our approach on the subject showing the benefits of the EC Regulation nr. 805/2004 in comparison with prior legal provisions applicable in the matter.

titlu executoriu, recunoașterea și executarea hotărârilor, spațiul
judiciar european,

CAPITOLUL I - CONSIDERAȚII INTRODUCȚIVE PRIVIND CIRCULAȚIA TITLURILOR EXECUTORII ÎN ROMÂNIA ȘI ÎN SPAȚIUL COMUNITAR EUROPEAN

În ordinea legislativă actuală, prin efectul stipulațiilor convențiilor internaționale și aderării României la Uniunea Europeană, există mai multe regulamente privind circulația titlurilor executorii externe în spațiul european, fie acestea de natură judiciară sau extrajudiciară.

Legea română recunoaște eficacitatea titlurilor executorii judiciare care pot fi puse în executare în România după ce este urmată îndeaproape procedura de recunoaștere a acestora și se constată îndeplinirea tuturor condițiilor legale.

Există numeroase convenții și acorduri internaționale, dar printre cele mai importante este *Convenția de la Bruxelles* din 27 septembrie 1968 referitoare la competența jurisdicțională și recunoașterea hotărârilor în materie civilă și comercială. Chiar dacă scopul acestei convenții a fost acela de a facilita recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și „circulația” acestora în spațiul comunitar, s-a constatat că procedura era destul de greoaie și complicată, întârziind prea mult executarea silită a titlurilor executorii.

Din dorința de a simplifica și mai mult procedura de recunoaștere, a fost elaborat *Regulamentul (CE) nr. 44/2001 al Consiliului* din 22 decembrie 2000 *privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie civilă și comercială*¹⁹⁰, aplicabil de la 1 martie 2002, regulament menit să simplifice condițiile de recunoaștere reciprocă și de executare a hotărârilor între statele membre ale Uniunii Europene, deși aceste reguli au determinat apariția mai multor *chestiuni prejudiciale* în fața Curții de Justiție a Comunităților Europene.

De altfel, ulterior intrării în vigoare a Tratatului de la Amsterdam, Uniunea Europeană și-a propus, printre obiectivele prioritare, să stabilească progresiv un spațiu de libertate, de securitate și de justiție, adoptând măsuri importante în domeniul cooperării judiciare în materie civilă, dispoziții care sunt necesare bunei funcționări a pieței interne.

Potrivit art. 65 pct. c) din tratat, aceste măsuri trebuie să prevadă și eliminarea obstacolelor în calea bunei desfășurări a procedurilor civile,

¹⁹⁰ J.O. nr. L 12 din 16 ianuarie 2001, p. 1, astfel cum a fost modificat ultima dată prin Regulamentul (CE) nr. 1496/2002 al Comisiei (J.O. nr. L 225 din 22 august 2002, p. 13).

răspunzând și cerinței compatibilizării regulilor de procedură aplicabile în statele membre¹⁹¹.

La 3 decembrie 1998, Consiliul a adoptat un plan de acțiune al Consiliului și al Comisiei privind normele optime de punere în practică a dispozițiilor Tratatului de la Amsterdam privind instituirea unui spațiu de libertate, securitate și justiție¹⁹² (Planul de acțiune de la Viena).

Tot astfel, în cursul întrunirii de la Tampere din 15 și 16 octombrie 1999, Consiliul European a aprobat principiul recunoașterii reciproce a hotărârilor judecătorești ca „piatră de temelie pentru crearea unui adevărat spațiu judiciar”, iar la data de 30 noiembrie 2000, Consiliul a adoptat un program privind măsurile de punere în practică a principiului recunoașterii reciproce a hotărârilor în materie civilă și comercială¹⁹³. Acest program prevede într-o primă fază eliminarea procedurii de *exequatur* și crearea unui *titlu executoriu european* pentru creanțele necontestate.

În spiritul aceleiași preocupări declarate la Tampere, s-a emis și *Regulamentul (CE) nr. 1206/2001* al Consiliului din 28 mai 2001 *privind cooperarea între instanțele statelor membre în domeniul obținerii de probe în materie civilă sau comercială*.

Totodată, *Regulamentul (CE) nr. 1347/2000* al Consiliului din 29 mai 2000¹⁹⁴ stabilea, la rândul său, normele *privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie matrimonială și în materia răspunderii părintești față de copiii comuni, pronunțate cu ocazia acțiunilor matrimoniale*, iar conținutul acestui regulament a fost preluat în mare parte din Convenția din 28 mai 1998 având același obiect¹⁹⁵.

Apoi, un sistem simplificat de recunoaștere a hotărârilor judecătorești este prevăzut și de *Regulamentul (CE) nr. 2201 din 27 noiembrie 2003* al Consiliului *privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie matrimonială și în materia răspunderii părintești* de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1347/2000.

Astfel, la data de 3 iulie 2000, Franța a prezentat o inițiativă în vederea adoptării unui regulament al Consiliului privind executarea

¹⁹¹ I. Deleanu, op. cit., p. 213.

¹⁹² J.O. nr. C 19 din 23 ianuarie 1999, p. 1.

¹⁹³ J.O. nr. C 12 din 15 ianuarie 2001, p. 1.

¹⁹⁴ J.O. nr. L 160 din 30 iunie 2000, p. 19.

¹⁹⁵ La momentul adoptării Regulamentului (CE) nr. 1347/2000, Consiliul a luat notă de raportul explicativ privind convenția, elaborat de doamna profesor Alegria Borrás (J.O. nr. C 221 din 16 iulie 1998, p. 27).

reciprocă a hotărârilor judecătorești privind dreptul de vizită a copiilor¹⁹⁶. În vederea garantării egalității tuturor copiilor, a apărut *Regulamentul (CE) nr. 2201 din 27 noiembrie 2003*, având scopul de a reglementa toate hotărârile judecătorești în materia răspunderii părintești, inclusiv măsurile de protecție a copilului, independent de orice legătură cu o procedură matrimonială. Întrucât aplicarea normelor în materia răspunderii părintești survine adesea în cadrul acțiunilor matrimoniale, s-a apreciat că este mai indicat să existe un singur instrument în materie de divorț și în materie de răspundere părintească. Totodată, s-a stabilit că domeniul de aplicare a noului regulament reglementează materiile civile, *oricare ar fi natura instanței*.

Astfel, în preambulul regulamentului se precizează expres:

„8. În ceea ce privește *hotărârile judecătorești de divorț, de separare de corp sau de anulare a căsătoriei*, prezentul regulament ar trebui să se aplice numai desfacerii unei legături matrimoniale și nu ar trebui să reglementeze probleme precum cauzele de divorț, efectele patrimoniale ale căsătoriei sau alte eventuale măsuri accesorii.

9. În ceea ce privește *bunurile copilului*, prezentul regulament ar trebui să se aplice numai măsurilor de protecție a copilului, anume: (i) desemnării și atribuțiilor unei persoane sau ale unui organism însărcinat să administreze bunurile copilului, să îl reprezinte și să îl asiste și (ii) măsurilor privind administrarea, conservarea sau dispoziția cu privire la bunurile copilului. În acest context și cu titlu de exemplu, prezentul regulament ar trebui să se aplice cazurilor în care părinții sunt în litigiu în legătură cu administrarea bunurilor copilului. *Măsurile privind bunurile copilului care nu privesc protecția copilului* ar trebui să fie reglementate în continuare de *Regulamentul (CE) nr. 44/2001* al Consiliului din 22 decembrie 2000 privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie civilă și comercială¹⁹⁷.

10. Prezentul regulament *nu se aplică acelor materii care privesc securitatea socială, măsurilor de drept public cu caracter general în materie de educație și de sănătate, nici hotărârilor privind dreptul de azil și imigrarea*. În plus, prezentul regulament nu se aplică *nici stabilirii filiației*, care este o problemă separată de atribuirea răspunderii părintești, și nici altor probleme legate de starea persoanelor. Acesta nu se aplică *nici măsurilor luate ca urmare a faptelor penale săvârșite de către copii*.

¹⁹⁶ J.O. nr. C 234 din 15 august 2000, p. 7.

¹⁹⁷ J.O. nr. L 12 din 16 ianuarie 2001, p. 1, astfel cum a fost modificat ultima dată prin Regulamentul (CE) nr. 1496/2002 al Comisiei (J.O. nr. L 225 din 22 august 2002, p. 13).

11. *Obligațiile de întreținere se exclud din domeniul de aplicare a prezentului regulament, deoarece sunt deja reglementate de Regulamentul (CE) nr. 44/2001. În general, instanțele competente în temeiul prezentului regulament vor avea competența de a hotărî în materie de obligații de întreținere prin aplicarea art. 5 pct. 2 din Regulamentul (CE) nr. 44/2001 (...)*” (s.n.).

În ceea ce privește *recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești* pronunțate într-un stat membru, se stipulează că ar trebui să se bazeze pe principiul încrederii reciproce, iar motivele de refuz al recunoașterii ar trebui reduse la minimumul necesar. Tot astfel, *actele autentice și acordurile între părți care sunt executorii* într-un stat membru ar trebui asimilate „hotărârilor judecătorești” în scopul aplicării normelor de recunoaștere și de executare.

În concluziile sale, la pct. 34, Consiliul European de la Tampere a estimat în că hotărârile judecătorești pronunțate în litigiile care țin de dreptul familiei ar trebui „recunoscute automat în întreaga Uniune fără procedură intermediară sau motive de refuz al executării”, astfel încât hotărârile privind *dreptul de vizită* și cele privind *înapoierea copilului*, care au fost certificate în statul membru de origine în conformitate cu dispozițiile din noul regulament, ar trebui să fie recunoscute și să fie executorii în toate celelalte state membre, fără a mai fi necesară vreo altă procedură. Procedura de executare a acestor hotărâri judecătorești rămâne cea reglementată de dreptul intern al fiecărui stat membru.

Preambulul regulamentului face trimitere și la *Rețeaua Judiciară Europeană în materie civilă și comercială* creată prin Decizia nr. 2001/470/CE a Consiliului din 28 mai 2001 de creare a unei Rețele Judiciare Europene în materie civilă și comercială¹⁹⁸.

Prin Directiva nr. 2003/8/CE a Consiliului din 27 ianuarie 2003 s-au fixat reguli de *îmbunătățire a accesului la justiție în litigiile transfrontaliere* prin stabilirea unor norme minime comune privind asistența judiciară acordată în astfel de litigii.

Regulamentul (CE) nr. 805/2004 al Parlamentului European și al Consiliului din 21 aprilie 2004 *privind crearea unui titlu executoriu european pentru creanțele necontestate* a recunoscut pentru prima dată eficacitatea imediată a hotărârilor executorii în interiorul teritoriului Comunității Europene (cu excepția Danemarcei), a titlurilor executorii

¹⁹⁸ J.O. nr. L 174 din 27 iunie 2001, p. 25.

relative la „creanțele necontestate”, de care ne-am ocupat pe larg la secțiunea privind *titlul executoriu european*.

Ulterior, s-au emis *Regulamentul (CE) nr. 1896/2006* al Parlamentului European și al Consiliului din 12 decembrie 2006 *de instituire a unei proceduri europene de somație de plată*, precum și *Regulamentul (CE) nr. 861 din 11 iulie 2007 privind cererile cu valoare redusă în materie civilă și comercială*¹⁹⁹.

Anterior acestor regulamente, la data de 20 decembrie 2002, Comisia a adoptat o *Carte Verde* cu privire la o procedură europeană de somație de plată și privind măsuri de simplificare și accelerare a litigiilor cu privire la cererile cu valoare redusă, avându-se în vedere faptul că recuperarea rapidă și eficientă a creanțelor cu privire la care nu există niciun litigiu în desfășurare are o importanță primordială pentru operatorii economici din Uniunea Europeană, întrucât întârzierile la plată constituie una din principalele cauze de insolvență care amenință continuitatea activității întreprinderilor, în special a întreprinderilor mici și mijlocii, provocând și pierderea a numeroase locuri de muncă.

Este adevărat că toate statele membre încearcă să abordeze problema procedurilor colective de recuperare de creanțe necontestate prin intermediul unei proceduri simplificate de somație de plată, dar s-a observat că atât conținutul legislației naționale, cât și eficacitatea procedurilor interne variază considerabil de la un stat la altul.

De asemenea, procedurile existente în prezent sunt adesea fie inadmisibile, fie nepractice în litigiile transfrontaliere. Barierele în calea accesului la o justiție eficientă care rezultă din această situație în litigiile transfrontaliere, precum și denaturarea concurenței în cadrul pieței interne din cauza dezechilibrelor în funcționarea instrumentelor procedurale puse la dispoziția creditorilor în diferite state membre fac necesară o legislație comunitară care să garanteze condiții identice creditorilor și debitorilor pe tot cuprinsul Uniunii Europene.

Scopul emiterii acestor regulamente este de a simplifica, de a accelera și de a reduce costurile de procedură în cauzele transfrontaliere referitoare la creanțele pecuniare necontestate, prin instituirea unei proceduri europene de somație de plată (România avea o astfel de procedură

¹⁹⁹ Regulamentul este obligatoriu pentru toate statele Uniunii Europene, exceptând Danemarca. Este vorba de un instrument comunitar „de categoria a doua”, care nu își propune să armonizeze diferitele sisteme procesuale naționale [cum se întâmplă la Regulamentul (CE) nr. 44/2001], ci mai degrabă să creeze o procedură comună, identică pentru toate statele membre (n.a.).

privind somația de plată – O.G. nr. 5/2001 – n.a.), de a asigura libera circulație a somațiilor europene de plată în cadrul tuturor statelor membre, prin stabilirea unor standarde minime pentru respectarea cărora nu mai este necesară nicio procedură intermediară în statul membru de executare înaintea recunoașterii și executării, respectiv de a dota toate statele membre cu o procedură mai simplă și (de dorit) mai rapidă pentru soluționarea litigiilor privind cererile cu valoare redusă (de maxim 2000 de euro – n.a.).

Într-adevăr, înainte de intervenția legiuitorului comunitar, doar legislația națională a anumitor sisteme juridice europene (printre care nu figurează România – n.a.) prevedea proceduri *ad-hoc* și rapide pentru litigiile privind *cererile cu valoare redusă*.

Existența, în interiorul spațiului judiciar comun, a unor instrumente judiciare la dispoziția creditorilor cu grade de eficiență substanțial diferite a fost considerată de legiuitorul comunitar drept o cauză de dezechilibru capabilă să determine o „distorșiune a concurenței în piața internă”²⁰⁰. De aici necesitatea unei intervenții comunitare. Astfel, Regulamentul (CE) nr. 861/2007 a devenit aplicabil începând cu data de 1 ianuarie 2009 la litigiile care îndeplinesc, cumulată, cele trei condiții indicate mai jos:

a) trebuie să fie vorba de litigii existente în „materie civilă și comercială”, potrivit noțiunii delimitate de activitatea interpretativă a Curții de Justiție referitor la Convenția de la Bruxelles și la Regulamentul (CE) nr. 44/2001, cu excepția conformării la prevederea de la art. 2 pct. 2 din Regulamentul (CE) nr. 861/2007, potrivit căreia sunt în orice caz excluse din cadrul de aplicare a procedurii europene în comentariu litigiile privind: starea sau capacitatea juridică a persoanelor fizice; regimul patrimonial al soților, testamentele și succesiunile și obligațiile de întreținere; falimentele, procedurile referitoare la lichidarea de societăți sau alte persoane juridice insolvabile, acordurile judiciare, concordatele și procedurile înrudite cu acestea; asigurări sociale; arbitrajul.

Până la acest punct există o coincidență cu materiile excluse din cadrul de operativitate al Regulamentului (CE) nr. 44/2001. Totuși, prevederea de la art. 2 pct. 2 din Regulamentul (CE) nr. 861/2007 merge mai departe, excluzând din cadrul de aplicare a procedurii pentru litigiile privind cererile cu valoare redusă tipologii de litigiu care sunt, în schimb, cuprinse în „materia civilă și comercială”, în caz de aplicare a Regulamentului (CE)

²⁰⁰ Astfel se exprimă considerentul nr. 7 cu privire la cele expuse în Raportul la Propunerea de regulament a Parlamentului European și a Consiliului care instituie o procedură pentru litigiile privind cererile cu valoare redusă (n.a.).

nr. 44/2001. Este vorba despre: dreptul muncii; închirierea de imobile (inclusiv locațiunea), cu excluderea litigiilor încadrate în această materie, dar având ca obiect exclusiv constatarea și obligarea la plata unor sume de bani care au „titlu” în acest raport juridic; drepturi de despăgubire derivând din violarea vieții private și a drepturilor personalității, inclusiv calomnia.

În fine, rămân excluse din cadrul de aplicare a Regulamentului (CE) nr. 861/2007: materia fiscală, cea vamală și administrativă, precum și răspunderea statului pentru acte și omisiuni în exercitarea puterilor publice;

b) litigiul existent în „materie civilă și comercială” trebuie de asemenea să fie de o valoare nu mai mare de 2000 euro (fără dobânzi, taxe și cheltuieli) la data la care organul jurisdicțional primește cererea²⁰¹.

Lecturarea anexei I la Regulamentul (CE) nr. 861/2007 ne permite să fim și mai punctuali, permițându-ne, într-adevăr, să afirmăm că acest regulament se ocupă doar de tutela jurisdicțională a litigiilor a căror valoare nu depășește 2000 euro referitoare la „pretențiile creditorilor” de plată a unei sume de bani, la predarea (livrarea) unei cantități determinate de lucruri (mărfuri) fungibile sau la predarea unui lucru determinat [dar nu poate fi vorba de predarea unui imobil, conform art. 2 lit. g) din Regulamentul (CE) nr. 861/2007];

c) în fine, trebuie să fie vorba de un litigiu „transfrontalier”, prin acesta înțelegându-se litigiul în care ce puțin una dintre cele două părți – ori reclamantul, ori pârâtul (sau unul dintre pârâți) – să aibă domiciliul sau reședința obișnuită într-un stat membru, altul decât cel în care se află organul judiciar sesizat [art. 3 din Regulamentul (CE) nr. 861/2007].

În ceea ce privește noțiunea de „domiciliu”, aceasta trebuie stabilită pe baza prevederilor Regulamentul (CE) nr. 44/2001 [art. 3 pct. 2 din Regulamentul (CE) nr. 861/2007].

Tot în vederea simplificării procedurilor judiciare care interesează statele membre, s-a emis și *Regulamentul (CE) nr. 1393/2007* al Parlamentului European și al Consiliului din 13 noiembrie 2007 privind *notificarea sau comunicarea în statele membre a actelor judiciare și*

²⁰¹ Această limită privind valoarea litigiului, considerată prea mică de guvernele unor state membre, în special dacă e comparată cu suma la care se ridică cheltuielile de susținut pentru începerea procesului (cum, de exemplu, s-a exprimat Guvernul englez), este susceptibilă de a fi majorată, în caz de bună funcționare a Regulamentului (CE) nr. 861/2007. Se deduce acest lucru din exprimarea art. 28 din Regulamentul (CE) nr. 861/2007, care prevede ca până la 1 ianuarie 2014 Comisia să transmită Parlamentului European, Consiliului și Comitetului Economic și Social un raport detaliat care să reexamineze aplicarea procedurii europene pentru litigiile cu valoare redusă „și în ceea ce privește valoarea limitei litigiului, conform art. 2 pct. 1” (n.a.).

extrajudiciare în materie civilă sau comercială („notificarea sau comunicarea actelor”).

În fine, de mare actualitate, s-a emis *Regulamentul (CE) nr. 4/2009* al Consiliului din 18 decembrie 2008 *privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor și cooperarea în materie de obligații de întreținere.*

În cadrul *Conferinței de drept internațional privat de la Haga*, Comunitatea și statele membre ale acesteia au participat la negocieri în urma cărora s-a ajuns, la 23 noiembrie 2007, la adoptarea *Convenției de la Haga* privind obținerea pensiei de întreținere în străinătate pentru copii și alți membri ai familiei (denumită în continuare „*Convenția de la Haga din 2007*”) și a Protocolului privind legea aplicabilă obligațiilor de întreținere (denumit în continuare „*Protocolul de la Haga din 2007*”), lucrările acesteia servind drept sursă de inspirație și Regulamentului (CE) nr. 4/2009.

CAPITOLUL II – TITLUL EXECUTORIU ÎN SISTEMUL REGULAMENTULUI (CE) NR. 44/2001 PRIVIND COMPETENȚA JUDICIARĂ, RECUNOAȘTEREA ȘI EXECUTAREA HOTĂRÂRI-LOR JUDECĂTOREȘTI ÎN MATERIE CIVILĂ ȘI COMERCIALĂ

2.1. Recunoașterea și executarea hotărârilor emise într-un stat membru conform Regulamentului CE nr. 44/2001

O primă observație care se impune este aceea că Regulamentul nu se ocupă exclusiv de reglementarea recunoașterii sau executării hotărârilor pronunțate de o instanță națională pe baza regulilor de competență jurisdicțională amintite anterior, ci privește toate hotărârile emise într-unul dintre statele membre. Altfel spus, există posibilitatea ca jurisdicția instanței naționale să subziste, dar nu pe baza unuia dintre criteriile stabilite în Regulament, ci în virtutea unei discipline proprii a statului membru, însă, chiar într-o astfel de ipoteză vor fi aplicabile tot dispozițiile prevăzute în Regulament în materie de recunoaștere și eficacitate.

Principiul fundamental statuat de art. 33 alin.(1) din Regulament este acela potrivit căruia *”hotărârile admise într-un stat membru sunt recunoscute în statele membre fără a fi necesară recurgerea la vreo procedură”*.

Totodată, prin art. 32 din Regulament se precizează că *”prin hotărâre se înțelege, indiferent de denumirea folosită, orice hotărâre*

pronunțată de o instanță dintr-un stat membru, cum ar fi, de exemplu, decizie, sentință, ordonanță sau mandat de executare, precum și stabilirea de către un grefier a cheltuielilor de judecată”. Trebuie remarcat că această dispoziție (conținută și în art. 25 din Convenția de la Bruxelles) dorește să identifice noțiunilor de ”hotărâre” și de ”instanță”, așa cum trebuie înțelese acestea în planul dreptului comunitar european. În noțiunea de hotărâre de la art. 32 intră atât măsurile de conservare, cât și pronunțările emise în contextul de proceduri cu structură rapidă, precum și măsurile necontențioase asimilabile jurisdicției voluntare. În acest sens sunt considerate ”hotărâri” recunoscutibile și ordonanțele privind somații de plată.

În ceea ce privește noțiunea de ”instanță”, hotărârea trebuie să fie emisă de un organ jurisdicțional care aparține unui stat-parte și care decide cu autoritate proprie asupra problemelor controversate între părți, o autoritate jurisdicțională care este independentă față de celelalte puteri ale statului, iar pronunțarea este dată ca rezultat al unui proces ce respectă principiul contradictorialității și drepturile apărării.

2.2. Caracterul recunoașterii imediate și al executorialității de drept

Principiul recunoașterii automate nu privește orice efect al hotărârii și nu e lipsită de condiții, astfel că se impune să analizăm cu prioritate întinderea efectivă a acestui principiu fundamental prevăzut în art. 33 alin. (1) din Regulament.

În primul rând, trebuie subliniat faptul că recunoașterea automată vizează exclusiv *eficacitatea* hotărârii în plan constitutiv sau de constatare a acesteia, iar nu și a executorialității acesteia, argument care rezidă din interpretarea dispozițiilor art. 38 alin.(1), conform căruia, atunci când partea interesată intenționează să execute o hotărâre emisă într-un stat membru trebuie să solicite declanșarea procedurii de punere în executare silită a acesteia, potrivit unei proceduri speciale, reglementate de art. 39 și următoarele din Regulament, hotărârea nefiind executorie de drept.²⁰²

În al doilea rând, trebuie observat că nu este necesar ca hotărârea a cărei recunoaștere și punere în executare se solicită să fie deja în putere de lucru judecat. Astfel, dacă în dreptul nostru intern, caracterul executoriu al unei hotărâri este în directă legătură și condiționare cel puțin cu *autoritatea*

²⁰² Vom vedea ulterior, cum prin intrarea în vigoare a Regulamentului CE nr.804/2004, hotărârea poate constitui direct titlu executoriu european, fiind eliminată procedura *exequatur*-ul existent în Regulamentul CE nr.44/2001 (n.n.)

de lucru judecat (puterea de lucru judecat *provizorie*) – în cazul hotărârilor definitive, dar care nu sunt încă irevocabile, fiind deschisă calea recursului – sau cu puterea deplină de lucru judecat – în cazul hotărârilor irevocabile – trebuie să remarcăm această particularitate a regulii comunitare, care oferă executorialitate chiar și unei hotărâri care nu este definitivă și nu stă încă în putere de lucru judecat. În acest sens, dispozițiile art. 37 alin.(1) din Regulament, prevăd puterea instanței înaintea căreia se solicită recunoașterea, *de a suspenda procedura*, în ipoteza în care se face dovada că hotărârea a fost atacată.

În doctrină²⁰³ s-a precizat că aceasta nu înseamnă că, în aplicarea dreptului comunitar, orice hotărâre ar fi aptă să producă efecte constitutive și de constatare, indiferent de regimul juridic al acesteia, dictat de disciplina procesuală a statului membru de origine. Recunoașterea trebuie să aibă ca efect „de a atribui hotărârilor autoritatea și eficacitatea pe care acestea le îmbracă în statul în care au fost pronunțate”²⁰⁴. Astfel, distingem o dublă interpretare:

a) acolo unde în statul de origine (de exemplu, în Belgia, în Franța și în sistemele juridice anglo-saxone) efectele de constatare se produc chiar mai înainte de trecerea hotărârii în puterea lucrului judecat, ea va putea să fie recunoscută în cadru comunitar, chiar dacă este susceptibilă sau face obiectul unei căi de atac.

b) de cealaltă parte, acolo unde în țara de origine (ca Italia, Germania, în parte și România) efectele constitutive sau de constatare²⁰⁵ ale hotărârii se produc numai după trecerea în puterea lucrului judecat (provizorie sau deplină, după caz), recunoașterea e împiedicată atunci când sunt încă deschise căile de atac ordinare.

O a treia chestiune în discuție, privește incontestabilitatea hotărârii a cărei recunoaștere și punere în executare silită se cere. Mai exact, recunoașterea automată a efectelor constitutive și de constatare a hotărârii, este condiționată de lipsa oricărei contestări. Necesitatea de a obține o pronunțare adecvată de recunoaștere e prevăzută într-adevăr „în caz de contestare”, iar procedura poate fi promovată atât pe cale principală potrivit art. 33 alin. (2) din Regulament (de pildă, în cazul unei contestări

²⁰³ C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, vol.I, *I soggetti e gli atti*, Giappichelli Editore, Torino, 2008, p.165

²⁰⁴ A se vedea *Raportul Jenard* la Convenția de la Bruxelles din 1968 (n.n.)

²⁰⁵ A nu se înțelege că avem în vedere hotărârile pronunțate în acțiunile în constatare propriu-zise, întemeiate pe art.111 C.proc.civ. român, care nu sunt susceptibile de executare silită (n.n.)

extrajudiciare a hotărârii), cât și pe cale incidentală conform art. 33 alin. (3), atunci când contestarea se produce în cursul unui proces în care s-a invocat hotărârea străină.²⁰⁶

În cazul în care se dorește obținerea declarației de recunoaștere sau de executorialitate a hotărârii *pe cale principală*, atât condițiile de împiedicare a recunoașterii sau a executorialității, cât și procedura de urmat sunt identice. A se vedea, în acest sens, prevederile art. 33 alin. (2), potrivit cărora, în cazul unei contestații, orice parte interesată să obțină pe cale principală declarația de recunoaștere trebuie să acționeze conform ”procedurii din secțiunile 2 și 3”, care dictează regulile pentru declararea executorialității și, respectiv, unele ”dispoziții comune”, referitoare atât la disciplina ”recunoașterii” din secțiunea 1, cât și cea a ”executării” din secțiunea 2.

Însă, atunci când recunoașterea este invocată pe *cale incidentală*, această procedură nu e utilizabilă, ci, potrivit art. 33 alin.(3), aceeași instanță înaintea căreia este în curs procesul în care a fost invocată hotărârea străină, este competentă să se pronunțe și asupra recunoașterii acesteia (o aplicație particulară a principiului *accessorium sequitur principale*).

Trebuie observat că art. 33 alin.(3) atribuie instanței - în fața căreia se intenționează a se face uz de eficacitatea pronunțării străine - competența de a decide asupra cererii de recunoaștere, atunci când partea interesată solicită respectivei instanțe o hotărâre cu eficacitate de lucru judecat privind recunoașterea pronunțării. Practic, din această perspectivă, partea care intenționează să se prevaleze de efectele hotărârii străine în cadrul unui proces *pendinte* are deschise două posibilități: fie să se limiteze la a solicita instanței să verifice dacă operează o recunoaștere automată, printr-o constatare care are o eficacitate restrânsă la acel proces, fie să solicite instanței să constate această recunoaștere cu eficacitate maximă, de lucru judecat .

Pe de altă parte, art. 45 alin.(1), prevede că instanța nu poate refuza o hotărâre de încuviințare a executării decât ” *pentru unul din motivele prevăzute la articolele 34 și 35* ” - adică dispozițiile care stabilesc condițiile

²⁰⁶ Articolul 33 din Regulamentul CE nr.44/2001 dispune: ” (1) O hotărâre pronunțată într-un stat membru este recunoscută în celelalte state membre fără să fie necesar să se recurgă la nici o procedură specială. (2) În cazul unei contestații, orice parte interesată care invocă pe cale principală recunoașterea unei hotărâri poate solicita, în conformitate cu procedurile prevăzute în secțiunile 2 și 3 din prezentul capitol, ca hotărârea să fie recunoscută.(3) Dacă recunoașterea este invocată pe cale incidentală înaintea unei instanțe a unui stat membru, aceasta din urmă este competentă în materie.”

de refuz la recunoașterea hotărârilor -, iar potrivit 45 alin.(2) „hotărârea pronunțată în străinătate nu poate fi revizuită pe fond în nici o situație”. Cu alte cuvinte, rolul instanței pare destul de restrâns, limitat la verificarea condițiilor generale impuse de Regulament.

2.3. Situațiile care pot împiedica recunoașterea și executarea

Regulamentul stabilește la art. 34 și 35 condițiile care, pe de o parte constituie un obstacol în recunoașterea hotărârilor, iar pe de altă parte, prin norma de trimitere de la art. 45, pot să conducă la respingerea sau la revocarea deciziei de încuviințare a executării.

Conform art.34 din Regulament o hotărâre nu este recunoscută:

1) dacă recunoașterea e vădit contrară ordinii publice a statului membru solicitat;

2) dacă cererea de chemare în judecată (sau un alt act echivalent) nu a fost comunicată sau notificată pârâtului care nu s-a înfățișat în fața instanței în timp util și într-o manieră care să-i permită acestuia să-și pregătească apărarea, dacă pârâtul nu a atacat hotărârea atunci când a avut posibilitatea să o facă;

3) dacă hotărârea e ireconciliabilă cu o hotărâre pronunțată într-un litigiu între aceleași părți în statul membru solicitat;

4) dacă hotărârea e ireconciliabilă cu o hotărâre pronunțată anterior într-un alt stat membru sau într-un stat terț între aceleași părți, într-un litigiu având același obiect și aceeași cauză, cu condiția ca hotărârea pronunțată anterior să întrunească condițiile necesare pentru a fi recunoscută în statul membru solicitat.

Potrivit art. 35 alin. (1), un motiv ulterior care împiedică recunoașterea este încălcarea normelor privind competența conținute în secțiunile 3 (în materie de asigurări), 4 (în materie de contracte încheiate de consumatori) și 6 (competențe exclusive) din capitolul II al Regulamentului, precum și în ”cazul prevăzut la articolul 72²⁰⁷”.

²⁰⁷ Potrivit art.72 din Regulamentul CE nr.44/2001, „Prezentul regulament nu aduce atingere acordurilor prin care statele membre s-au angajat, înainte de intrarea în vigoare a prezentului regulament, în conformitate cu articolul 59 din *Convenția de la Bruxelles*, să nu recunoască o hotărâre pronunțată, în special în alt stat contractant parte la convenția respectivă, împotriva pârâtului care are domiciliul sau reședința obișnuită într-o țară terță dacă, în cazurile prevăzute la articolul 4 din convenție, hotărârea nu s-a putut întemeia decât pe competența menționată la articolul 3 al doilea paragraf din convenția respectivă. ”

Una dintre condițiile - *obstacol în recunoaștere*, care cel mai adesea sunt obiect de apreciere din partea jurisprudenței, este cea de la art. 34 pct. 1, privind conflictul cu ordinea publică.

În acest sens, pe cale preliminară, trebuie amintit că în doctrină s-a observat că ideea unui spațiu juridic european comun, și în general a unui ”veritabil mediu fără frontiere”, presupun o comunitate de state care împărtășesc aceleași principii fundamentale, așa încât apare contradictoriu să se prevadă contrarietatea cu ordinea publică internă ca și condiție care împiedică recunoașterea²⁰⁸

În ceea ce privește noțiunea de *ordine publică*, a existat o opinie doctrinară minoritară potrivit căreia, din moment ce printre motivele de refuz la recunoaștere există unul dedicat în mod expres procesului (art. 34, pct. 2), această ordine nu s-ar extinde la așa-zisa *ordine publică procesuală*. Însă, doctrina majoritară precum și jurisprudența rețin că, exceptând motivul specific de la art. 34 pct. 1, *orice încălcare* a ordinii publice procesuale constituie un impediment la recunoaștere. Astfel, urmează să reținem că prevederea refuzului recunoașterii unei hotărâri străine din cauza contrarietății cu ordinea publică nu se referă doar la conținutul hotărârii, „ci și la procedura sa formativă”²⁰⁹.

Contrarietatea - care constituie refuz la recunoaștere - este cea cu ordinea publică a statului membru în care este invocată recunoașterea, astfel că aprecierea a ceea ce constituie această ordine publică trebuie să se facă distinct, pentru fiecare sistem juridic în parte. Însă, în același timp, trebuie să reținem și așa-zisa ordine publică comunitară, exprimată într-o serie de principii care trebuie să fie respectate, indiferent de particularitățile fiecărui sistem juridic în parte. Astfel, este vorba de principiile fundamentale ale omului consacrate de C.E.D.O., precum și de principiile substanțiale ale dreptului comunitar, care pot fi extrase direct din normele de instituire ale Comunităților europene sau din principiile comune pentru cea mai mare parte a sistemelor juridice a statelor comunitare. În acest sens, de exemplu, Curtea de justiție a reținut că un principiu fundamental al sistemului juridic comunitar îl constituie cel în materie de *antitrust* de la art. 81 al Tratatului CE²¹⁰.

²⁰⁸ A se vedea, E.D Alessandro, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Giappichelli Editore -Torino, 2007, p.367

²⁰⁹ C. Punzi, *op.cit.*, p.167

²¹⁰ C.J.C.E., 1 iunie 1999, C-126/97

În doctrină²¹¹ s-a mai reținut că nu intră în sfera acestei prevederi nici dreptul de a ataca sentința, nici obligația motivării hotărârii, astfel că incidența acestor neajunsuri procesuale nu pot constitui o limită în recunoașterea hotărârii străine.

2.4. Câteva precizări în legătură cu procedura de recunoaștere și de executare

Procedura pentru a obține recunoașterea sau declarația de executorialitate cunoaște două faze.

Prima fază este necesară și se desfășoară la inițiativa părții interesate în recunoaștere sau în declararea caracterului executoriu, care trebuie să depună o cerere la instanța competentă din punct de vedere teritorial conform art. 39 alin. (2), anexând o ”copie a hotărârii care să îndeplinească toate condițiile de autenticitate” și, în caz de cerere pentru declararea executorialității, și certificatul de la art. 54, adică un certificat eliberat, la cererea părții, de instanța sau de autoritatea competentă a statului membru în care a fost emisă hotărârea.

În ceea ce privește **instanța competentă**, potrivit dispozițiilor art.39 alin.(1) din Regulament, „cererea se depune la instanța sau la autoritatea competentă indicată în lista din *anexa II*” de fiecare stat membru în parte.

Pentru România, potrivit Legii nr. 191/2007 pentru aprobarea O.U.G. nr. 119/2006 privind unele măsuri necesare pentru aplicarea unor regulamente comunitare de la data aderării României la Uniunea Europeană, în privința aplicării Regulamentului nr. 44/2001, cererile pentru recunoașterea, precum și cele pentru încuviințarea executării silite pe teritoriul României a hotărârilor în materie civilă și comercială, pronunțate într-un alt stat membru al Uniunii Europene, sunt de competența **tribunalului**. Hotărârea astfel pronunțată este susceptibilă exclusiv de *recurs*.

În cazul hotărârilor judecătorești pronunțate în România și pentru care se solicită recunoașterea sau încuviințarea executării într-un alt stat membru al Uniunii Europene, competența de a emite, potrivit art. 54 din Regulamentul nr. 44/2001, certificatul prevăzut în *anexa V* a Regulamentului aparține *primei instanțe care a pronunțat hotărârea respectivă*.

În ipoteza în care, potrivit art. 57 din Regulamentul nr. 44/2001, se solicită recunoașterea sau încuviințarea executării pe teritoriul unui alt stat membru al Uniunii Europene a unui act autentic, care - potrivit legii române

²¹¹ E.D Alessandro, *op.cit.*, p.138, M. De Cristofaro, T.Kofler, *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C.Consolo e F.P.Luiso, ediția a 3-a, Milano, 2007, p.5565

- este executoriu, competența de a emite certificatul prevăzut în *anexa VI* din același regulament aparține *judecătoriei* în a cărei circumscripție se află emitentul actului.

În cazul în care se solicită recunoașterea sau încuviințarea executării pe teritoriul unui alt stat membru al Uniunii Europene a unei hotărâri pronunțate de instanța română, în condițiile legii, pentru încuviințarea unei tranzacții judiciare, competența de a emite, potrivit art. 58 din Regulamentul nr. 44/2001, certificatul prevăzut în anexa V din același regulament aparține acelei instanțe.²¹²

Din punct de vedere al competenței teritoriale interne, art.39 alin.(2) din Regulament, indică instanța de la domiciliul părții împotriva căreia se solicită executarea sau de locul de executare.

Procedura este una *necontencioasă*, iar instanța declară imediat recunoașterea sau executivitatea pe baza unui simplu control formal al respectării prevederilor art. 53 și „fără nicio examinare, conform articolelor 34 și 35” (art. 41). În acest sens s-a observat²¹³ pe bună dreptate că recunoașterea și executivitatea sunt *cvasi* automate, având în vedere că cererea poate fi respinsă doar pentru faptul că documentația prezentată e incompletă și în neregulă, pentru că materia nu aparține domeniului civil și comercial sau pentru că cererea se referă la o hotărâre ce nu poate fi recunoscută.

A doua fază nu este obligatorie, ci doar eventuală, fiind lăsată la latitudinea fiecărei părți, care poate face recurs la curtea de apel împotriva hotărârii privind cererea de recunoaștere sau de executorialitate.

În acest caz, din interpretarea dispozițiilor art.43 alin.(3), în recurs are loc o *judecată contradictorie, cu deplină instrucție*, având ca obiect de cercetare judecătorească, existența premiselor de la art. 34 și 35 pentru recunoaștere sau executorialitate, și care se încheie cu o hotărâre irevocabilă. Cu toate acestea, apreciem că procesul se va desfășura cu maximă celeritate, pentru a nu încălca spiritul și scopul Regulamentului, care este tocmai acela de a simplifica orice procedură și de a urgenta punerea în executare a hotărârilor care au acest caracter.

În perioada curgerii termenului pentru recurs și până când nu avem o hotărâre irevocabilă în materie de recunoaștere și executorialitate, eficacitatea executorie rămâne suspendată, putându-se doar proceda la

²¹² Partea interesată se poate adresa direct instanței competente din statul membru al UE pentru recunoașterea și încuviințarea executării silite care se poate afla cu ajutorul atlasului judiciar european, la adresa http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/rc_comapplication_en.jsp#statePage0

²¹³ M. De Cristofaro, T.Kofler, *op.cit.*, p.5575,

”măsurile de conservare asupra bunurilor părții împotriva căreia este cerută executarea, potrivit art. 47 alin. (3).

O problemă aparte s-ar pune în legătură cu *durata* termenului de recurs.

Astfel, dacă în ceea ce privește calea de atac promovată împotriva hotărârii de admitere a cererii de recunoaștere sau de executorialitate, art. 43 alin. (5) prevede expres termenul pentru introducerea recursului (*”o lună de la notificarea acesteia”, sau două luni dacă partea împotriva căreia se solicită executarea are domiciliul pe teritoriul unui stat membru, altul decât cel în care s-a pronunțat hotărârea de recunoaștere sau de încuviințare a executării*), în privința recursului împotriva hotărârii de respingere a cererii de recunoaștere sau de executorialitate, legiuitorul comunitar nu mai prevede niciun termen în mod expres. Acest fapt a determinat apariția a două opinii divergente în doctrină: fie că ar trebui să se aplice și în acest caz termenul de la art. 43 alin. (5), fie, neexistând aici nici un termen, petentul este liber să reitereze din nou cererea la prima instanță competentă (tribunalul, în cazul României).

În ceea ce ne privește, opinăm că cea din urmă soluție este cea adecvată, norma de la art. 43 alin. (5) fiind de strictă interpretare și aplicare, neputând fi extinsă prin analogie. În plus, dacă legiuitorul comunitar ar fi avut interesul de a stabili un termen nimic nu l-ar fi împiedicat ca, în textul legal, să nu mai facă distincție între recursul contra hotărârii de admitere și a celei de recunoaștere.

De altfel, și în dreptul nostru intern, de principiu, debitorul nu are deschisă calea recursului împotriva încheierii de încuviințare a executării silite, eventualele nemulțumiri putând fi invocate de acesta, abia pe calea contestației la executare.

CAPITOLUL III - REGULAMENTUL (CE) NR. 805/2004 PRIVIND CREAREA UNUI TITLU EXECUTORIU EUROPEAN PENTRU CREANȚELE NECONTESTATE

3.1. Noțiuni generale

Prin *Convenția de la Bruxelles din 27 septembrie 1968* s-a creat cadrul normativ al recunoașterii și executării hotărârilor judecătorești între statele membre în spațiul comunitar. Ca urmare a acestei convenții s-a inițiat instituirea unui sistem de principii și reguli, în scopul aplicării uniforme a unor norme procedurale în Uniunea Europeană. Prin Regulamentul nr.

44/2001 al Consiliului (cunoscut și sub denumirea „*Bruxelles I*”) s-au simplificat condițiile recunoașterii și punerii în executare a hotărârilor în spațiul comunitar european.

În 1999, la Tampere, a avut loc reuniunea Consiliului European. Consiliul și Comisia și-au propus să elaboreze o serie de norme legale cu privire la acele instituții de procedură civilă care să servească și să simplifice cooperarea judiciară europeană.

La 30 noiembrie 2000, s-a aprobat *Programul comun de măsuri al Comisiei și al Consiliului* privind recunoașterea hotărârilor în materie civilă și comercială. Cu această ocazie se propune eliminarea *exequatur*-ului pentru creanțele necontestate și înlocuirea acestei proceduri cu un *titlu executoriu european*. Abia în anul 2002, Comisia a adoptat propunerea de regulament al Consiliului cu privire la titlul executoriu european ce urmează a fi utilizat în cazul creanțelor necontestate²¹⁴.

La 21 ianuarie 2005 a intrat în vigoare Regulamentul (CE) nr. 805/2004 al Parlamentului Europei și al Consiliului din 21 aprilie 2004. În contextul aderării României la Uniunea Europeană, acest act normativ devine aplicabil²¹⁵ și pentru noi, astfel încât apreciem că pentru ipotezele reglementate prin conținutul său (domeniul de aplicare este, în realitate, mai larg decât denumirea sa, mai exact se aplică și creanțelor contestate, nu doar celor necontestate) urmează a fi aplicat cu prioritate în concursul cu Legea nr. 105/1992 privind reglementarea unor raporturi de drept internațional privat sau care dezvoltă și procedura *exequatur*-ului.

3.2. Domeniul de aplicare al Regulamentului (CE) nr. 805/2004

Regulamentul este aplicabil atât în materie civilă, cât și în materie comercială, neavând relevanță natura jurisdicției, dar excluzând, potrivit art. 2 pct. 1, „chestiunile de domeniul fiscal, vamal sau administrativ, răspunderea statului pentru acte sau omisiuni comise în exercitarea autorității publice (*acta iure imperii*)”.

De asemenea, conform art. 2 pct. 2, regulamentul nu se aplică cu privire la: starea și capacitatea persoanelor fizice, regimuri matrimoniale,

²¹⁴ H. Pérez, Le règlement CE no 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre européen pour les créances incontestées, în *Journal du droit international*, juillet-août, septembre 2005, p. 637-634.

²¹⁵ A se vedea și Legea nr. 191/2007 (M. Of. nr. 425 din 26 iunie 2007), prin care s-a aprobat și completat O.U.G. nr. 119/2006 privind unele măsuri necesare prin aplicarea unor regulamente comunitare de la data aderării României la Uniunea Europeană.

testamente și succesiuni; falimente, concordate sau alte proceduri similare; securitatea socială; arbitraj.

3.3. Condițiile creanței necontestate

Prin noțiunea de *creanță*, art. 4 pct. 2 din regulament definește „dreptul la o sumă de bani determinată care a devenit exigibilă sau a cărei dată scadentă a fost indicată în hotărâre, în tranzacția judiciară sau în actul autentic”.

Potrivit dispozițiilor art. 5-7 din preambulul regulamentului, sfera „*creanțelor necontestate*” ar trebui să includă toate ipotezele în care un creditor – în lipsa oricărei contestații din partea debitorului cu privire la natura și valoarea unei creanțe pecuniare – a obținut fie o hotărâre judecătorească împotriva debitorului, fie un act executoriu care necesită o acceptare expresă a debitorului, chiar dacă acesta este o tranzacție judiciară sau un act autentic.

Potrivit regulamentului, o creanță se consideră *necontestată*:

– atunci când debitorul a recunoscut-o expres, fie acceptând-o, fie semnând o tranzacție care a fost aprobată de o instanță judecătorească sau încheiată în fața unei instanțe judecătorești în cadrul unei proceduri judiciare;

– atunci când debitorul nu i s-a opus niciodată, potrivit normelor de procedură ale statului membru de origine, în cursul procedurii judiciare;

– atunci când debitorul, deși inițial a contestat creanța în cadrul procedurii judiciare, ulterior nu s-a mai prezentat sau nu a fost reprezentat în cadrul unei ședințe de judecată privind această creanță, astfel încât această atitudine să poată fi asimilată drept recunoaștere tacită a creanței sau a faptelor invocate de creditor în temeiul legislației statului membru de origine;

– atunci când debitorul a recunoscut creanța în mod expres, într-un act autentic.

Din interpretarea acestor dispoziții, putem reține preocuparea legiuitorului regulamentului de a asigura respectarea principiului fundamental al dreptului la apărare, debitorul trebuind a fi încunoștințat cu suficient timp înainte de acțiunea promovată de creditor, pentru a se putea apăra, deoarece art. 13 din preambulul regulamentului dispune că, ținând cont de diferențele dintre statele membre în privința normelor de procedură civilă, în special de acelea care reglementează notificarea și comunicarea actelor, trebuie dată o definiție exactă și detaliată a acestor standarde minime, deoarece „un mod de notificare sau de comunicare bazat pe o ficțiune juridică în ceea ce

privește respectarea acestor standarde minime nu poate fi considerat suficient în scopul certificării unei hotărâri judecătorești ca titlu executoriu european”.

Prin *hotărâre judecătorească* în sensul regulamentului se înțelege „orice hotărâre pronunțată de o instanță judecătorească dintr-un stat membru, oricare ar fi denumirea care i se dă, precum «decizie», «sentință», «ordonanță» sau «hotărâre de executare», precum și stabilirea de către grefier a sumei reprezentând cheltuielile de judecată”, iar prin *act autentic* art. 4 pct. 3 desemnează:

- fie un act întocmit/înregistrat în mod formal drept act autentic și a cărui autenticitate privește semnătura și conținutul actului autentic ori „a fost stabilită de către o autoritate publică sau orice autoritate împuternicită în acest sens de către statul membru de origine”;

- fie „o convenție în materie de obligații de întreținere încheiată cu autoritățile administrative sau autenticată de acestea”.

O dispoziție foarte importantă, cu caracter de noutate pentru dreptul nostru intern, este cuprinsă în art. 5 din regulament, prin care se elimină procedura de *exequatur* în mod expres: „o hotărâre judecătorească ce a fost certificată ca titlu executoriu european în statul membru de origine este recunoscută și executată în celelalte state membre, fără a fi necesară încuviințarea executării și fără a fi posibilă contestarea recunoașterii sale”. Însă, așa cum arătam mai sus, cererea de certificare ca titlu executoriu european întemeiată pe Regulamentul (CE) nr. 805/2004 în privința creanțelor necontestate nu este obligatorie pentru creditor, acesta putând opta pentru procedura *exequatur*-ului instituită de Regulamentul „*Bruxelles I*”.

3.4. Condițiile de certificare și eliberare a titlului executoriu european. Rectificarea sau retragerea titlului executoriu european. Efecte

Pentru ca o hotărâre judecătorească privind o creanță necontestată pronunțată într-un stat membru să fie certificată drept titlu executoriu european, trebuie îndeplinite următoarele *condiții*:

- hotărârea să fie executorie în statul membru de origine;
- hotărârea să nu fie incompatibilă cu normele de competență prevăzute de Regulamentul (CE) nr. 44/2001, Capitolul II, Secțiunile 3 și 6;
- procedura judiciară din statul membru de origine să fi îndeplinit condițiile prevăzute de Capitolului III privind o creanță necontestată în sensul art. 3 pct. 1 lit. b) sau c);

– hotărârea să fie fost pronunțată în statul membru în care își are domiciliul debitorul, în sensul art. 59 din Regulamentul (CE) nr. 44/2001, ori de câte ori este vorba despre o creanță necontestată în sensul art. 3 pct. 1 lit. b) sau c) din regulamentul, creanță care se raportează la un contract încheiat de o persoană – consumatorul – pentru o utilizare care se poate considera ca fiind străină de activitatea sa profesională și în care debitorul este consumatorul.

Potrivit art. 7, dacă hotărârea judecătorească executorie dispune asupra cheltuielilor de judecată, inclusiv asupra dobânzilor, această dispoziție se certifică, de asemenea, ca titlu executoriu european în privința cheltuielilor.

Cu titlu excepțional, în ipoteza în care, în cursul procedurii în justiție, debitorul s-a opus în mod special obligației sale de a-și asuma cheltuielile respective, potrivit legislației statului membru de origine, cheltuielile de judecată și/sau dobânzile aplicate acestora nu se vor certifica drept titlu executoriu european.

Pentru situația în care instanța investită legal cu certificarea constată că numai anumite părți din hotărâre sunt conforme cu cerințele regulamentului, va dispune doar eliberarea un *certificat de titlu executoriu european parțial* pentru aceste părți (art. 8).

Certificatul de titlu executoriu european se eliberează utilizând formularul tip prevăzut în anexa I a regulamentului, dar se va completa în limba hotărârii judecătorești.

Este posibilă și rectificarea sau retragerea certificatului de titlu executoriu european de către instanța judecătorească competentă, pe baza cererii ce i-a fost adresată și care va fi soluționată în temeiul legislației statului membru de origine. Astfel, certificatul de titlu executoriu european este:

– *rectificat*, în ipoteza în care, ca urmare a unei erori materiale, s-a produs o neconcordanță între hotărâre și certificat;

– *retras*, în situația în care este evident că certificatul a fost eliberat în mod neîntemeiat, având în vedere cerințele prevăzute de prezentul regulament.

Trebuie subliniat că eliberarea unui certificat de titlu executoriu european nu este supusă niciunei căi de atac.

În ce privește *efectele certificatului de titlu executoriu european*, art. 11 din regulament dispune în mod imperativ că acesta „*nu produce efecte decât în limitele forței executorii a hotărârii*”.

3.5. Norme procedurale. Standarde minime aplicabile procedurilor privind creanțele necontestate

În primul rând, art. 12 pct. 1 dispune că nicio hotărâre privind o creanță necontestată nu ar putea fi certificată drept titlu executoriu european decât în situația în care procedura judiciară din statul membru de origine a respectat întocmai condițiile de procedură menționate de Capitolul III din regulament, iar în alineatul secund se fixează o extrapolare, dispunându-se că „aceleași condiții se aplică și eliberării certificatului de titlu executoriu european sau certificatului de înlocuire în sensul art. 6 pct. 3, unei hotărâri pronunțate ca urmare a unei acțiuni intentate împotriva altei hotărâri în cazul în care, la momentul pronunțării hotărârii în calea de atac, erau îndeplinite condițiile menționate la art. 3 pct. 1 lit. b) sau c)”.

În privința formalităților procedurale privind citarea și comunicarea ce trebuie îndeplinite, art. 13 distinge următoarele patru modalități de notificare sau comunicare a cererii de sesizare a instanței sau a altui act de procedură echivalent:

- prin notificare ori comunicare personală, la data primirii debitorul semnând o confirmare de primire;
- prin notificare ori comunicare personală folosind un document semnat de persoana competentă care a efectuat notificarea sau comunicarea, această persoană trebuind să facă mențiune atât despre faptul că debitorul a primit actul sau că a refuzat să-l primească fără vreun motiv legitim, cât și despre data la care actul a fost notificat sau comunicat;
- prin notificare sau comunicare pe cale poștală, la data primirii debitorul semnând o confirmare de primire;
- prin notificare sau comunicare pe cale electronică, cum ar fi faxul ori poșta electronică, la data primirii debitorul semnând și trimițând o confirmare de primire.

De asemenea, art. 13 pct. 2 prevede că orice citație în vederea prezentării poate fi notificată sau comunicată debitorului atât prin cele patru modalități descrise mai sus, dar „și *verbal* în cursul unei ședințe anterioare privind aceeași creanță și consemnată în procesul-verbal al respectivei ședințe” (s.n.).

Totodată, art. 14 din regulament dispune că actul de sesizare a instanței sau orice act echivalent, precum și orice citație în vederea prezentării se pot notifica sau comunica debitorului prin una din următoarele modalități:

– prin notificare sau comunicare personală la adresa personală a debitorului, către persoanele care locuiesc la aceeași adresă cu acesta sau angajate la această adresă;

– dacă debitorul este o persoană juridică ori un lucrător care desfășoară o activitate independentă, notificarea sau comunicarea personală se va face la sediile comerciale ale debitorului, către persoanele angajate de către debitor;

– depunerea actului în cutia poștală a debitorului;

– depunerea actului la oficiul poștal ori la o autoritate publică competentă, urmată de comunicarea scrisă a acestei depuneri în cutia poștală a debitorului, dar, în aceste ipoteze, trebuie ca acea comunicare scrisă să menționeze clar natura judiciară a actului sau faptul că valorează notificare sau comunicare și că are drept efect curgerea termenelor;

– pe cale poștală, fără dovada prevăzută în art. 14 pct. 3, când debitorul are o adresă în statul membru de origine;

– prin mijloace electronice care permit o confirmare de primire automată, cu condiția ca debitorul să fi acceptat în prealabil, în mod expres, această modalitate de notificare sau comunicare.

În conformitate cu art. 14 pct. 2, dacă adresa debitorului nu este cunoscută cu certitudine, modalitățile de notificare sau comunicare indicate mai sus nu se admit.

Dovada notificării sau comunicării unui act în conformitate cu art. 14 pct. 1 lit. a)-d) se atestă potrivit dispozițiilor art. 14 pct. 3 din regulament:

– fie printr-un act semnat de persoana competentă, care a efectuat notificarea sau comunicarea și care va trebui să menționeze următoarele elemente: modul de notificare sau de comunicare utilizat, data notificării sau comunicării, iar în cazul în care actul a fost notificat sau comunicat unei alte persoane decât debitorul, numele acestei persoane și legătura sa cu debitorul;

– fie printr-o confirmare de primire care provine de la persoana care a primit notificarea sau comunicarea, pentru aplicarea art. 14 pct. 1 lit. a) și b).

Notificarea sau comunicarea conformă cu art. 13 sau cu art. 14 poate fi făcută, de asemenea, unui reprezentant al debitorului (art. 15).

Regulamentul instituie obligația ca debitorul să fie informat exact cu privire la creanță, motiv pentru care dispune că actul de sesizare a instanței sau actul echivalent trebuie să cuprindă obligatoriu un minim de informații: numele și adresele părților, valoarea creanței, în ipoteza în care se percep și

dobânzi se vor indica rata dobânzii și perioada pentru care se percep acestea, cu excepția cazului în care dobânzile legale se adaugă automat principalului în temeiul legislației statului membru de origine, mențiuni privind cauza cererii.

Tot regulamentul prevede în mod expres, prin art. 17, elementele pe care trebuie să le cuprindă actul de sesizare a instanței, actul echivalent sau orice citație în vederea prezentării sau din documentele care le însoțesc:

– care sunt cerințele procedurale necesare contestării creanței, termenele prevăzute pentru contestarea creanței în scris ori, după caz, data ședinței, numele și adresa instituției căreia trebuie adresat răspunsul sau în fața căreia trebuie să se prezinte debitorul, dar și necesitatea de a fi reprezentat de un avocat atunci când asistența juridică este obligatorie;

– care sunt consecințele lipsei de obiecții sau chiar ale neprezentării, posibilitatea pronunțării unei hotărâri sau a unei proceduri de executare a hotărârii contra debitorului și obligația sa privind cheltuielile de judecată.

În art. 18 se prevăd și *modurile de remediere* a nerespectării standardelor minime:

a) dacă procedura urmată în statul membru de origine nu a respectat cerințele prevăzute la art. 13-17, se remediază nerespectarea acestor cerințe, iar o hotărâre poate fi certificată drept titlu executoriu european în ipoteza în care sunt îndeplinite următoarele condiții:

– s-a notificat/comunicat debitorului hotărârea, potrivit dispozițiilor art. 13 sau art. 14;

– debitorul a avut posibilitatea concretă de a contesta hotărârea printr-o acțiune care prevede o revizuire completă, iar acesta a fost informat corespunzător prin conținutul hotărârii sau în documentul însoțitor al acesteia referitor la cerințele procedurale privind calea de atac, inclusiv numele și adresa instituției la care trebuie introdusă calea de atac și, după caz, termenele exercitării căii de atac, dar debitorul nu a exercitat nicio cale de atac/acțiune împotriva hotărârii, potrivit cu normele de procedură relevante;

b) dacă procedura urmată în statul membru de origine nu a respectat cerințele prevăzute la art. 13 sau art. 14, încălcarea acestor prevederi se remediază în ipoteza în care se dovedește, prin atitudinea debitorului în cursul procedurii judiciare, că acesta a primit personal actul care trebuia notificat sau comunicat în timp util pentru a-și putea pregăti apărarea.

Regulamentul prevede o serie de standarde minime pentru revizuire și pentru *cazuri excepționale*, prin dispozițiile art. 19:

a) o hotărâre judecătorească poate fi certificată drept titlu executoriu european doar în situația în care debitorul are dreptul, în temeiul legislației statului membru de origine, de a solicita o revizuire a hotărârii în cauză, dacă sunt îndeplinite următoarele condiții:

– actul de sesizare a instanței, alt act echivalent sau, după caz, citația în vederea prezentării a fost notificată sau comunicată prin una din modalitățile prevăzute la art. 14;

– notificarea sau comunicarea nu a ajuns în timp util pentru a-i permite debitorului să-și pregătească apărarea, fără vreo culpă din partea acestuia, ori debitorul a fost împiedicat să conteste creanța din motive de forță majoră sau ca urmare a unor circumstanțe extraordinare, fără vreo culpă din partea acestuia, dar „cu condiția ca acesta să acționeze rapid în ambele cazuri”;

b) o dispoziție extrem de importantă o regăsim în art. 19 pct. 2, în care se dispune că art. 19 din regulament „nu aduce atingere posibilității pe care o au statele membre de a permite o revizuire a hotărârii judecătorești în condiții mai favorabile decât cele prevăzute la art. 19 pct. 1”.

Uzitând și de argumentul topografiei textului, acest alineat secund instituie expres posibilitatea derogării de la condițiile prevăzute de primul alineat, care ar urma să se aplice fie în ipoteza în care într-un anumit stat membru ce a fost sesizat cu certificarea titlului executoriu european nu există o cale de atac de reformare, fie, deși aceasta există, titularul exercitării unei asemenea căi de atac consideră mai avantajoasă întemeierea acesteia pe dispozițiile regulamentului și optează pentru aplicarea art. 19 pct. 1.

3.6. Procedura de executare

Procedura de executare propriu-zisă. Hotărârile judecătorești certificate drept titluri executorii europene se execută în aceleași condiții ca și o hotărâre pronunțată în statul membru de executare, deoarece, fără a contraveni dispozițiilor prezentului capitol, procedurile de executare vor fi cele reglementate de legislația statului membru de executare. Pentru a demara procedura, creditorul trebuie să înainteze autorităților însărcinate cu executarea din statul membru de executare:

– o copie a hotărârii, ce îndeplinește condițiile necesare stabilirii autenticității;

– o copie a certificatului de titlu executoriu european ce îndeplinește condițiile necesare stabilirii autenticității, precum și, după caz, o

transcriere/traducere a certificatului de titlu executoriu european în limba oficială a statului membru de executare. Dacă respectivul stat membru are mai multe limbi oficiale, transcrierea/traducerea se va face în limba oficială sau într-una din limbile oficiale ale procedurii judiciare a locului în care se solicită executarea, potrivit legislației acestui stat membru, sau într-o altă limbă pe care statul membru de executare va declara că o poate accepta. De asemenea, oricare stat membru poate indica limba (limbile) oficială (oficiale) a (le) instituțiilor Comunității Europene, altele decât a (le) sa (sale), în care acesta acceptă ca certificatul să fie completat. Traducerea va fi certificată pentru conformitate de o persoană autorizată în acest sens în unul din statele membre.

Potrivit dispozițiilor art. 20 pct. 3, „nicio cauțiune, nicio garanție, oricare ar fi denumirea, nu poate fi impusă, din cauza calității de resortisant al unui stat terț sau din lipsa domiciliului sau reședinței în statul membru de executare, părții care solicită executarea într-un stat membru a unei hotărâri certificate ca titlu executoriu european în alt stat membru”.

Refuzul executării. Executarea poate fi refuzată, la cererea debitorului, de către instanța competentă din statul membru de executare în ipoteza în care hotărârea certificată drept executoriu european ar fi incompatibilă cu o hotărâre pronunțată anterior în orice stat membru sau într-o țară terță ori de câte ori sunt îndeplinite cumulativ următoarele trei condiții:

– hotărârea anterioară s-a pronunțat între aceleași părți într-un litigiu având aceeași cauză;

– hotărârea anterioară s-a pronunțat în statul membru de executare ori a întrunit condițiile necesare recunoașterii sale în statul membru de executare;

– ireconciliabilitatea hotărârilor nu a fost și nu ar fi putut fi invocată în cursul procedurii judiciare în statul membru de origine.

Oricum, potrivit normei imperative instituite de art. 21 pct. 2, hotărârea judecătorească ori certificarea acesteia ca titlu executoriu european nu poate face obiectul unei revizuiri pe fond în statul membru de executare.

Suspendarea sau limitarea executării. Ori de câte ori debitorul solicită, instanța judecătorească sau autoritatea competentă din statul membru de executare, după caz, are posibilitatea fie să limiteze procedura de executare numai la instituirea de măsuri asigurătorii, fie să condiționeze executarea de constituirea unei garanții pe care tot aceasta o va stabili.

De asemenea, în situații excepționale, instanța judecătorească sau autoritatea competentă din statul membru de executare poate chiar să suspende procedura de executare. Însă, pentru a se recurge la una dintre cele trei posibilități descrise mai sus, trebuie îndeplinite una dintre următoarele condiții:

- debitorul a promovat o cale de atac împotriva unei hotărâri judecătorești certificate ca titlu executoriu european, inclusiv o cerere de revizuire în sensul art. 19;
- debitorul a solicitat rectificarea sau retragerea unui certificat de titlu executoriu european în conformitate cu art. 10.

3.7. Tranzacțiile judiciare și actele autentice

Tranzacțiile judiciare. Pe lângă hotărârile judecătorești propriu-zise, la care ne-am referit mai sus, mai pot face obiectul certificării și tranzacțiile judiciare privind o creanță în sensul art. 4 pct. 2, aprobată de către o instanță judecătorească sau încheiată în fața unei instanțe în cursul unei proceduri judiciare și executorii în statul membru în care a fost aprobată sau încheiată.

O asemenea tranzacție judiciară poate fi certificată ca titlu executoriu european utilizând formularul tip prevăzut în anexa II, în urma formulării unei cereri adresate instanței prin care a fost aprobată sau în fața căreia a fost încheiată. După certificare, o asemenea tranzacție se execută în celelalte state membre fără a mai fi necesară încuviințarea executării și fără să fie posibilă opoziția la forța sa executorie.

Actele autentice. Tot astfel, poate forma obiectul certificării ca titlu executoriu european și un act autentic privind o creanță în sensul art. 4 pct. 2, executoriu într-un stat membru. Certificarea se face pe bază de cerere adresată autorității desemnate de statul membru de origine, utilizându-se formularul tip prevăzut în anexa III. La fel ca și în cazul tranzacțiilor judiciare, actul autentic certificat drept titlu executoriu european în statul membru de origine se va executa în celelalte state membre fără a fi necesară încuviințarea executării și fără să fie posibilă opoziția la forța sa executorie.

3.8. Norme tranzitorii

O normă tranzitorie importantă privind aplicarea normelor în timp este cuprinsă în art. 26, potrivit căruia regulamentul se aplică numai hotărârilor judecătorești pronunțate, tranzacțiilor judiciare aprobate sau încheiate și actelor autentice întocmite sau înregistrate ulterior intrării în vigoare a prezentului regulament, deci numai *ex nunc*.

O altă dispoziție importantă rezidă din art. 27, potrivit căruia Regulamentul privind titlul executoriu european nu este obligatoriu în măsura în care creditorul interesat optează pentru procedura *exequatur*-ului prevăzută de Regulamentul (CE) nr. 44/2001, întrucât noul regulament „nu aduce atingere posibilității de a solicita recunoașterea și executarea, în conformitate cu Regulamentul (CE) nr. 44/2001, a unei hotărâri judecătorești, a unei tranzacții judiciare sau a unui act autentic privind o creanță necontestată”.

CAPITOLUL IV – CONCLUZII

În conformitate cu art. 1 din Regulamentul (CE) nr. 805/2004, acest act normativ instituie crearea unui titlu executoriu european pentru creanțele necontestate, în scopul „de a asigura libera circulație a deciziilor, tranzacțiilor judiciare și actelor autentice în toate statele membre, fără a fi necesară recurgerea la proceduri intermediare în statul membru de executare, prealabile recunoașterii și executării”.

Regulamentul nu impune statelor membre adaptarea legislației naționale la normele de procedură prevăzute de acesta, dar, în ipoteza în care aceste norme sunt respectate, procedura de executare devine mai rapidă și, nu în ultimul rând, mai eficientă. Pe de altă parte, această nouă procedură oferă mai multe avantaje decât procedura *exequatur*-ului reglementată de Regulamentul („*Bruxelles I*”) Consiliului nr. 44/2001 din 22 decembrie 2000 privind competența judiciară, recunoașterea și executarea deciziilor în materie civilă și comercială, modificat prin Regulamentul Comisiei nr. 1496/2002.

Cu toate acestea, cererea de certificare ca titlu executoriu european întemeiată pe Regulamentul (CE) nr. 805/2004 în privința creanțelor necontestate nu este obligatorie pentru creditor, acesta putând opta pentru procedura *exequatur*-ului instituită de Regulamentul „*Bruxelles I*”. Însă, în caz de conflict de legi, regulamentele comunitare urmează a fi aplicate cu prioritate în concursul cu Legea nr. 105/1992 *privind reglementarea unor raporturi de drept internațional privat* (care dezvoltă și procedura *exequatur*-ului pe planul dreptului internațional), atâta timp cât părțile oponente (creditor și debitor ai obligației de executat) sunt cetățeni/rezidenți ai statelor membre ale Uniunii Europene.

Pentru ipoteza în care conflictul de legi se angajează în legătură cu raporturi juridice legate între un cetățean comunitar și unul extra-comunitar, de principiu se va aplica Legea nr. 105/1992.

În contextul migrației populației pe teritoriul european, iar în ceea ce ne privește, avem în vedere milioanele de cetățeni români emigrați temporar sau definitiv în țările comunitar europene (în special: Italia, Spania, Germania, Franța etc.) aplicarea acestor regulamente devine o necesitate tot mai pregnantă.

Litigiile patrimoniale și nepatrimoniale care se nasc în virtutea noilor raporturi juridice create între cetățenii români și alți cetățeni comunitari sunt inevitabile, astfel încât libera circulație a hotărârilor judecătorești și a titlurilor executorii, în general, în spațiul comunitar european este menită să rezolve o serie de impedimente atât de ordin temporal, cât și de ordin juridic și jurisdicțional, prin uniformizarea procedurii și impunerea unor reguli simplificate.

BIBLIOGRAFIE

- C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, vol. I, *I soggetti e gli atti*, Giappichelli Editore, Torino, 2008,
- E.D. Alessandro, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Giappichelli Editore - Torino, 2007,
- M. De Cristofaro, T. Kofler, *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. Consolo e F.P. Luiso, ediția a 3-a, Milano, 2007,
- H. Pérez, *Le règlement CE no 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre européen pour les créances incontestées*, în *Journal du droit international*, juillet-août, septembre 2005,
-
- *Convenția de la Bruxelles* din 27 septembrie 1968 referitoare la competența jurisdicțională și recunoașterea hotărârilor în materie civilă și comercială,
-
- Legea nr. 191/2007 (M. Of. nr. 425 din 26 iunie 2007), prin care s-a aprobat și completat O.U.G. nr. 119/2006 privind unele măsuri necesare prin aplicarea unor regulamente comunitare de la data aderării României la Uniunea Europeană.
- O.G. nr. 5/2001 *privind somația de plată*
- *Regulamentul (CE) nr. 44/2001 al Consiliului* din 22 decembrie 2000 *privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie civilă și comercială*, publicat în J.O. nr. L 12 din 16 ianuarie 2001, astfel cum a fost modificat ultima

dată prin Regulamentul (CE) nr. 1496/2002 al Comisiei (J.O. nr. L 225 din 22 august 2002,

- *Regulamentul (CE) nr. 1206/2001 al Consiliului din 28 mai 2001 privind cooperarea între instanțele statelor membre în domeniul obținerii de probe în materie civilă sau comercială.*
- *Regulamentul (CE) nr. 1347/2000 al Consiliului din 29 mai 2000, publicat în J.O. nr. L 160 din 30 iunie 2000,*
- *Regulamentul (CE) nr. 805/2004 al Parlamentului European și al Consiliului din 21 aprilie 2004 privind crearea unui titlu executoriu european pentru creanțele necontestate,*
- *Regulamentul (CE) nr. 1896/2006 al Parlamentului European și al Consiliului din 12 decembrie 2006 de instituire a unei proceduri europene de somație de plată,*
- *Regulamentul (CE) nr. 861 din 11 iulie 2007 privind cererile cu valoare redusă în materie civilă și comercială*
- *Regulamentul (CE) nr. 1393/2007 al Parlamentului European și al Consiliului din 13 noiembrie 2007 privind notificarea sau comunicarea în statele membre a actelor judiciare și extrajudiciare în materie civilă sau comercială,*
- *Regulamentul (CE) nr. 4/2009 al Consiliului din 18 decembrie 2008 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor și cooperarea în materie de obligații de întreținere.*
-
- Decizia nr. 2001/470/CE a Consiliului din 28 mai 2001 de creare a unei Rețele Judiciare Europene în materie civilă și comercială, publicată în J.O. nr. L 174 din 27 iunie 2001
- Directiva nr. 2003/8/CE a Consiliului din 27 ianuarie 2003,
-
- http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/rc_comapplication_en.jsp#statePage0