

REVISTA THEMIS

NUMĂRUL 1/2019

INSTITUTUL NAȚIONAL AL MAGISTRATURII



- „Ceea ce face puterea legii e dreptatea pedepsei, mai degrabă decât asprimea ei.”

Montesquieu, *Spiritul
Legilor*

COLEGIUL DE REDACȚIE

Maria COJOCARU – auditor de
justiție anul I

Andrei Eugen CORCODEL – auditor
de justiție anul II

CONSULTANȚI ȘTIINȚIFICI

Proc. Alexandra Mihaela ȘINC

Jud. Gabriela FLORESCU

Jud. Alina Gabriela TAMBULEA

COORDONATOR

Olivia CORBU – personal de specialitate
juridică asimilat judecătorilor și procurorilor

Copyright

Toate drepturile rezervate.

Răspunderea juridică aparține în întregime autorilor.

Revista utilizează pentru ilustrare grafică surse foto proprietate personală a lui Andrei Eugen Corcodel și a participanților la concursul THEMIS 2018 și nu pot fi reproduse.

Contact revistathemis@inm-lex.ro

Themis (online) ISSN 2247 – 2592 ISSN – L = 1584 – 9783

ABREVIERI

alin.	- alineat(ul)
apud	- citat după
art.	- articol(ul)
C.A.	- Curte(a) de Apel
C.C.R.	- Curtea Constituțională a României
C.civ.	- Codul civil (Legea nr. 287/2009)
C.pen.	- Codul penal
CEDO	- Convenția Europeană a Drepturilor Omului
CtEDO	- Curtea Europeană a Drepturilor Omului
C.proc.civ.	- Codul de procedură civilă
C.proc.pen.	- Codul de procedură penală
Ed.	- Editura
ed.	- ediția
etc.	- etcaetera („și celelalte”)
H.G.	- Hotărârea Guvernului României
ibidem	- în același loc (în aceeași pagină)
idem	- același autor (altă pagină)
ICCJ	- Înalta Curte de Casație și Justiție
infra	- mai jos
lit.	- litera
M.Of.	- Monitorul Oficial al României
nr.	- număr (ul)
n.n.	- nota noastră

O.G.	- Ordonanța Guvernului
O.U.G.	- Ordonanța de urgență a Guvernului
op. cit.	- opera citată
p.	- pagina/paginile
parag.	- paragraful
pct.	- punctul, punctele
s.n.	- sublinierea noastră
supra	- deasupra, mai sus
ș.a.	- și alții
Trib.	- Tribunalul
urm.	- următoarele
vol.	- volumul

CUPRINS

DREPT EUROPEAN.....	8
Efectele indirecte ale directivelor	8
Funcțiile interpretării conforme a dreptului național în raport cu dreptul Uniunii europene.....	17
 DREPT CIVIL ȘI PROCESUAL CIVIL	29
Eterna strălucire a dreptului de preempțiune. Scurte considerații privind dreptul de preempțiune.....	29
Exercitarea judiciară a dreptului de preempțiune în contextul existenței unei promisiuni de contract	41
 DREPT PENAL ȘI PROCESUAL PENAL	50
Sanctiunea care intervine în cazul în care se constată incompatibilitatea judecătorului	50
Obligația noului apărător al inculpatului de a formula o nouă cerere pentru a asista la efectuarea actelor de urmărire penală	56
Efectuarea unor acte de urmărire penală fără încunoștințarea apărătorului suspectului sau inculpatului cu privire la efectuarea acestora, deși avocatul a formulat cerere în acest sens. Sanctiunea aplicabilă.....	60
Câteva aspecte controversate privind acțiunea civilă în procesul penal.....	71
Aprecieri cu privire la posibilitatea instanței de a dispune amânarea aplicării pedepsei rezultante, ulterior anulării amânării aplicării pedepsei, pentru descoperirea unei infrațiuni concurente	77
Autoritatea de lucru judecat a ordonanțelor prin care este stins procesul penal.....	80
THEMIS INFO.....	112

CERCETARE



DIN CUPRINS:

DREPT EUROPEAN: Efectele indirecte ale directivelor - Anca-Ștefania Tudorache

(...) O directivă poate să lase o anumită discreție statelor membre deoarece ea va necesita măsuri de implementare, iar dacă scopul său este stabilit doar în termeni generali, s-ar putea să nu fie suficient de precisă pentru a permite aplicarea corespunzătoare de către organele judiciare naționale.

DREPT CIVIL ȘI PROCESUAL CIVIL: Eterna strălucire a dreptului de preempțiune/ scurte considerații privind dreptul de preempțiune - **Ana-Maria Gheorghincă**

(...) Referiri la existența dreptului de preempțiune întâlnim chiar și în Cartea Cărților, în Biblie. Acest aspect nu trebuie deloc ignorat, iar în acest sens, merită citate cuvintele Episcopului Calinic Botoșăneanul, expuse în prefața lucrării *Arhetipuri juridice în Biblie*, lucrare a profesorului Eugeniu Safta- Romano: *Biblia este un veșnic izvor de învățăminte teologice și morale, o sursă de inspirație pentru diferitele științe, privite sub aspectul lor de instrumente de cunoaștere. [...] Biblia este cel mai sigur și fidel <<îndrumător>> al ființei noastre în aspirația ei către transcendent.*

DREPT PENAL ȘI PROCESUAL PENAL: Efectuarea unor acte de urmărire penală fără încunoaștințarea apărătorului suspectului sau inculpatului cu privire la efectuarea acestora, deși avocatul a formulat cerere în acest sens. Sancțiunea aplicabilă – **Cristian – George IOAN**

(...) Principiul nepublicității urmăririi penale (care își are sursa în separația specifică procesului penal modern, între etapa urmăririi penale, de sorginte inchizitorială și etapa judecății, de inspirație acuzatorială), este invocat de autorii celei de-a doua opinii pentru a justifica lipsa oricărei sancțiuni în cazul analizat. Aceștia arată că *atât timp cât urmărirea penală este, prin esență, nepublică, neparticiparea avocatului suspectului sau inculpatului la efectuarea unor acte nu reprezintă o încălcare a dreptului la apărare*. Principiul vizat este consacrat expres în cuprinsul art. 285(2). Acesta nu este, însă, absolut. În mod special, consider că nu poate fi opus unui drepturilor concrete ale inculpatului și avocatului, consacrate de art. 10 alin. (5) rap. la art. 92 alin. (1)-(3) și (7) C.proc.pen.

DREPT EUROPEAN

EFECTELE INDIRECTE ALE DIRECTIVELOR

Anca-Ștefania TUDORACHE,
Auditor de justiție

PREAMBUL

Pentru exercitarea competențelor Uniunii, instituțiile adoptă regulamente, directive, decizii, recomandări și avize¹.

Directiva este unul dintre principalele instrumente de armonizare utilizate de către instituțiile Uniunii Europene pentru a unifica sau coordona legile disparate ale statelor membre în diverse domenii².

Directiva face parte din dreptul secundar al Uniunii Europene. Astfel, ea este adoptată de instituțiile Uniunii Europene în conformitate cu tratatele de bază. Directiva este adoptată la nivelul Uniunii Europene, apoi este integrată (transpusă) de către statele membre în legislația lor națională, în vederea aplicării³.

În același timp, rămâne la latitudinea fiecărei țări să își elaboreze propriile legi (reglementări) pentru a determina modul de aplicare a acestor norme⁴.

¹ A se vedea art. 288 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene.

² A se vedea Paul Craig, Grainne de Burca, *Dreptul Uniunii Europene*, ediția a IV-a, Ed. Hamangiu, 2009, p. 106.

³ A se vedea <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=LEGISSUM:l14527>, Sinteza legislației – Directivele UE, vizitat la 05.01.2019.

⁴ Avem în vedere două niveluri: directiva propriu-zisă, fiind adoptată de instituțiile europene și măsurile naționale de transpunere a directivei, fiind adoptate de statele membre.

Directiva reprezintă un act obligatoriu, articolul 288 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene prevede că directiva este obligatorie pentru țările destinate cu privire la rezultatul care trebuie să fie atins. Stat membru destinat poate să fie unul, pot să fie mai multe state destinate sau chiar toate statele membre.

Pentru ca o directivă să intre în vigoare la nivel național, țările Uniunii Europene trebuie să adopte o reglementare proprie pentru a o transpune. Această măsură națională trebuie să fie în măsură să atingă obiectivele stabilite de directivă. Finalitatea la care trebuie să ajungă statele membre este stabilită de către directivă.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat că directivele au efect direct, putând să fie invocate de persoane private. Argumentul principal oferit de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene a fost acela că obiectivele fundamentale ale Tratatului și natura sistemului pe care acesta urmărea să îl creeze ar fi grav afectate dacă prevederile sale clare nu ar putea fi invocate la nivel național de către cei afectați. Bazele efectului direct al directivelor a fost pus de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene în cauzele *Van Duyn*¹ și *Ratti*².

În acest sens, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit, în jurisprudența sa, că o directivă are un efect direct dacă dispozițiile acesteia sunt necondiționate și suficient de clare și precise și dacă țara membră a Uniunii Europene nu a transpus directiva în termenul prevăzut. Totuși, directivele nu pot să fie invocate de o țară a Uniunii Europene împotriva unei persoane fizice. Astfel, este recunoscut doar efectul direct vertical al directivelor.

Condițiile stabilite pentru persoanele fizice pentru a invoca o directivă în fața instanței țin de caracterul necondiționat și suficient de precis al dispozițiilor acesteia și transpunerea incorectă prin măsurile naționale³.

În concluzie, deși Tratatul arată că directivele nu sunt direct aplicabile⁴, acestea pot produce efecte similare regulamentelor, după ce termenul limită pentru transpunerea lor s-a

¹ A se vedea Hotărârea *Van Duyn*, C-41/74, EU:C:1974:133.

² A se vedea Hotărârea *Ratti*, C-148/78, EU:C:1979:110.

³ A se vedea Vasile Cucerescu, *Drept instituțional european: note de curs*, Ed. Print-Caro, Chișinău, 2013, p.65.

⁴ Aplicabilitatea directă reprezintă acea caracteristică a dreptului Uniunii Europene care, pentru a fi aplicabil în dreptul intern al statelor membre, nu necesită măsuri de transpunere adoptate la nivel național, pentru executarea acestuia.

împlinit, iar statul nu și-a îndeplinit această obligație. În plus, dispozițiile directivei trebuie să fie suficient de clare și precise pentru a produce astfel de efecte¹.

Al doilea mod în care Curtea Europeană de Justiție a încurajat aplicarea și eficiența directivelor, în ciuda negării posibilității de aplicare directă orizontală, a fost prin dezvoltarea unui principiu al *interpretării armonioase*, care impune ca dreptul național să fie interpretat în lumina directivelor. Prin aceasta, Curtea a căutat să se asigure că directivele vor avea un efect în ciuda absenței unei implementări adecvate².

1. INTERPRETAREA CONFORMĂ A DREPTULUI NAȚIONAL

Aspecte generale privind interpretarea conformă a dreptului național

Potrivit articolului 288 paragraful al treilea TFUE „Directiva este obligatorie pentru fiecare stat membru destinat cu privire la rezultatul care trebuie atins, lăsând autorităților naționale competența în ceea ce privește forma și mijloacele”.

Această formulare a sugerat doua lucruri. În primul rând, directivele păreau a fi obligatorii în privința statelor, iar nu în cadrul statelor. În al doilea rând, obligând doar statul (statele) căruia (căroră) i (li) se adresează, directivele păreau a nu fi de aplicare generală. Aplicarea lor generală putea să fie realizată doar indirect, prin intermediul legislației naționale care transforma conținutul european în formă națională³.

Printr-o direcție a jurisprudenței, Curtea a confirmat că, în anumite circumstanțe și respectând anumite condiții, directivele puteau avea efect direct și puteau îndreptății particularii să obțină aplicarea drepturilor lor care rezultau din actele europene în fața instanțelor naționale.

Acest lucru era necesar deoarece dreptul Uniunii cere ca rezultatul impus de către o directivă să fie obținut *de legem* și *de facto*, interpretarea juridică și aplicarea efectivă a normelor

¹ A se vedea Mihaela Augustina Dumitrașcu, *Dreptul Uniunii Europene și specificitatea acestuia*, ediția a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 96.

² A se vedea P. Craig, *op.cit.*, p. 358.

³ A se vedea Robert Schütze, *Dreptul constituțional al Uniunii Europene*, Ed. Universitară, 2012, p. 313.

fiind, de regulă, decisive pentru a se stabili dacă un stat membru a transpus în mod corect o directivă¹.

Efectul indirect al directivelor prin intermediul dreptului național întâlnește două limite. În primul rând, avem în vedere obligația de interpretare conformă din perspectivă temporală, care va începe să fie impusă doar ulterior expirării termenului de transpunere a directivei. În al doilea rând, obligația de interpretare conformă a dreptului național cu dreptul european găsește o limitare în cazul în care o dispoziție este formulată într-un mod explicit.

Normele pot avea efecte directe și efecte indirecte. În cazul în care o dispoziție din cadrul unei directive nu poate să aibă efect direct, poate avea anumite efecte indirecte în ordinile juridice naționale. Având în vedere faptul că directiva nu poate să fie invocată în sine, aceasta poate avea totuși efecte privind interpretarea dreptului național.

Curtea Europeană a statuat obligația instanțelor statelor membre de a interpreta dreptul național în lumina întregului drept european. Această obligație a fost statuată și în sarcina organelor administrative².

Prin aplicarea dreptului național și în special a dispozițiilor unei legi naționale adoptate în vederea aplicării unei directive, instanța națională este obligată să interpreteze dreptul său național în lumina textului și a finalității directivei, în vederea obținerii rezultatului prevăzut la articolul 288 al treilea paragraf³.

Obligația de interpretare conformă este o obligație de atingere a rezultatului prin mijloace indirecte. Atunci când o directivă nu este suficient de precisă, ea este adresată legiuitorului național. Obligația acestuia din urmă este de a concretiza conținutul nedeterminat al directivei potrivit propriilor păreri naționale. În momentul în care legiuitorul nu a procedat astfel, sarcina este transferată parțial sistemului judiciar național. Astfel, ulterior expirării termenului de transpunere (nu există obligația de a interpreta dreptul național în lumina directivei în cazul în care termenul de transpunere nu a expirat, aspect consacrat în cauza *Adeneler și alții/ Ellinikos*

¹ A se vedea Mihaela Mazilu-Babel, Gabriela Zafir, <https://www.juridice.ro/258646/invocarea-si-aplicarea-directivelor-uniunii-europene-in-dreptul-intern-directiva-instrument-de-interpretare-a-dispozitiilor-normative-interne-ii.html>, *Juridice – Invocarea și aplicarea directivelor UE în dreptul intern*, vizitat la 07.01.2019.

² A se vedea Hotărârea *Henkel*, C-218/01, EU:C:2004:88.

³ A se vedea Hotărârea *von Colson și Elisabeth Kamann/Land Nordrhein-Westfalen*, C-14/83, EU:C:1984:153.

*Organismos Galaktos*¹⁾ instanțelor naționale le revine obligația de a „transpune” directiva pe cale judecătorească, printr-o interpretare judecătorească europeană a dreptului național².

Atunci când dreptul intern a fost adoptat pentru a transpune directiva, instanțele naționale trebuie să opereze cu prezumția că statul membru, după ce a utilizat marja de apreciere de care beneficiază în temeiul acestei dispoziții, a avut intenția să își îndeplinească pe deplin obligațiile ce decurg din directiva în cauză³.

Având în vedere natura obligației impuse autorității naționale, aceasta fiind o *obligație de interpretare*, va lua naștere doar în cadrul activității de aplicare a dreptului realizată de judecătorul național. Avem în vedere, de asemenea, și activitatea realizată de alte autorități ale statului.

Rezultă că obligația interpretării conforme impune instanțelor naționale să facă tot ce ține de competența lor, să ia în considerare ansamblul dreptului intern și să aplice metodele de interpretare pentru a garanta efectivitatea deplină a directivei pe care o au în vedere, să identifice o soluție conformă cu finalitatea urmărită de directivă.

Obligația de a interpreta dreptul național în conformitate cu directivele. Cauza Von Colson

Curtea a căutat să se asigure că directivele vor produce efecte chiar și în absența unei implementări adecvate. În acest sens, un punct de interes este reprezentat de cauza *Von Colson*⁴.

Astfel, Curtea a arătat că „Este totuși necesar să se precizeze că obligația statelor membre, care rezultă dintr-o directivă, de a atinge rezultatul prevăzut de aceasta, precum și îndatorirea statelor menționate, în temeiul articolului 5 din tratat, de a lua toate măsurile generale sau speciale necesare pentru a asigura îndeplinirea acestei obligații, se impun tuturor autorităților statelor membre, inclusiv autorităților jurisdicționale, în cadrul competențelor acestora. Rezultă

¹ A se vedea Hotărârea *Adeneler și alții/ Ellinikos Organismos Galakto*, C-212/04, EU:C:2006:443.

² A se vedea A se vedea R. Schütze, *op.cit.*, p. 320.

³ A se vedea Hotărârea *Pfeiffer*, C-397/01-C-403/01, EU:C:2004:584.

⁴ *Arbeitsgericht Hamm*, instanță din Germania, a adresat Curții mai multe întrebări preliminare, în temeiul art. 177 din Tratatul CEE, referitoare la interpretarea Directivei 76/207 a Consiliului din 9 februarie 1976 privind punerea în aplicare a principiului egalității de tratament între bărbați și femei, în ceea ce privește accesul la încadrarea în muncă, la formarea și la promovarea profesională, precum și condițiile de muncă.

de aici că, prin aplicarea dreptului național și în special a dispozițiilor unei legi naționale special adoptate în vederea aplicării Directivei 76/207, instanța națională este obligată să interpreteze dreptul său național în lumina textului și a finalității directivei, în vederea obținerii rezultatului prevăzut la articolul 189 al treilea paragraf. Este de competența instanței naționale să confere legii adoptate în vederea aplicării directivei, de fiecare dată când dreptul național îi acordă o marjă de apreciere, o interpretare și o aplicare conforme cu exigențele dreptului comunitar.”¹.

Concluzia desprinsă din hotărârea dată de Curtea de Justiție în Cauza *Von Colson* este aceea că instanțele naționale sunt organe ale statului, responsabile pentru îndeplinirea obligațiilor lor decurgând din dreptul Uniunii Europene. Astfel, instanța germană era cea care putea să suplinească legislația internă care nu oferea o reparație corespunzătoare, pe calea interpretării acesteia în conformitate cu directiva care prevedea o reparație reală și efectivă.

Obligația se aplică și între persoane private

Un punct de referință privind aplicarea în cauzele orizontale a obligației instanței de a interpreta dreptul național în lumina unei directive neimplementate sau implementate necorespunzător este reprezentat de Hotărârea *Marleasing*².

Cauza *Marleasing* viza un litigiu între două persoane private. Societatea reclamantă a introdus o acțiune împotriva unei alte societăți, întrucât aceasta fusese creată cu unicul scop de a fraudă creditorii, printre care se afla și societatea reclamantă.

Instanța spaniolă a trimis o cerere preliminară, întrebând dacă directiva putea avea efect direct între două persoane private, astfel încât să excludă constatarea nulității contractului de societate pentru alte motive decât cele prevăzute de directivă.

Pentru a răspunde la această întrebare Curtea a reamintit considerentele din Hotărârea sa din 10 aprilie 1984, *Von Colson și Kamann*, respectiv obligația statelor membre care decurge dintr-o directivă, de a atinge rezultatul prevăzut de aceasta, precum și datoria lor, în temeiul articolului 4 din TUE, de a lua toate măsurile generale sau speciale, necesare pentru a asigura îndeplinirea acestei obligații. Astfel, această obligație se impune tuturor autorităților statelor

¹ A se vedea Hotărârea *von Colson și Elisabeth Kamann/Land Nordrhein-Westfalen* (EU:C:1984:153), punctul 26.

² A se vedea Hotărârea *Marleasing*, C-106/89, EU:C:1990:395.

membre, inclusiv autorităților judecătorești, în cadrul competențelor lor, Curtea stabilind că obligația de a interpreta dreptul național în lumina prevederilor europene se aplică și între persoane private.

Obligația se aplică întregului drept național, nu numai legislației pentru implementarea unei directive

Un al doilea aspect clarificat de *Marleasing*¹ îl constituie faptul că obligația interpretării armonioase se aplică chiar și în cazul în care dreptul național antedatează directiva și nu are o legătură specială cu acesta. În *Marleasing* nu exista legislație pentru implementarea directivei, care să poată fi interpretată în lumina acesteia, ci numai drept intern care precedea directiva și care nu era menit să o pună în aplicare².

Obligația de interpretare nu cere o interpretare contra legem a dreptului național

Instanțele naționale nu sunt obligate să interpreteze dreptul național *contra legem*. Curtea susține astfel că formularea clară și lipsită de ambiguitate a unei dispoziții naționale constituie o limită absolută a interpretării sale³.

Cauza *Pfeiffer*⁴, având ca obiect aplicarea Directivei privind timpul de lucru în cazul serviciilor medicale de urgență, a fost prilejul pentru Curte de a statua că principiul interpretării în conformitate cu dreptul comunitar (în acest moment dreptul Uniunii Europene) impune instanței să facă tot ce ține de competența sa, având în vedere totalitatea regulilor din dreptul național.

Obligația pozitivă de interpretare armonioasă se aplică numai după ce termenul limită pentru transpunerea directivei a expirat

În cauza *Adeneler*⁵ Curtea a clarificat în mod direct faptul că obligația de interpretare a dreptului național în lumina dreptului Uniunii ia naștere numai după ce a expirat termenul de transpunere a directivei. Rezultă că obligația generală care incumbă instanțelor naționale de a

¹ A se vedea Hotărârea *Marleasing* (EU:C:1990:395).

² A se vedea P. Craig, *op.cit.*, p. 360.

³ A se vedea Hotărârea *Kücükdeveci*, C-555/07, EU:C:2010:21

⁴ A se vedea Hotărârea *Pfeiffer* (EU:C:2004:584).

⁵ A se vedea Hotărârea *Adeneler și alții/ Ellinikos Organismos Galakto* (EU:C:2006:443).

interpreta dreptul intern de o manieră conformă cu directiva nu există decât de la expirarea termenului de transpunere.

2. EFECTE INDIRECTE PRIN INTERMEDIUL DREPTULUI EUROPEAN

În momentul în care interpretarea conformă a dreptului național în lumina dispozițiilor europene este îngădită de una dintre cele două limite ale sale, respectiv limita temporală și cea normativă, dreptul național nu poate să fie utilizat ca intermediar al efectelor indirecte ale dreptului european.

Curtea Europeană a conturat o altă cale pentru promovarea efectului indirect al directivelor, prin intermediul principiilor generale nescrise ale dreptului european.

Această nouă cale privind efectul indirect al directivelor a fost deschisă prin hotărârea dată în cauza *Mangold*¹. Cauza a vizat legea germană a muncii. Legea națională a muncii, care a transpus o Directivă europeană în domeniu, permitea încheierea de contracte de muncă pe durată determinată, în cazul în care lucrătorul atinsese vârsta de 52 de ani. Cu toate acestea, legea germană părea să încalce o a doua directivă în materie.

Problemele care se ridicau în această cauză erau de așa natură încât era exclus efectul direct al directivei. Totodată, efectul indirect, al interpretării conforme era inaplicabil. Astfel, ne aflăm în prezența unui litigiu între doi particulari și, în același timp, nu expirase încă termenul de transpunere a celei de-a doua directive, rezultând că nu se putea ajunge la o interpretare conformă a dreptului național cu cel european.

Curtea a identificat un principiu general de drept de care statele membre erau ținute în momentul în care pun în aplicare dreptul european. În speță, Curtea s-a raportat la *principiul nediscriminării pe motive de vârstă*.

CONCLUZII

O directivă poate să lase o anumită discreție statelor membre deoarece ea va necesita măsuri de implementare, iar dacă scopul său este stabilit doar în termeni generali, s-ar putea să

¹ A se vedea Hotărârea *Mangold*, C-144/04, EU:C:2005:709.

nu fie suficient de precisă pentru a permite aplicarea corespunzătoare de către organele judiciare naționale¹.

În momentul în care pornim de la obiectivele pe care o directivă își propune să le atingă, un rol important în ajungerea la rezultatul final revine statelor membre, prin obligația acestora de a implementa directiva într-un mod corespunzător.

Dacă statele nu reușesc sau refuză să implementeze sau să aplice într-un mod corespunzător astfel de măsuri, politicile Uniunii Europene vor avea de suferit. Pentru această situație și pentru a ajunge la eficiența juridică a directivelor, Curtea a promovat teoriile efectului direct și a celui indirect.

Curtea Europeană a încurajat aplicarea și eficiența directivelor și a dezvoltat principiul interpretării armonioase sau efectul indirect al directivelor.

Obligația de a interpreta în lumina dreptului European dreptul național, se aplică întregului drept național (nu doar a normelor folosite pentru a transpune directiva), fără a cere o interpretare contrară dreptului național, inclusiv între două persoane fizice.

Statele membre vor avea la dispoziție întregul termen de transpunere a directivei, astfel că obligația de interpretare conformă va începe să producă efecte doar după expirarea acestui termen.

În final, statele membre vor putea fi trase la răspundere, pentru a repara prejudiciile rezultate din netranspunerea la timp a directivei. În loc să încerce să aplice directiva împotriva persoanei de drept privat în sarcina căreia ar fi impusă obligația dacă directiva ar fi fost transpusă într-un mod corespunzător, persoana poate introduce o acțiune în despăgubiri împotriva statului².

Există și o limitare în legătură cu efectul indirect al directivei prin aplicarea principiului interpretării conforme. Acest principiu se poate aplica doar dacă legea națională este neclară și permite judecătorului național o marjă suficientă de interpretare.

¹ A se vedea P. Craig, *op.cit.*, p. 349.

² A se vedea P. Craig, *op.cit.*, p. 374.

Funcțiile interpretării conforme a dreptului național în raport cu dreptul Uniunii europene

Andreea-Livia RICU,
Auditor de justiție

În sens larg, **interpretarea conformă** este o metodă de interpretare și presupune o operațiune intelectuală ce vizează alinierea semnificației dispoziției interpretate la sensul dispoziției de referință. În sens restrâns, interpretarea conformă se referă la o obligație consacrată de Curtea de justiție a Uniunii europene (CJUE) în scopul de a garanta respectarea dreptului Uniunii atât de către instituțiile europene, cât și de către autoritățile naționale. Cu titlu prealabil, trebuie precizat că interpretarea conformă operează pe trei niveluri distincte: interpretarea conformă a dreptului derivat în raport cu dreptul primar al Uniunii, interpretarea conformă a dreptului Uniunii în raport cu dreptul internațional și, respectiv, interpretarea conformă a dreptului național în raport cu dreptul Uniunii. Pentru scopul acestui articol, ne vom limita la cea urmă ipoteză și, anume, la interpretarea dreptului intern în conformitate cu dreptul Uniunii europene (UE).

Interpretarea conformă a dreptului național a fost consacrată pe cale pretoriană, prin intermediul jurisprudenței CJUE. Deși au existat indicii în jurisprudența anterioară¹, prin hotărârea *Von Colson și Kamann*², Curtea a recunoscut, pentru prima dată în mod explicit, existența unei obligații de interpretare conformă care revine instanțelor naționale. Ulterior, interpretarea conformă a fost ridicată la rangul de principiu al dreptului Uniunii³.

¹ CJCE, hotărârile din 12 noiembrie 1974, *Haaga*, C-32/74, EU:C:1974:116 și din 20 mai 1976, *Mazzalai*, C-111/75, EU:C:1976:68, punctele 6-10.

² CJCE, hotărârea din 10 aprilie 1984, *Von Colson și Kamann*, C-14/83, EU:C:1984:153, punctul 26: „[...] prin aplicarea dreptului național și în special a dispozițiilor unei legi naționale special adoptate în vederea aplicării Directivei 76/207, instanța națională este obligată să interpreteze dreptul său național în lumina textului și a finalității directivei, în vederea obținerii rezultatului prevăzut la articolul 189 al treilea paragraf.”

³ CJCE, hotărârea din 5 octombrie 2004, *Pfeiffer*, C-397/01 la C-403/01, EU:C:2004:584, punctul 114: „Cerința unei interpretări conforme a dreptului național este inherentă sistemului tratatului prin faptul că permite instanței naționale să asigure, în cadrul competențelor acesteia, eficacitatea deplină a dreptului comunitar atunci când soluționează litigiul cu care este sesizată.”

Din jurisprudența constantă a Curții rezultă că principiul interpretării conforme provine din preocuparea judecătorului Uniunii de a găsi un fel de remediu pentru directivele care nu puteau produce niciun efect în dreptul intern, ca urmare a lipsei transpunerii sau a transpunerii incorecte și în cazul în care dispozițiile acestora nu puteau fi aplicate în mod direct de către judecătorul național. Totuși, spre deosebire de efectul direct al dreptului Uniunii¹, care presupune aplicarea directă a unei dispoziții UE, în cazul interpretării conforme, normele de drept european nu primesc o aplicare directă, ci una *mediată*. Astfel, prin interpretarea unei norme interne în conformitate cu textul și obiectivul normei europene se înțelege mecanismul prin care norma internă este cea care primește aplicare, dar sensul este cel compatibil cu standardul Uniunii. Tocmai din acest motiv, interpretarea conformă mai poartă și denumirea de **aplicare indirectă**.

Cu toate că, la apariția sa, interpretarea conformă a trecut aproape neobservată - mai ales în doctrină - și a jucat doar un rol marginal în invocarea dreptului Uniunii², hotărârile recente ale CJUE arată că interpretarea conformă ocupă astăzi un loc central în jurisprudența sa³. Importanța deosebită ce revine interpretării conforme se datorează funcțiilor pe care aceasta le îndeplinește și anume: funcția supletivă, funcția preventivă și funcția conciliatorie.

În cele ce urmează vom analiza, în primul rând, *funcția supletivă* a interpretării conforme, care se referă la posibilitatea de a asigura o mai bună respectare a dreptului Uniunii europene, chiar și în situația în care dispozițiile europene nu pot produce un efect direct în dreptul intern (1). În al doilea rând, vom explica în ce constă *funcția preventivă*, respectiv obligația instanțelor naționale de a se abține de la o interpretare a dreptului național vădit contrară unei norme a dreptului Uniunii, încă dinainte ca acelei norme să îi fi expirat termenul în care trebuie transpusă în dreptul intern (2). În final, ne vom concentra atenția asupra *funcției conciliatorii* a interpretării conforme care justifică locul prioritar pe care CJUE îl conferă acestei modalități de invocare a

¹ Prin hotărârea *Van Gend en Loos*, Curtea a stabilit următoarele: „Comunitatea constituie o nouă ordine juridică de drept internațional, în favoarea căreia statele și-au limitat drepturile suverane, chiar dacă într-un număr limitat de domenii, și ale cărei subiecte sunt nu numai statele membre, ci și resortisanții acestora.” (CJCE, hotărârea din 5 februarie 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, EU:C:1963:1);

² Gerrit BETLEM, „The doctrine of Consistent Interpretation. Managing Legal Uncertainty”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, n° 3, 2002, p. 399.

³ Denys SIMON, „Répenser le raisonnement interprétatif : autonomie ou circulation des principes, des méthodes et des techniques, dans les rapports de systèmes”, în Baptiste BONNET (coord.), „Traité des rapports entre ordres juridiques”, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2016, p. 612.

dreptului Uniunii în jurisprudența sa. Această funcție se referă, în linii mari, la o mai bună armonizare a dreptului intern cu dreptul Uniunii, astfel încât să se evite situațiile în care judecătorul național ar fi obligat să înlăture o normă internă pentru a ajunge la o soluție compatibilă cu dreptul Uniunii. Totodată, așa cum vom observa, preferința Curții pentru interpretarea conformă reflectă o schimbare de optică a statelor membre față de dreptul Uniunii, dat fiind că, din ce în ce mai des, aceste statele se conformează în mod voluntar normelor UE (3).

Funcția supletivă

Potrivit doctrinei pertinente în materie¹, funcția supletivă a interpretării conforme este cea mai evidentă în cazul *directivelor*. Într-adevăr, rațiunea de a fi a interpretării conforme a izvorât, la origine, din necesitatea de a surmonta lipsa efectului direct al directivelor.

Desigur, începând cu hotărârea de principiu *Van Duyn*, Curtea a statuat că, deși articolul 189 din Tratatul privind Comunitatea Europeană (devenit articolul 288 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene - TFUE) nu consacră în mod expres efectul direct al directivelor, dispozițiile acestora pot fi invocate direct de către persoane fizice în anumite condiții². Astfel, efectul direct al directivelor nu intervine decât pentru dispozițiile clare și precise (sau care pot fi clarificate prin interpretare judiciară), precum și necondiționate din punct de vedere juridic, adică, capabile să creeze drepturi subiective³. De exemplu, într-un caz recent, *Pantuso*, Curtea a considerat că obligația de plată a medicilor specialiști în timpul perioadei de formare prevăzută de Directiva 75/363/ CEE, astfel cum a fost modificată, este, ca atare, necondiționată și suficient de precisă. Pe de altă parte, din moment ce directiva în cauză nu definește cuantumul remunerației sau modalitățile de stabilire a acesteia, aceste definiții intră în competența statelor membre. Rezultă că, pentru aplicarea dispozițiilor ce reglementează obligația de plată a medicilor specialiști în timpul perioadei de formare este necesară intervenția statelor, astfel încât acestea nu pot fi considerate ca având un caracter necondiționat. În plus, în lipsa unei transpuneri în dreptul intern, judecătorul nu se poate substitui legiuitorului pentru a preciza condițiile în care

¹ Rebert KOVAR, „*L'interprétation des droits nationaux en conformité avec le droit communautaire*”, în „*La France, l'Europe et le monde – Mélanges en l'honneur de J. Charpentier*”, Paris, Pedone, 2008, p. 391.

² CJCE, hotărârea din 4 decembrie 1974, *Van Duyn*, C-41/74, EU:C:1974:133, punctele 12-15.

³ CJCE, hotărârea din 19 ianuarie 1982, *Becker*, C-8/81, EU:C:1982:7, punctul 25; CJUE, hotărârile din 12 decembrie 2013, *Portgás*, C-425/12, EU:C:2013:829, punctul 18, din 14 ianuarie 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2, punctul 31 și din 15 mai 2014, *Almos Agrárkülkereskedelmi*, C-337/13, EU:C:2014:328, punctul 31.

directiva poate fi aplicată direct. În acest caz, singura modalitate de a asigura o aplicare (indirectă) a directivei este interpretarea conformă a dreptului național¹.

De asemenea, efectul direct al directivelor este doar vertical și ascendent, ceea ce exclude posibilitatea unui stat membru de a invoca o directivă împotriva unei persoane de drept privat (efect direct vertical descendent²) și posibilitatea invocării unei directive în cadrul unui litigiu între persoane de drept privat (efect direct orizontal³). În ceea ce privește lipsa de efect direct orizontal, Curtea a statuat în repetate rânduri că nici chiar o dispoziție clară, precisă și necondiționată a unei directive care are ca obiect să confere drepturi sau să impună obligații particularilor nu poate fi aplicată ca atare în cadrul unui litigiu care se poartă exclusiv între particulari⁴.

Refuzând recunoașterea unui efect direct orizontal, Curtea a respectat logica tratatelor constitutive care operează o distincție între regulamente și directive. Astfel, spre deosebire de regulamente care sunt menite să creeze obligații pentru particulari prin ele-însele (să se aplice direct), directivele cuprind obligații adresate numai statelor membre, anume acelea de a le transpune în dreptul intern. Prin urmare, directivele nu pot produce efect direct în litigiile dintre particulari, deoarece acestora nu le incumbă nicio obligație care să rezulte în mod direct din dispozițiile directivelor.

¹ CJCE, hotărârea din 24 ianuarie 2018, *Pantuso*, C-616/16 și C-617/16, EU:C:2018:32, punctele 40-45.

² Este vorba despre aplicarea în dreptul Uniunii europene a adagiului latinesc « *Nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans* », cunoscut și ca principiul „estoppel” în dreptul anglo-saxon: « [...] *statul membru care nu a adoptat în termenul stabilit măsurile de punere în aplicare impuse de directivă nu poate invoca împotriva persoanelor particulare propria neîndeplinire a obligațiilor conținute de această directivă.* ” (CJCE, hotărârea din 7 aprilie 1979, *Ratti*, C-148/78, EU:C:1979:110, punctul 22) ; „*Dintr-o directivă netranspusă în ordinea juridică internă de către un stat membru nu pot rezulta obligații pentru particulari nici față de alți particulari și nici, cu atât mai mult, față de stat însuși.* ” (CJCE, hotărârea din 11 iunie 1987, *Pretore di Salò*, C-14/86, EU:C:1987:275, punctul 19).

³ CJCE, hotărârile din 26 februarie 1986, *Marshall*, C-152/84, EU:C:1986:84, punctul 48, din 13 noiembrie 1990, *Marleasing*, C-106/98, ECLI:EU:C:1990:395, punctul 6 și din 14 iulie 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, EU:C:1994:292, punctul 20.

⁴ CJUE, hotărârile din 19 ianuarie 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, EU:C:2010:21, punctul 46, din 15 ianuarie 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2, punctul 36 și din 27 februarie 2014, *Osa*, C-351/12, EU:C:2014:110, punctul 43.

Prima funcție a interpretării conforme se înscrie, așadar, în acest context în care se urmărește descoperirea unui „paliativ”¹ pentru absența efectului direct al unei directive netranspuse sau incorect transpuse în dreptul intern și urmărește să evite, în măsura posibilului, situația în care directiva ar fi lipsită de orice eficacitate².

Avantajul acestui mecanism este că interpretarea conformă se impune chiar și atunci când directiva nu îndeplinește condițiile tehnice pentru a avea efect direct, precum și indiferent dacă vizează litigii „verticale” sau „orizontale”³. Așa cum avocatul general Kokott a precizat în concluziile scrise din cauza *Kofoed*, este permisă aplicarea dreptului comunitar prin intermediul dispozițiilor de drept intern, altfel spus recurgerea la o aplicare indirectă a dreptului comunitar, în detrimentul unui particular⁴. Astfel, potrivit unei jurisprudențe constante, „instanțele naționale sunt obligate, atunci când aplică dreptul intern și în special dispozițiile unei reglementări adoptate anume în scopul punerii în aplicare a cerințelor unei directive, să interpreteze aceste dispoziții de drept, în cea mai mare măsură posibilă, în lumina textului și a finalității acestei directive pentru a atinge rezultatul urmărit de aceasta”⁵.

În hotărârea *Ambisig*⁶, spre exemplu, Curtea reține, în lipsa unei transpuneri corecte în dreptul intern a Directivei 2004/18/CE, că această directivă îndeplinește criteriile tehnice ale efect direct. Cu toate acestea, directiva nu putea fi invocată în mod direct împotriva autorității contractante pentru motivul că aceasta avea calitatea de persoană de drept privat și nu putea fi asimilată unei entități publice. Prin urmare, apelând la funcția paliativă a interpretării conforme,

¹ Denys SIMON, „*La panacée de l'interprétation conforme : injection homéopathique ou thérapie palliative ?*”, în „*De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins – Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*”, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 279-300.

² Thomas VON DANWITZ, „*Effets juridiques des directives selon la jurisprudence récente de la Cour de justice. Effet anticipé, primauté et application "combinée" avec les principes généraux du droit*”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2007, pp. 575-595.

³ Catherine HAGUENAU-MOIZARD, „*Pour la reconnaissance d'un effet direct horizontal aux directives*”, *Revue de l'Union européenne*, 2011, n° 550, pp. 454 și urm.

⁴ Concluziile avocatului general Juliane Kokott, prezentate la 8 februarie 2007, în cauza *Kofoed*, C-321/05, EU:C:2007:408, punctul 65.

⁵ CJCE, hotărârile din 5 octombrie 2004, *Pfeiffer*, C-397/01 la C-403/01, EU:C:2004:584, punctul 113 și din 15 aprilie 2008, *Impact*, C-268/06, EU:C:2008:223, punctul 98.

⁶ CJUE, hotărârea din 7 iulie 2016, *Ambisig*, C-46/15, EU:C:2016:530.

Curtea statuează că îi revine însă instanței naționale sarcina de a interpreta dreptul intern, în măsura posibilului, în lumina textului și a finalității Directivei 2004/18/CE.

Chiar dacă interpretarea conformă a fost consacrată de Curte în contextul aplicării directivelor, nu trebuie să se înțeleagă că această modalitate de aplicare a dreptului Uniunii se referă exclusiv la directive. Din contră, obligația de interpretare conformă a evoluat într-o manieră similară în contextul aplicării *deciziilor-cadru*, adoptate în baza pilonului al III-lea, din cauza asemănării lor structurale cu directivele¹.

Extinderea domeniului interpretării conforme în privința deciziilor-cadru rezultă din hotărârea *Pupino*². Ulterior, Curtea de Justiție a afirmat în repetate rânduri că, deși deciziile-cadru nu pot să aibă efect direct, caracterul lor obligatoriu determină totuși în privința autorităților naționale, în special a instanțelor naționale, o obligație de interpretare conformă a dreptului național³.

Cu toate că structura în trei piloni a dispărut odată cu intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, aplicarea deciziilor cadru continuă să producă o jurisprudență abundentă. Este cazul, mai ales, al Deciziei-cadru 2002/584/CE privind mandatul european de arestare, astfel cum a fost modificată prin Decizia-cadru 2009/299/CE, a cărei interpretare face obiectul a numeroase hotărâri. Ca exemplu, se pot menționa hotărârile *Lopes Da Silva Jorge*⁴, *JZ*⁵, *Popławski*⁶ și *Tadas Tupikas*⁷, care clarifică nu doar modul în care pot fi invocate deciziile-cadru, ci și modul de operare al principiului interpretării conforme.

În plus, Curtea nu a limitat principiul interpretării conforme numai în privința directivelor și a deciziilor-cadru, ci a statuat că acesta se poate aplica tuturor surselor de drept ale Uniunii pentru a asigura eficacitatea normelor UE. Cazul *regulamentelor* este un exemplu elocvent în acest sens. În hotărârea *Monte Arconsu*, Curtea a considerat că, deși natura și funcția

¹ Concluziile avocatului general Juliane Kokott, prezentate la 11 noiembrie 2004 în cauza *Pupino*, C-105/03, EU:C:2005:386, punctul 28.

² CJCE, hotărârea din 16 iulie 2005, *Pupino*, C-105/03, EU:C:2005:386, punctul 33.

³ CJUE, hotărârile din 5 septembrie 2012, *Lopes Da Silva Jorge*, C-42/11, EU:C:2012:517, punctul 53 și din 8 noiembrie 2016, *Ognyanov*, C-554/14, EU:C:2016:835, punctul 58.

⁴ CJUE, hotărârea din 5 septembrie 2012, *Lopes Da Silva Jorge*, C-42/11, EU:C:2012:517, punctele 53-57.

⁵ CJUE, hotărârea din 28 iulie 2016, *JZ*, C-294/16 PPU, EU:C:2016:610, punctele 32-33.

⁶ CJUE, hotărârea din 29 iunie 2017, *Popławski*, C-579/15, EU:C:2017:503, punctele 21-23 și 28-31.

⁷ CJUE, hotărârea din 10 august 2017, *Tadas Tupikas*, C-270/17 PPU, EU:C:2017:628, punctul 92.

regulamentelor din sistemul surselor de drept ale Uniunii implică faptul că dispozițiile lor „au, în general, efect imediat în sistemele juridice naționale [...], anumite dispoziții ale acestora pot totuși să impună, pentru punerea lor în aplicare, adoptarea de către statele membre a unor măsuri de punere în aplicare”¹. Astfel, în cazul în care un regulament nu conține o sancțiune specifică pentru încălcarea unei dispoziții prevăzute în cuprinsul său sau trimite la dispozițiile dreptului intern în scopul stabilirii unei asemenea sancțiuni, raționamentul urmărit în privința directivelor va fi aplicabil și în cazul regulamentelor. Într-adevăr, în măsura în care regulamentul este incomplet, dispozițiile sale nu sunt necondiționate și, prin urmare, nu pot fi de aplicare directă. Într-un astfel de caz, eficacitatea unui regulament poate fi asigurată printr-o interpretare a dispozițiilor naționale în conformitate cu obiectivele stabilite de regulamentul în cauză. În hotărârea *X*, Curtea a confirmat că obligația instanței naționale de a interpreta dreptul intern în conformitate cu cerințele dreptului Uniunii este aplicabilă și în cazul în care regulamentele nu impun o armonizare totală².

Funcția preventivă

În principiu, CJUE nu impune statelor membre să adopte măsuri pentru punerea în aplicare a directivelor până la expirarea termenului de transpunere³. În această perioadă, statele membre dispun de o marja de apreciere cu privire la forma și la mijloacele prin care să asigure transpunerea directivelor în dreptul intern, astfel încât să atingă rezultatul prevăzut de acestea. Această logică a determinat Curtea să decidă că obligația generală care incumbă instanțelor naționale de a interpreta dreptul intern într-o manieră conformă cu directiva nu există decât odată cu expirarea termenului de transpunere⁴. O posibilă explicație este că, atâta timp cât legiuitorul își păstrează marja de apreciere în ceea ce privește modalitatea de transpunere a directivei în

¹ CJCE, hotărârea din 11 ianuarie 2001, *Monte Arcosu*, C-403/98, EU:C:2001:6, punctul 26.

² CJCE, hotărârea din 7 ianuarie 2004, *X*, C-60/02, EU:C:2004:10, punctul 59.

³ CJCE, hotărârea din 18 decembrie 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, EU:C:1997:628, punctul 45.

⁴ CJCE, hotărârile din 4 iulie 2006, *Adeneler*, C-212/04, EU:C:2006:443, punctul 115 și din 23 aprilie 2009, *Angelidaki*, C-378/07 la C-380/07, EU:C:2009:250, punctul 201, precum și ordonanța din 12 iunie 2008, *Vassilakis*, C-364/07, EU:C:2008:346, punctul 63.

dreptul intern, ar fi contrar principiului separării puterilor în stat să i se permită judecătorului să se substituie puterii legislative și să aplice directiva prin intermediul interpretării conforme.

Cu toate acestea, nu trebuie ignorată existența unei invocabilități preventive¹ pe care Curtea a consacrat-o prin hotărârea *Inter-Environnement Wallonie*². Această formă de invocabilitate impune statelor membre, începând cu momentul intrării în vigoare a directivei, să se abțină să adopte dispoziții care ar putea compromite grav rezultatul prevăzut de directivă. Cu alte cuvinte, ceea ce se interzice este o încălcare virtuală a dreptului Uniunii, dar care se va concretiza în mod inevitabil la momentul la care va expira termenul de transpunere stabilit³. Această obligație de a nu priva directiva de posibilitatea atingerii scopul pe care îl urmărește poate fi caracterizată ca o obligație de a nu face și incumbă tuturor autorităților statale, inclusiv autorităților judiciare.

În ceea ce privește obligația instanțelor naționale, Curtea a precizat, în hotărârea *Adeneler*, că acestora le revine obligația ca, începând cu data la care directiva intră în vigoare, să se abțină în măsura posibilului să interpreteze dreptul intern într-o manieră care ar risca să compromită grav, după expirarea termenului de transpunere, realizarea obiectivului urmărit de acea directivă⁴. În acest sens, judecătorul național trebuie să examineze, în special, dacă dispozițiile în cauză se prezintă drept o transpunere completă a directivei. Totodată, trebuie să analizeze dacă efectele concrete ale aplicării acestor dispoziții ar fi neconforme directivei și ar putea lăsa să se prezume faptul că rezultatul prevăzut de directivă nu va fi atins în cazul în care nu este posibilă o modificare în timp util a acestor dispoziții⁵.

Funcția preventivă a obligației de interpretare conformă nu beneficiază însă de o aplicabilitate extinsă. Aceasta are ca scop doar împiedicarea instanțelor naționale să confere dreptului intern o interpretare care ar pune în pericol *grav* atingerea rezultatul prevăzut de

¹ Denys SIMON, „*Le système juridique communautaire*”, ediția 3, Presses universitaires de France, 2001, par. 345.

² CJCE, hotărârea din 18 decembrie 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, EU:C:1997:628.

³ Denys SIMON, „*Invocabilité du droit communautaire et stratégies juridictionnelles*”, în Guy CANIVET, Laurence IDOT, Denys SIMON, „*Lamy procédures communautaires*”, 2 vol., Paris, Lamy Wolters Kluwers, 2005, par. 210-125.

⁴ CJCE, hotărârea din 4 iulie 2006, *Adeneler*, C-212/04, EU:C:2006:443, punctul 123; a se vedea și CJCE, ordonanța din 12 iunie 2008, *Vassilakis*, C-364/07, EU:C:2008:346, punctul 71, precum și hotărârea din 27 octombrie 2016, *Emil Milev*, C-439/16 PPU, EU:C:2016:818, punctul 32.

⁵ CJCE, hotărârea din 18 decembrie 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, EU:C:1997:628, punctele 47-48.

directivă la expirarea termenului de transpunere. Astfel, funcția preventivă nu va fi aptă să elimine orice incompatibilitate dintre măsura națională tranzitorie și directiva în cauză și nu va impune în orice situație ca instanțele naționale să recurgă la o interpretare conformă anticipată. Această obligație va interveni numai în cazul în care incompatibilitatea dintre norma națională tranzitorie și scopul directivei ar comporta un risc serios de a aduce atingere scopului fixat de directivă la momentul expirării termenului de transpunere. De exemplu, Curtea a stabilit că nu există o asemenea incompatibilitate în situația în care statul membru a adoptat dispoziții provizorii sau a decis să pună în aplicare directiva în mai multe etape¹.

Prin urmare, aplicarea limitată a funcției preventive este justificată de asigurarea marjei de apreciere de care dispun statele membre atunci când transpun o directivă în dreptul intern. În același timp, recunoașterea unei obligații de interpretare conformă anticipată a reprezentat o evoluție semnificativă a dreptului Uniunii pentru că ilustrează faptul că statele membre nu dispun de o libertate absolută pe durata termenului de transpunere a directivelor.

Funcția conciliatorie

Funcția conciliatorie a interpretării conforme se referă la posibilitatea de a evita un conflict de legi între ordinea juridică a Uniunii europene și sistemele de drept naționale. Aceasta constă în stabilirea unei ordini de prioritate între diferitele forme de invocabilitate ale dreptului UE, în cadrul căreia interpretarea conformă să fie primul reflex al judecătorului, în timp ce efectul direct să constituie doar o *ultima ratio*.

Prin hotărârea *Dominguez*, Curtea recunoaște în mod explicit, pentru prima dată, o prioritate tehnică în favoarea interpretării conforme față de celelalte forme de invocabilitate. Potrivit CJUE, „trebuie arătat încă de la început că problema dacă o dispoziție națională, în măsura în care este contrară dreptului Uniunii, nu trebuie aplicată se pune numai în cazul în care nu este posibilă nicio interpretare conformă a dispoziției în cauză”². Altfel, în măsura în care instanța națională poate interpreta dispoziția internă în conformitate cu dreptul Uniunii, acest mecanism juridic va servi drept un mijloc de reconciliere între dispozițiile naționale și cele ale dreptului Uniunii. Din acest motiv, instanța națională nu va mai trebui să își pună întrebarea dacă dispoziția internă trebuie înlăturată sau dacă trebuie să înlocuiască această dispoziție cu o alta

¹ *Ibidem*, punctul 49.

² CJUE, hotărârea din 24 ianuarie 2012, *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, punctul 23.

aparținând dreptului Uniunii, astfel încât să se asigure respectarea acestuia din urmă, a cărui prioritate față de dreptul intern este consacrată de CJUE¹.

Este adevărat că, în această hotărâre de principiu, având în vedere caracterul orizontal al litigiului în cauză, numai interpretarea conformă putea asigura respectarea art. 7 din Directiva 2003/88/CE care consacră dreptul la concediu anual plătit. În speță, doamna Dominguez s-a aflat în concediu medical în perioada cuprinsă între 3 noiembrie 2005 și 7 ianuarie 2007, în urma unui accident de traseu survenit între domiciliul acesteia și locul său de muncă. Aceasta a solicitat instanțelor franceze să beneficieze de concediu plătit pentru perioada în cauză sau, în subsidiar, de plata unei indemnizații compensatorii. Dreptul francez prevedea că trebuie asimilat unui timp de muncă efectivă, pentru calcularea concediilor plătite, anumite situații precum: perioadele de concediu plătit, perioadele de repaus compensatoriu, perioadele de concediu de lehzuzie etc., dar nu și perioada de suspendare a contractului de muncă în urma unui accident de traseu. Curtea a precizat însă că instanțele naționale sunt obligate ca, înainte să analizeze dacă se pune problema înlăturării unei dispoziții de drept intern pentru a da eficacitate dreptului UE, să stabilească dacă o dispoziție din dreptul intern permite o interpretare conformă cu scopul prevăzut de directiva în cauză. Deși această apreciere aparține exclusiv judecătorului național, singurul interpret al dreptului intern, CJUE lasă să se înțeleagă că în dreptul francez exista o dispoziție care să poată fi interpretată în sensul asimilării perioadei de suspendare a contractului de muncă în urma accidentului de traseu unui timp de muncă efectivă pentru calcularea concediilor plătite. Rezultă că, în acest caz, funcția conciliatorie a interpretării conforme se combină cu funcția supletivă.

Curtea a confirmat însă că interpretarea conformă trebuie să beneficieze de prioritate tehnică față de celelalte forme de invocabilitate inclusiv în situația în care prevederile legislației UE ar avea efect direct. De exemplu, în hotărârea *Amia*, Curtea a reiterat că, înainte de a lăsa neaplicate dispozițiile naționale într-o cauză, revine instanței naționale sarcina de a verifica, luând în considerare nu numai dispozițiile menționate, ci ansamblul dreptului intern, atât material, cât și procedural, și aplicând metodele de interpretare recunoscute de acest drept, dacă nu poate ajunge la o interpretare a dreptului național menționat care să fie conformă cu textul și cu finalitatea directivei în cauză². În speță, *Amia*, societate care se ocupa cu exploatarea unui depozit de deșeuri situat în Palermo, a fost supusă taxei speciale pentru depozitarea deșeurilor

¹ CJCE, hotărârea din 15 iulie 1964, *Costa împotriva ENEL*, C-6/64, EU:C:1964:66.

² CJUE, hotărârea din 24 mai 2012, *Amia*, C-97/11, EU:C:2012:306, punctele 30-31.

solide și trebuia să repercuteze această taxă asupra colectivităților locale, în conformitate cu directivele europene în materie. Având în vedere că Amia nu a efectuat decât o plată parțială a taxei aferente, Provincia Regionale di Palermo i-a adresat o înștiințare de plată în vederea recuperării taxei neplătite. Ca urmare, Amia s-a adresat instanței italiene pentru contestarea înștiințării de plată, iar aceasta din urmă a adresat o întrebare preliminară către CJUE cu privire la necesitatea de a lăsa neaplicate dispozițiile din dreptul intern întrucât sunt contrare Directivei 1999/31, precum și Directivei 2000/35. Nici faptul că dispozițiile directivelor analizate îndeplineau condițiile tehnice pentru a avea efect direct¹ și nici posibilitatea invocării acestora în litigiul respectiv, întrucât Provincia Regionale di Palermo avea calitatea de entitate statală², nu au influențat raționamentul Curții care a acordat un rol prioritar interpretării conforme.

Avantajul acestei funcții a interpretării conforme este, în primul rând, consolidarea dialogului între Curtea de la Luxemburg, pe de o parte, și instanțele naționale, pe de altă parte. Într-adevăr, principiul interpretării conforme impune instanței naționale obligația de a conferi legislației naționale o interpretare euro-compatibilă, eventual după ce a adresat o întrebare preliminară Curții de Justiție. Or, mecanismul procedurii preliminare constituie „cheia de boltă a sistemului jurisdicțional” al Uniunii, întrucât „înstituirea unui dialog de la instanță la instanță tocmai între Curte și instanțele din statele membre, are drept scop asigurarea unității de interpretare a dreptului Uniunii, permițând astfel asigurarea coerenței acestuia, a efectului său deplin și a autonomiei sale, precum și, în ultimă instanță, a caracterului propriu al dreptului instituit de tratate”³.

În al doilea rând, funcția conciliatorie a interpretării conforme reduce dificultatea sarcinii pe care o are de îndeplinit judecătorului național. Așa cum s-a explicat anterior, interpretarea conformă servește la concilierea celor două misiuni impuse simultan instanței naționale și care pot fi uneori în contradicție, anume aceea de a garanta respectarea dreptului intern, în

¹ *Ibidem*, punctele 33-38.

² *Ibidem*, punctul 39.

³ CJUE, avizul din 18 decembrie 2014, *Proiect de acord internațional privind Aderarea Uniunii Europene la Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale*, C-2/12, EU:C:2014:2454, punctul 176.

conformitate cu Constituția națională, și aceea de a asigura supremația dreptului UE, în calitatea sa de judecător de drept comun al dreptului Uniunii¹.

În concluzie, trebuie precizat că jurisprudența recentă² ilustrează poziția centrală pe care o ocupă interpretarea conformă și care se traduce prin victoria mecanismelor conciliante asupra celor radicale specifice principiului supremației unui sistem de drept asupra altuia, cu toate consecințele pe care acesta le implică (înlăturarea normelor contrare și substituirea acestora cu normele prioritare)³. Totuși, acest demers nu reprezintă un veritabil reviriment jurisprudențial, ci mai curând o evoluție normală a jurisprudenței CJUE, ca urmare a deschiderii pe care o manifestă judecătorii naționali față de exigențele dreptului UE. Era rezistenței statelor membre în fața dreptul Uniunii, calificat ca „intrus prin excelență”, precum și ca „un drept venit de nicăieri, fără istorie și fără teritoriu”⁴ este astăzi încheiată. În prezent, judecătorii naționali și europeni conlucrează, într-un context în care accentul este pus pe „omogenizarea culturilor juridice”, ceea ce înseamnă că stabilirea sensului unei dispoziții legislative nu mai este „prizonieră” culturii juridice din care face parte interpretul, ci este profund influențată de modul în care circulă diverse concepte juridice între sisteme de drept existente⁵.

¹ CJCE, hotărârea din 9 martie 1978, *Simmenthal*, C-35/76, EU:C:1976:180, punctul 21 : „*orice instanță națională, sesizată în cadrul competenței sale, are obligația de a aplica integral dreptul comunitar și de a proteja drepturile pe care acesta le conferă particularilor, prin neaplicarea oricărei dispoziții eventual contrare a legislației naționale, indiferent dacă aceasta este anterioară sau ulterioară normei comunitare*”.

² CJUE, hotărârile din 10 octombrie 2013, *Spedition Welter*, C-306/12, EU:C:2013:359, punctul 28, din 25 iunie 2015, *Nemaniunas*, C-671/13, EU:C:2015:418, punctul 57, din 19 aprilie 2016, *Dansk Industri*, C-441/14, EU:C:2016:278, punctul 35, din 7 iulie 2016, *Ambisig*, C-46/15, EU:C:2016:530, punctul 26, din 13 iulie 2016, *Pöpperl*, C-187/15, EU:C:2016:550, punctul 45, din 7 septembrie 2017, *H. c. Land Berlin*, C-174/16, EU:C:2017:637, punctele 67-68, din 24 ianuarie 2018, *Pantuso*, C-616/16 și C-617/16, EU:C:2018:32, punctul 49 și din 17 aprilie 2018, *Egenberger*, C-414/16, EU:C:2018:257, punctele 74-75.

³ Laurence COUTRON, „*Retour fataliste aux fondements de l’invocabilité des directives. Du cartésianisme au pragmatisme*”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2015, n° 1, pp. 39-62.

⁴ Jean CARBONNIER, „*Droit et passion du droit sous la Ve République*”, Paris, Flammarion, 2006, pp. 47-48.

⁵ Denys SIMON, „*Repenser le raisonnement interprétatif : autonomie ou circulation des principes, des méthodes et des techniques, dans les rapports de systèmes*”, *op. cit.*, p. 615.

DREPT CIVIL ȘI PROCESUAL CIVIL

ETERNA STRĂLUCIRE A DREPTULUI DE PREEMPTIUNE

SCURTE CONSIDERAȚII PRIVIND DREPTUL DE PREEMPTIUNE

Ana-Maria Gheorghincă,
Auditor de justiție

I- Incursiune în istoria dreptului de preempțiune

Dreptul de preempțiune nu este o creație nici a noului Cod Civil¹, nici a Codului Civil de la 1864. Referiri la existența dreptului de preempțiune întâlnim chiar și în Cartea Cărților, în Biblie. Acest aspect nu trebuie deloc ignorat, iar în acest sens, merită citate cuvintele Episcopului Calinic Botoșăneanul, expuse în prefața lucrării *Arhetipuri juridice în Biblie*, lucrare a profesorului Eugeniu Safta- Romano: *Biblia este un veșnic izvor de învățăminte teologice și morale, o sursă de inspirație pentru diferitele științe, privite sub aspectul lor de instrumente de cunoaștere. [...] Biblia este cel mai sigur și fidel <<îndrumător>> al ființei noastre în aspirația ei către transcendent*². Astfel, în capitolul referitor la contractele în textele biblice, mai exact, atunci când este analizat contractul de vânzare, se face referire și la vânzarea cu pact de răscumpărare (în cadrul căreia, *vânzătorul își rezervă dreptul ca- înăuntrul unui termen- să își ia înapoi bunul vândut, restituind prețul și cheltuielile vânzării*³). Această răscumpărare este însoțită și de respectarea dreptului de preempțiune: *Dacă fratele tău, care e cu tine, va sărăci și*

¹ Noul Cod Civil a fost adoptat prin Legea nr. 287/2009, publicat în M. Of. Nr. 511 din 24. 07. 2009, completat și modificat prin Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicat în M. Of. Nr. 409 din 10.06.2011. Noul cod civil a fost republicat în M. Of. nr. 505 din 15. 07. 2011, îmbinându-se textele Legii nr. 287/ 2009 cu Legea nr. 71/2011.

² Eugeniu Safta- Romano, *Arhetipuri juridice în Biblie*, Ed. Polirom, Iași, 1997, p.5.

³ Codrin Macovei, *Contracte civile*, Ed. Hamangiu, București, 2006, p.73.

va vinde din moștenirea sa, să vină ruda sa de aproape și să cumpere ceea ce vinde fratele său (Lev. 25, 25)¹. După cum se poate observa, raportul de solidaritate, încurajat de dreptul de preempțiune își trage sevele din însuși textul biblic.

Așa cum vom arăta ulterior, lexemul *preempțiune* este de origine latină. Astfel, romanilor le datorăm majoritatea instituțiilor juridice preluate în dreptul românesc, dintre acestea nefiind exclusă nici instituția preempțiunii.

În dreptul roman, s-a instituit un drept de preempțiune în cazul existenței unui drept real imobiliar asupra bunului altuia, mai exact a unui drept de folosință a unui teren agricol aflat în proprietatea altuia. Această situație era recunoscută sub denumirea de emfiteoză (*emphyteusis*). În schimbul folosinței terenului, emfiteotul trebuia să plătească proprietarului un preț periodic, numit *canon* sau *pensio*. În cazul în care proprietarul ar fi denunțat contractul de emfiteoză cu scopul de a înstrăina terenul, emfiteotul beneficia de un drept de preempțiune la cumpărarea fondului funciar ce făcuse obiectul emfiteozei².

Instituția juridică a dreptului de preempțiune a fost recunoscută și în vechiul drept românesc, sub denumirea de *protimisis*.

Astfel, examinând impactul postbizantin asupra unora dintre instituțiile românești, cercetătorul Valentin Al. Georgescu definește protimisisul ca fiind *un drept de precumpărare și de răscumpărare preferențială, recunoscut unor cercuri de persoane cu privire la anumite bunuri, față de ai căror stăpâni, privilegiații la precumpărare și răscumpărare, se găsesc într-un raport de solidaritate: rudenie, devălmășie, vecinătate de sat sau de stăpânire, vechea stăpânire a aceluiasi lucru*.³

Trebuie subliniat faptul că denumirea bizantină de *protimisis* a apărut cu destul de multă întârziere, abia în secolul al XVIII-lea, până atunci, existând ideea de întâietate, de preferință la cumpărare, însă doar la nivel conceptual, fiind mai mult o instituție juridică ce aparținea dreptului consuetudinar. De altfel, deși Legile lui Iustinian (secolul al XV-lea) fac trimitere la

¹ Eugeniu Safta- Romano, *op. cit.*, p. 109.

² Pentru mai multe detalii privind emfiteoza, modul de aplicare al acestei instituții precum și un studiu romanist-comparatist asupra emfiteozei în sistemul dreptului civil modern (continental- european sau romano- germanic), în dreptul civil român și în Common- Law (subsistemul american), a se vedea Valerius M. Ciucă, *Lecții de drept roman*, vol. al II-lea, Ed. Polirom, Iași, 1999, p. 367- 378.

³ Valentin Al. Georgescu, *Bizanțul și instituțiile românești până la mijlocul secolului al XVIII-lea*, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1980, p. 199.

protimisis, în cadrul acestor dispoziții nu apare o denumire expresă a acestei preferințe la cumpărare, ci doar este prezentat modul de funcționare a instituției.

În ceea ce privește modalitatea concretă de exercitare, *protimisisul* a cunoscut două variante: precumpărarea (*protimisisul* propriu-zis) și răscumpărarea (*retractul*). Sub aspectul primei modalități (variantă originală, de sorginte bizantină), cel care dorea să înstrăineze un bun era obligat să facă privilegiatului o ofertă de preempțiune (*denuntatio*). În cazul în care privilegiatul refuza această invitație la precumpărare, înstrăinătorul devenea liber să vândă oricui. Dacă, însă, vânzarea avea loc fără respectarea obligației de a-l anunța pe protimitar cu privire la intenția de înstrăinare (cu alte cuvinte, era o vânzare ilegală, realizată, de cele mai multe ori, în taină) se năștea, în favoarea privilegiatului, dreptul de răscumpărare (*retract*), în schimbul prețului plătit de cumpărătorul bunului. În ceea ce privește cea de-a doua variantă, (modalitate derivată, târzie, ce demonstrează desființarea intensității *protimisisului*), înstrăinătorul avea obligația să vândă protimitarului, dar putea vinde în mod liber și unui străin, existând riscul ca privilegiatul să exercite dreptul de a răscumpăra bunul la prețul real. De observat este faptul că, sub aspectul încălcării de către înstrăinător a obligației sale de a face protimitarului oferta de precumpărare, sancțiunea (*retractul*) se înfățișează la fel, indiferent de modalitatea de exercitare a *protimisisului*.

Rațiunea existenței dreptului de *protimisis* este de a încerca păstrarea armoniei și evitarea oricăror tulburări în cadrul raporturilor de solidaritate, prin menținerea, pe cât posibil, a bunului ce se dorește a fi înstrăinat, înăuntrul aceleiași cerc de solidaritate.

Primul document care atestă existența *protimisisului* în Țările Române datează din anul 1449. Este vorba de Legea lui Iustinian, care cuprinde dispoziții referitoare la *protimisisul* de vecinătate:

Iară dă va vinde cinéva lucrul al său, moșia sau altceva în taină, la cel mai dă departe vecin, néci satul la alt sătean, aceia cumpărătură între némic iaste, ca să ia îndărăt cel ce au dat.

Iară dă va vinde casa sau moara sau moșia sau viia sau orice și nu va înștiința la vecinul cel dă aproape al său (ci) în taină au dat la cel mai dă departe, cu vrednicie iaste celui de aproape vecin și până la 10 ani a sămăna și céle vândute poate să le ia înapoi iară în acel preț.

Iară dă va fi înștiințat mai întâi celui de aproape, și el nevrând să cumpere, atunci slobod iaste a vinde la cel mai de dăparte și după aceia nu sunt volnici a întoarce.

*Iară dă va cumpăra cinéva de la om tânăr caré iaste încă supt stăpânirea părintească, sau sub cei bătrâni, și vrând ei să întoarcă, să să întoarcă fără cuvinte*¹.

În secolul al XVIII-lea, se observă o puternică influență bizantină asupra protimisisului, aparând, în consecință, termene prestabilite de precumpărare (30 de zile), respectiv de răscumpărare (10 ani). Până la acest moment, sub forma noțiunii de „multă vreme”, termenele erau lăsate la aprecierea judecătorilor.

În secolul al XIX-lea, ca urmare a accelerării privatizării și liberalizării proprietății, dispare instituția protimisisului (în Țara Românească dispare în anul 1840, iar în Moldova, în anul 1865). Mai târziu, pe fondul nevoilor economico-sociale și iarăși, pentru a sublinia nevoia de solidaritate de grup, legiuitorul reintroduce protimisisul.

În secolul al XX-lea, comunismul împiedică existența proprietății private, deci, din nou dispare dreptul de preempțiune, iar după anul 1989, ca urmare a reafirmării proprietății individuale, dreptul de preempțiune cunoaște o extindere semnificativă a sferei sale de aplicare, primul text legal care îl consacră, găsindu-se în Legea fondului funciar nr. 18/1991².

II- Definiția dreptului de preempțiune

În general, definițiile date în doctrină dreptului de preempțiune prezintă, succinct, fie conținutul acestui drept, fie, pe lângă conținut, făcându-se referire și la izvoarele pe care le poate avea (legea sau convenția). O astfel de definiție este cea dată în *Dicționarul de drept civil și proceduri civile*, conform căruia, dreptul de preempțiune este *dreptul titularului numit preemptor, de a putea să cumpere cu prioritate un bun. Dreptul de preempțiune se poate naște din lege sau conveție*³. De asemenea, definițiile din doctrină ale dreptului de preempțiune se axează pe diferite aspecte, în funcție de materia în cadrul căreia se realizează analiza. Astfel, atunci când acest drept este prezentat în cadrul materiei drepturilor reale principale (fiind analizată circulația

¹ A se vedea versiunea extinsă a *Legii lui Justinian* (sec. XVI-XVII), a cărei traducere bănățeană se găsește în ms. Rom. 3093 al BAR, publicată în *Loi de jugement. Compilation attribuée aux empereurs Constantin et Justinien. Versions slave et roumaine établies par Michaïl Andreev et Gheorghe Cronț*, Buc. (1971), 160-161 *apud.*, Valentin. Al. Georgescu, *Bizanțul și instituțiile românești....*”, p. 203.

² Publicată în M. Of. nr. 37 din 20 februarie 1991, republicată în M. Of. nr. 1 din 5 ianuarie 1998.

³ Dumitru Rădescu, Elena Rădescu, Georgeta Stoican, *Dicționar de drept civil și proceduri civile*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 411.

juridică a imobilelor proprietate privată) definițiile se axează pe precizarea faptului că reprezintă o *limitare a atributului dispoziției juridice în ceea ce privește înstrăinarea prin vânzare a anumitor bunuri imobile*¹. În schimb, atunci când dreptul de preempțiune este studiat în cadrul materiei referitoare la contracte civile, mai precis la cea referitoare la consimțământul din contractele de vânzare, prezentarea se axează mai mult pe conținutul dreptului de preempțiune și pe ceea ce presupune exercitarea lui în mod efectiv..Astfel, dreptul de preempțiune a fost definit în doctrină ca fiind *un drept prioritar recunoscut anumitor categorii de persoane*².

Dreptul de preempțiune poate fi definit ca fiind acel drept legal sau convențional care conferă titularului său (ce poartă denumirea de *preemptor*) preferință (prioritate) față de alte persoane, la cumpărarea unui bun, la preț egal, atunci când proprietarul bunului decide să-l vândă.

După ce am analizat definiția dreptului de preempțiune, am considerat necesară și prezentarea etimologiei lexeului *preempțiune*. Explicația nu este întâmplătoare, întrucât în numeroase lucrări de specialitate, am întâlnit utilizarea cuvântului *preempțiune*., prin dispariția consoanei *p*. Însă, din punct de vedere ortografic, utilizarea cuvântului *preempțiune* nu este corectă. Un prim argument, în acest sens, are în vedere însăși etimologia cuvântului: este un termen de origine latină, compus, la rândul său, din lexemele *prae*= înainte, cu întâietate și *emptio*= cumpărare și preluat în limba română din *fr. préemption*. Un al doilea argument în sprijinul afirmației este faptul că, în *Dicționarul Ortografic, Ortoepic și Morfologic al Limbii Române* din anul 1989³, este indicat tot termenul de *preempțiune*, iar nu *preemțiune*. De altfel, și în noul *Dicționar Ortografic, Ortoepic și Morfologic al Limbii Române* publicat în anul 2010⁴ este utilizată tot denumirea de *preempțiune*. Așadar, consider ca a avut loc, din punct de vedere fonetic, un fenomen de *disimilare lingvistică consonantică*. Acest proces presupune un accident fonetic, în cadrul căruia, același sunet apare de două ori în același context fonetic. Se poate întâmpla ca fenomenul să fie resimțit de către vorbitori ca fiind stânjenitor din punct de vedere articulatoriu. Se recurge, astfel, la o simplificare ce constă în modificarea uneia dintre cele două

¹ Gabriel Boroi, Carla Alexandra Anghelescu, Bogdan Nazat, *Curs de drept civil. Drepturile reale principale*, ed. a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 53.

² Codrin Macovei, *op. cit.*, p.25.

³ *Dicționarul Ortografic, Ortoepic și Morfologic al Limbii Române*, Ed. Academiei, București, 1989, p. 483.

⁴ *Dicționarul Ortografic, Ortoepic și Morfologic al Limbii Române*, ed. a II-a, Ed. Univers Enciclopedic Gold, București, 2010; p. 630.

apariții ale sunetului (spre exemplu, *proprietate- proprietate, prompt- prompt, preempțiune- preempțiune*)¹.

III- Dreptul de preempțiune la cumpărarea terenurilor agricole situate în extravilan

Dreptul de preempțiune la cumpărarea terenurilor agricole situate în extravilan a făcut obiectul de reglementare a mai multor acte normative, după cum urmează: Legea nr. 18/1991²

¹ Emil Ionescu, *Manual de lingvistică generală*, Ed. All, București, 1997, p. 22; Angela Bidu- Vrănceanu, Cristina Călărășu, Liliana Ionescu Ruxăndoiu, Mihaela Mancaș, Gabriela Pană Dindelegan, *Dicționar de Științe ale Limbii*, Ed. Nemira, București, 2001, p. 185; Alexandru Rosetti, Boris Cazacu, Liviu Onu, *Istoria limbii române literare*, Ed. Minerva, București, 1971, p. 582; George Ivănescu, *Istoria limbii române*, Ed. Junimea, Iași, 1980, p. 726.

² Republicată în M. Of. nr. 1 din 5 ianuarie 1998 în temeiul art. 7 al Legii nr. 169/1997, publicată în M. Of. nr. 299 din 4 noiembrie 1997, modificată și aplicată prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 1/1998 pentru modificarea art. 9 din Legea fondului funciar nr. 18/1991, republicată, publicată în M. Of. nr. 26 din 26 ianuarie 1998, aprobată prin Legea nr. 218/1998 privind aprobarea Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 1/1998 pentru modificarea art. 9 din Legea fondului funciar nr. 18/1991, republicată, publicată în M. Of. nr. 453 din 26 noiembrie 1998; Legea nr. 54/1998 privind circulația juridică a terenurilor, publicată în M. Of. nr. 102 din 4 martie 1998; Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 149/1999 privind aprobarea primei de 300 de lei/kg producătorilor agricoli pentru grâul de panificație livrat din recolta anului 1999, destinat consumului intern, publicată în M. Of. nr. 501 din 18 octombrie 1999; Legea nr. 1/2000 pentru reconstituirea dreptului de proprietate asupra terenurilor agricole și cele forestiere, solicitate potrivit prevederilor Legii fondului funciar nr. 18/1991 și ale Legii nr. 169/1997, publicată în M. Of. nr. 8 din 12 ianuarie 2000; Legea 215/2001 privind administrația publică locală, publicată în M. Of. nr. 204 din 23 aprilie 2001; Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 102/2001 privind modificarea și completarea Legii nr. 1/2000 pentru reconstituirea dreptului de proprietate asupra terenurilor agricole și celor forestiere, solicitate potrivit prevederilor Legii fondului funciar nr. 18/1991 și ale Legii nr. 169/1997, precum și modificarea și completarea Legii nr. 18/1991, republicată, publicată în M. Of. nr. 350 din 29 iunie 2001; Legea nr. 545/2001 pentru completarea art. 36 din Legea fondului funciar nr. 18/1991, publicată în M. Of. nr. 659 din 19 octombrie 2001; Hotărârea Guvernului nr. 1.172/2001 Regulamentului privind procedura de constituire, atribuțiile și funcționarea comisiilor pentru stabilirea dreptului de proprietate privată asupra terenurilor, a modelului de atribuire a titlurilor de proprietate precum și punerea în posesie a proprietarilor, publicată în M. Of. nr. 829 din 21 decembrie 2001; Legea nr. 400/2002 pentru aprobarea Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 102/2001 privind modificarea și completarea Legii nr. 1/2000 pentru reconstituirea dreptului de proprietate și celor forestiere, solicitate potrivit prevederilor Legii fondului funciar nr. 18/1991 și ale Legii nr. 169/1997, precum și modificarea și completarea Legii nr. 18/1991, republicată în M. Of. nr. 492 din 9 iulie 2002; Legea nr. 247/2005 publicată în M. Of. nr. 653 din 22 iulie 2005; O.U.G. nr. 209/2005

privind fondul funciar, Legea nr. 54/1998¹ privind circulația juridică a terenurilor, Legea nr. 17/2014² privind unele măsuri de reglementare a vânzării- cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan și de modificare a Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului.

În anul 2005, prin articolul 8 din Titlul X Legii nr. 247/2005 privind reforma în domeniile proprietății și justiției, precum și unele măsuri adiacente, a fost abrogată Legea nr. 54/1998. Doctrina, însă, și-a exprimat reticența în legătură cu această renunțare la dreptul de preempțiune la cumpărarea terenurilor agricole situate în extravilan. Astfel, s-a arătat faptul că, prin această abrogare, are loc un abandon al unor tradiții împământenite pe teritoriul nostru. De asemenea, s-a susținut ideea conform căreia dreptul de preempțiune nu constituia o barieră în calea libertății tranzacțiilor și nu ar fi contrazis scopul avut în vedere de legiuitor la momentul adoptării Legii nr. 247/2005, anume acela de a crea un cadru juridic unitar, în care înstrăinarea și dobândirea terenurilor, indiferent de destinația acestora, să se realizeze în mod liber. S-a arătat că recunoașterea, în continuare, a dreptului de preempțiune la cumpărarea terenurilor agricole situate în extravilan, ar fi adus o serie de beneficii, printre care și crearea unor producători agricoli veritabili, cu un potențial ridicat de exploatare a terenurilor respective.

publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 1194 din 30/12/2005; Legea nr. 340/2007 publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 846 din 10/12/2007;

Legea nr. 47/2007 publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 194 din 21/03/2007; Legea nr. 67/2010 publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 215 din 06/04/2010; Legea nr. 71/2010 publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 258 din 21/04/2010; Legea nr. 158/2010 publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 496 din 19/07/2010; Legea nr. 71/2011 publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 409 din 10/06/2011; O.U.G. nr. 81/2011 publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 704 din 05/10/2011; Legea nr. 76/2012 publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 365 din 30/05/2012; Legea nr. 187/2012 publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 757 din 12/11/2012; O.U.G. nr. 34/2013 publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 267 din 13/05/2013; Legea nr. 165/2013 publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 278 din 17/05/2013; Legea nr. 38/2015 publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 172 din 12/03/2015.

¹ Publicată în M. Of. nr. 102 din 4 martie 1998; abrogată prin art. 8 din Titlul X al Legii nr. 247/2005 privind reforma în domeniile proprietății și justiției, precum și unele măsuri adiacente, publicată în M. Of. nr. 653 din 22 iulie 2005.

² Publicată în M. Of. nr. 178 din 12 martie 2014, modificată prin Legea nr. 68/2014, publicată în M. Of. nr. 352 din 13 mai 2014.

Considerăm că aceste critici au fost avute în vedere de legiuitor la momentul adoptării Legii nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării- cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan și de modificare a Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului. Acest act normativ, modificat prin Legea nr. 68/2014, reiterează principiile cuprinse în Legea nr. 54/1998, reintroducând dreptul de preempțiune la cumpărarea terenurilor agricole situate în extravilan.

Articolul 2 alineatul al doilea din Legea nr. 17/2014 stabilește sfera de aplicare a acestei legi în favoarea cetățenilor și persoanelor juridice aparținând unui stat membru al Uniunii Europene sau statelor care sunt parte la Acordul privind Spațiul Economic European sau Confederației Elvețiene, precum și în favoarea cetățenilor unui stat terț, apatridului cu domiciliul într-un stat terț și persoanelor juridice având naționalitatea unui stat terț.

Dreptul de preempțiune este reglementat în cadrul Capitolului al III-lea și Capitolul al IV-lea din cadrul Titlului I al Legii nr. 17/2014. Astfel, se prevede faptul că înstrăinarea, prin vânzare, a terenurilor agricole situate în extravilan se face cu respectarea condițiilor de fond și de formă prevăzute de noul Cod Civil și, de asemenea, cu respectarea dreptului de preempțiune al coproprietarilor, arendașilor, proprietarilor vecini, precum și al statului român, prin Agenția Domeniilor Statului, în această ordine, la preț și în condiții egale.

Cu privire la acest text legal, se impun anumite precizări. Astfel, trebuie remarcat faptul că legiuitorul român a preluat principii instituite atât prin Legea nr. 18/1991, cât și prin Legea nr. 54/1998. Așadar, cu privire la natura actului juridic, așa cum rezultă din Titlul I, pentru a se naște dreptul de preempțiune, la fel ca și în reglementările anterioare, trebuie să aibă loc o înstrăinare prin vânzare.

Dacă înstrăinarea se realizează prin acte juridice cu titlu gratuit, prin contract de schimb sau printr-un contract care are caracter aleatoriu, nu va exista un drept de preempțiune. De asemenea, nici în cazul unei vânzări silite nu devine aplicabil dreptul de preempțiune, întrucât vânzarea trebuie interpretată *stricto sensu*, fiind necesar acordul de voință al părților, acord inexistent în cazul unei proceduri silite. De altfel, dacă s-ar recunoaște posibilitatea exercitării dreptului de preempțiune și în cazul unei vânzări silite, s-ar diminua mult celeritatea, trăsătură specifică procedurilor silite.

Dreptul de preempțiune nu va fi pus în discuție nici în situația în care terenul agricol aflat în extravilan ar fi constituit, de către un asociat, ca aport în natură la o societate comercială.

Soluția se justifică, deoarece, în schimbul bunului aportat, asociatul nu va primi un preț, ci părți sociale, părți de interes sau acțiuni, în funcție de forma juridică a societății comerciale respective. Dreptul de preempțiune, fiind o excepție de la principiul libertății contractuale, trebuie interpretat în sens restrâns. Astfel, înseamnă că trebuie să existe un contract cu titlu oneros și comutativ, plata unei sume de bani cu titlu de preț fiind esențială. Prin vânzare, nu trebuie să se înstrăineze o universalitate de bunuri, în acest caz, de asemenea, fiind inaplicabile dispozițiile referitoare la dreptul de preempțiune.

Sub aspectul titularilor dreptului de preempțiune, Legea nr. 17/2014 vine cu precizări exprese, care fac textul legal clar, nesupus interpretărilor. Conform primului alineat al articolului 4, preemptori sunt: coproprietarii, arendașii, proprietarii vecini și statul. La fel ca și în reglementarea cuprinsă în Legea nr. 18/1991, statul este reintrodus ca titular al dreptului de preempțiune (statul, ca titular al dreptului de preempțiune a fost eliminat prin Legea nr. 54/1998). O altă schimbare de ordin legislativ ce trebuie subliniată este cea referitoare la instituirea unei ordini de preferință între titularii dreptului. Așadar, coproprietarii vor avea prioritate față de arendași, aceștia din urmă față de proprietarii vecini, iar proprietarii vecini vor fi preferați statului. Cu privire la proprietarii vecini, se remarcă reutilizarea expresiei consacrate prin Legea nr. 18/1991. În acest sens, s-a readăugat condiția ca persoana care deține terenul limitrof să fie și proprietară a acestui bun (conform Legii nr. 54/1998, calitatea de preemptori o aveau vecinii, fără a fi fost necesar să fie și proprietari ai terenului). Astfel, posesorul vecin nu are drept de preempțiune. Prin utilizarea noțiunii de *proprietari vecini*, s-a redus sfera de aplicare a acestei legi, evitându-se, de asemenea, eventualele controverse ce ar fi putut fi generate de folosirea ambiguă doar a termenului de *vecin*.

Prin Legea nr. 17/2014 se derogă de la dispozițiile de drept comun care reglementează dreptul de preempțiune (cele cuprinse în articolele 1730- 1740 în noul Cod civil). În acest sens, se consacră obligația ce incumbă vânzătorului, aceea de a înregistra, la primăria din raza unității administrativ-teritoriale unde se află terenul, o cerere prin care solicită afișarea ofertei de vânzare a bunului preemptabil, în vederea aducerii acesteia la cunoștința titularilor dreptului de preempțiune. Cererea trebuie să fie însoțită de oferta de vânzare a terenului. Considerăm salutară schimbarea de optică a legiuitorului cu privire la utilizarea noțiunii de *ofertă de vânzare*. În contextul noii reglementări, ne aflăm în prezența unei oferte precise și complete, vânzătorul trebuind să precizeze și prețul cerut în schimbul bunului preemptabil (în Legea nr. 54/1998 se prevedea care este cuprinsul ofertei de vânzare- numele și prenumele vânzătorului, suprafața și

categoria de folosință, precum și locul unde este situat terenul- fără însă a se face referire și la un element esențial, prețul).

În continuare, în cadrul alineatelor (2)- (4) din cadrul articolului 6, sunt prevăzute sarcinile ce revin personalului de la sediul primăriei. Astfel, în termen de o zi lucrătoare de la data înregistrării cererii depuse de vânzător, primăria trebuie să afișeze timp de 30 de zile oferta de vânzare la sediul său și, după caz, pe pagina de internet a acesteia. De asemenea, primăria va trebui să comunice, către aparatul central al Ministerului Agriculturii și Dezvoltării Rurale, respectiv către structurile teritoriale ale acestuia, un dosar care trebuie să cuprindă următoarele elemente: lista preemtorilor, copii după cererea de afișare și după oferta de vânzare, precum și copii ale documentelor doveditoare prevăzute de normele metodologice de aplicare a Legii nr. 17/2014. Această sarcină trebuie realizată în termen de 3 zile lucrătoare de la data înregistrării cererii. După înregistrarea acestui dosar, în termen de 4 zile lucrătoare, structura centrală (aparatul central al Ministerului Agriculturii și Dezvoltării Rurale), respectiv, structura teritorială au obligația de a afișa pe propriile site-uri oferta de vânzare, timp de 15 zile.

Cu privire la aceste formalități care trebuie realizate conform articolului 6 din Legea nr. 14/2017, îmi exprim rezerve. În acest sens, consider că, deși legiuitorul a urmărit o *transparență extinsă*¹, are loc o îngreunare și o tergiversare inutilă a procesului de vânzare. Procedura prevăzută de articolul 6 este una dificilă, implicând formalități susceptibile a fi amânate sau chiar ignorate de către personalul din cadrul primăriei, tocmai din cauza multitudinii lor.

Preemptorii care înțeleg să-și exercite dreptul, trebuie, în termenul de decădere de 30 de zile, să își manifeste în scris intenția de cumpărare, să comunice acceptarea ofertei vânzătorului și să o înregistreze la sediul primăriei unde aceasta a fost afișată. În continuare, primăria este obligată ca, în termen de 24 de ore de la înregistrarea acceptării ofertei de vânzare, să afișeze datele prevăzute în normele metodologice de aplicare a legii și să le trimită pentru afișare către structura centrală, respectiv, teritorială, după caz.

Alineatul al doilea al articolului 7 stabilește regulile aplicabile în cazul unui concurs între preemptori de rang diferit. Astfel, se prevede faptul că vânzătorul va putea alege pe oricare dintre aceștia, la preț și în condiții egale, cu respectarea, însă, a ordinii de preferință stabilite în articolul 4 (coproprietarii, arendașii, proprietarii vecini, statul). Numele potențialului cumpărător va trebui comunicat primăriei.

¹ Această expresie este utilizată în cadrul art. 6, alin. (4) din Legea nr. 17/2014.

În cazul unui concurs de preemptori de același rang, vânzătorul este liber să aleagă, la același preț și în aceleași condiții, pe oricare dintre cei care și-au manifestat intenția de a cumpăra. De asemenea, numele acestuia va trebui comunicat, de către vânzător, primăriei.

Alineatul al patrulea din cadrul articolului 7 vine cu o optică nouă, nemaiîntâlnită în legile anterioare. Astfel, acest text legal stabilește faptul că, în cazul în care unul dintre preemptorii de rang inferior oferă un preț mai mare decât cel prevăzut în oferta de vânzare sau decât cel oferit de preemptorii de rang mai înalt, vânzătorul va putea relua procedura, cu înregistrarea ofertei de vânzare cu acest preț (cel oferit de preemptorul cu rang inferior), cu preemptorii de rang superior. Această procedură se poate realiza o singură dată, în termen de 10 zile de la împlinirea termenului de 30 de zile în interiorul căruia poate fi acceptată oferta de vânzare. La expirarea acestor 10 zile, vânzătorul va trebui să comunice primăriei numele preemptorului. Ulterior, primăria, în termen de 3 zile lucrătoare de la această comunicare, este obligată să transmită structurii centrale, respectiv, structurii teritoriale, după caz, datele de identificare ale preemptorului ales, în vederea verificării îndeplinirii condițiilor legale.

În cazul în care, în termenul de decădere de 30 de zile, niciunul dintre titularii dreptului de preemptiune nu-și exercită dreptul său, vânzătorul va putea vinde în mod liber terenul. În cazul în care înstrăinătorul a vândut bunul la un preț mai mic sau în condiții mai avantajoase decât cele arătate în oferta de vânzare, contractul va fi lovit de nulitate absolută.

Cu privire la această din urmă dispoziție [cuprinsă în alin. (7) al articolului 7] cred că trebuie remarcată o inconsecvență a legiuitorului în ceea ce privește sancțiunea aplicabilă în cazul nerespectării dreptului de preemptiune. Astfel, în textul legal analizat mai sus, se stabilește faptul că, în cazul în care vânzătorul modifică datele cuprinse în oferta de vânzare (în sensul că vinde la un preț mai mic sau în condiții mai avantajoase), intervine nulitatea absolută. În același timp, în articolul 16 al aceleiași legi, se prevede faptul că, în cazul nerespectării dreptului de preemptiune, intervine nulitatea relativă a contractului încheiat cu ignorarea acestui drept (cuprinsul articolului 16 a fost modificat prin Legea nr. 68/2014- până la modificarea sa, sancțiunea ce intervenea era tot nulitatea absolută). Cred că legiuitorul, în momentul adoptării Legii nr. 68/2014, a omis să specifice faptul că urmează a se modifica și cuprinsul articolului 7, în sensul intervenirii nulității relative în loc de nulitatea absolută. Îmi sprijin ideea pe argumentul conform căruia, în cazul în care vânzătorul vinde bunul la un alt preț sau în alte condiții decât cele prevăzute în oferta de vânzare, dreptul de preemptiune se consideră că nu a fost exercitat deloc (chiar dacă, la prețul și în condițiile inițiale, nu și-a manifestat niciun preemptor intenția de

a cumpăra). Cu alte cuvinte, dacă preemptorii nu au avut oportunitatea de a-și exprima sau nu intenția de a cumpăra terenul, având în vedere noul preț sau noile condiții, acest lucru echivalează, de fapt, cu nerespectarea *in integrum*, de către vânzător, a dreptului de preempțiune. Așadar, consider că, *de lege ferenda*, legiuitorul ar trebui să pună în concordanță aceste două dispoziții, fie prevăzând sancțiunea nulității absolute, fie sancțiunea nulității relative, dar aceeași pentru ambele ipoteze.

Alineatul final al articolului 7 prevede că, în situația în care, după înregistrarea ofertei de vânzare și în cadrul termenului de 30 de zile, respectiv de 10 zile (acest din urmă caz vizează ipoteza în care un preemptor de rang inferior a oferit un preț mai mare decât cel prevăzut în oferta de vânzare sau decât cel oferit de preemptorii de rang superior), vânzătorul dorește să modifice datele cuprinse în oferta de vânzare, acesta va trebui să reia procedura de înregistrare a cererii. În acest caz, noua cerere va trebui însoțită de oferta de vânzare, așa cum a fost modificată.

EXERCITAREA JUDICIARĂ A DREPTULUI DE PREEMPTIUNE ÎN CONTEXTUL EXISTENȚEI UNEI PROMISIUNI DE CONTRACT

Pantelimon MOVILĂ,
Auditor de justiție:

Promisiunea de contract și dreptul de preempțiune sunt două dintre instituțiile reformate prin C. civ. intrat în vigoare la data de 01.10.2011. Coexistența celor două instituții a început să pună probleme o dată cu intrarea în vigoare a Legii nr. 17/2014, prin care s-a stabilit un drept de preempțiune derogatoriu de la dreptul comun al instituției, anume dispozițiile art. 1.730-1.740 C. civ., în situația vânzării terenurile agricole situate în extravilan.

În ceea ce privește tema propriu-zisă a articolului, anume aceea a exercitării judiciare a dreptului de preempțiune în contextul existenței unei promisiuni de contract, se poate observa, *ab initio*, că nerespectarea dreptului de preempțiune atrage fie sancțiunea nulității absolute (1), fie sancțiunea nulității relative (2), fie considerarea contractului încheiat sub condiția suspensivă a neexercitării dreptului de preempțiune de către preemptor (3). În cele ce urmează, discuția va fi defalcată pe cele trei paliere de discuție, având constant în vedere faptul că situația premisă este: a) încheierea contractului care recunoaște dreptul de preempțiune/ instituirea legală a acestuia, b) încheierea unei promisiuni de contract cu o terță persoană, respectiv c) sesizarea instanței cu pronunțarea unei hotărâri care să țină loc de contract, grefată pe promisiunea încheiată între promitentul vânzător (sau beneficiar, dacă vorbim despre o promisiune unilaterală de cumpărare) și terț (promitent/beneficiar, după regimul promisiunii).

În ceea ce privește prima ipoteză, analiza acesteia poate pleca de la dispozițiile relative la nulitatea absolută din C. civ., mai exact art. 1.247 alin. (3) C.civ., care stipulează imperativ că „[i]nstanța este obligată să invoce din oficiu nulitatea absolută”. Prin urmare, în măsura în care dreptul de preempțiune care ar fi încălcat ar fi prevăzut sub sancțiunea nulității absolute a respectării regimului său juridic, instanța ar fi obligată să rețină în considerente că pronunțarea unei hotărâri care ține loc de contract ar fi imposibilă, întrucât respectivul contract, construit de către instanță, ar contraveni ordinii juridice, iar în dispozitiv va dispune respingerea cererii de chemare în judecată, apreciez ca neîntemeiată, având în vedere că pentru a ajunge la această concluzie instanța va trebui să analizeze fondul litigiului dedus judecătii.

Acest mecanism de funcționare a instituției nulității absolute a fost înlăturat însă în cazul dreptului de preempțiune reglementat de Legea nr. 17/2014. Astfel, prin Decizia nr. 24/2016 pronunțată în dezlegarea unor chestiuni de drept, Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit că „[î]n cazul în care se cere pronunțarea unei hotărâri care să țină loc de contract de vânzare în temeiul art. 1.669 C.civ., instanța de judecată trebuie să dispună îndeplinirea formalităților în vederea obținerii avizelor prevăzute la art. 3 și art. 9 din Legea nr. 17/2014, cu modificările și completările ulterioare, de la autoritățile competente și să supravegheze în cursul judecății parcurgerea procedurii privind respectarea dreptului de preempțiune prevăzut de art. 4 din același act normativ”.

Alături de această dezlegare, instanța a stabilit prin aceeași hotărâre și modul de aplicare a Deciziei nr. 755/2014 a Curții Constituționale, prin care s-a constatat neconstituționalitatea normelor tranzitorii prevăzute de Legea nr. 17/2014. Concret, Înalta Curte a reținut că „Dispozițiile art. 5 alin. (1) din Legea nr. 17/2014 [...] se aplică promisiunilor bilaterale de vânzare-cumpărare privind terenuri agricole situate în extravilan, încheiate anterior intrării în vigoare a acestui act normativ, indiferent de momentul sesizării instanței”.

Lecturând considerentele Deciziei nr. 24/2016, reținem următoarele aspecte:

- deși *prima facie* respectarea dreptului de preempțiune ar consta într-o problemă de admisibilitate, s-a remarcat, prin analogie cu unele dispoziții reținute în Decizia nr. 12/2015 dată în soluționarea unui Recurs în interesul legii, că, de fapt, ar constitui o chestiune de fond (iată considerentul din Decizia nr. 12/2015: „[p]entru început, trebuie subliniat că problema de drept ce urmează a fi examinată nu implică verificarea unei condiții de admisibilitate a acțiunii, în sens procesual. Aprecierea de către instanța de judecată a îndeplinirii cerinței ca promitentul-vânzător să fie pe deplin proprietar la momentul pronunțării hotărârii care ține loc de contract se face cu ocazia verificării îndeplinirii condițiilor de validitate a contractului promis, operațiune care presupune examinarea pe fond a litigiului”); altfel spus, obținerea avizelor prevăzute de art. 3 din Legea nr. 17/2014, a avizului final prevăzut de art. 9 din Legea nr. 17/2014, precum și înscrierea terenului agricol extravilan în rolul fiscal și în Cartea funciară ar constitui condiții de validitate speciale, cuprinse în sintagma din art. 1.279 alin. (3) teza a-II-a C.civ. („toate celelalte condiții de validitate”); într-adevăr, corelativ cu sancțiunea care intervine pentru ignorarea acestor exigențe (anume nulitatea absolută/relativă), aceste aspecte constituie chestiuni de fond;
- constatăm că și ordinea privată apărută de Legea nr. 17/2014 atrage obligația intervenției din oficiu a instanței pentru respectarea dreptului de preempțiune (de altfel situația este simplă de

reperat: sesizarea instanței în lipsa parcurgerii vreunei proceduri administrative demarate în vederea respectării dreptului de preempțiune); cu atât mai mult ordinea publică se impune „apărată” *ex officio*; situația, raportată la art. 16 din Legea nr. 17/2014, ar rezulta din: a) îndeplinirea extrajudiciară a procedurii administrative privind respectarea dreptului de preempțiune și obținerea avizelor; b) nerespectarea ofertei notificate prin intermediul Primăriei și a structurilor administrative abilitate preemtorilor; c) sesizarea instanței cu pretenția executării atipice a unei promisiuni de contract, care prevede în conținutul său o oferta inferioară celei notificate preemtorului, atât cantitativ (al prețului cerut), cât și calitativ (a condițiilor de contractare mai avantajoase);

- dacă promitentul-vânzător (proprietar al terenului agricol extravilan) este reclamant, atunci derularea pe cale separată de litigiu a formalităților administrative privind obținerea avizului final prevăzut de art. 9 din Legea nr. 17/2014 ar fi posibilă, aceste avize constituind probe în procesul civil, care pot fi administrate până la finalizarea cercetării judecătorești; de asemenea, s-ar impune mențiunea că am fi pe o procedură specială de administrare a probelor, care derogă de la dispozițiile art. 254 alin. (1) C.proc.civ., care impune atașarea probelor cu înscrisuri la cererea de chemare în judecată [suntem fie pe ipoteza de la art. 254 alin. (2) pct. 3: „partea învederează instanței că, din motive temeinic justificate, nu a putut propune în termen probele cerute”, fie pe ipoteza de la pct. 4: „administrarea probei nu duce la amânarea judecății” ; mai degrabă înclin spre ipoteza de la pct. 4, pentru următoarele rațiuni: pentru ipoteza de la pct. 3 trebuie demonstrată pe cale separată acele motive temeinic justificate, ori, în afară de intervenirea acestora pe parcursul procesului- bunăoară putem avea în vedere chiar intrarea în vigoare a Legii nr. 17/2014 sau a Legii nr. 68/2014 pe parcursul procesului, dispoziții care am văzut că produc efecte independent de data încheierii promisiunii de contract; pentru ipoteza de la punctul 4 este evidentă ușurința administrării probei cu înscrisuri, prin exhibarea unei copii certificate de către reclamant cu originalul, original care este în posesia acestuia la acel termen de judecată- a se vedea, pentru completări necesare, art. 292 alin. (2) C.proc.civ.: „[d]acă înscrisul este depus în copie, partea care l-a depus este obligată să aibă asupra sa originalul și, la cerere, să îl prezinte instanței, sub sancțiunea de a nu se ține seama de înscris”, din subsecțiunea referitoare la administrarea probei cu înscrisuri];
- mai dificilă este situația promitentului/beneficiarului-cumpărător reclamant; într-adevăr, în lumina Deciziei nr. 24/2016, îndeplinirea procedurii administrative de către pârâtul-promitent-vânzător este un accesoriu al cererii principale, pusă în sarcina acestuia din urmă; mai mult,

acțiunea fiind condiționată de neexercitarea dreptului de preempțiune de către vreun preemptor îndrituit legal, s-ar putea lesne observa, în temeiul legăturii tip *accessorium sequitur principalae* că, de fapt, și această obligație accesorie este condițională; ori, de principiu, realizarea unui drept nu se poate cere înainte de scadență; problemele de soluționat sunt, astfel: care este temeiul obligării pârâtului la îndeplinirea unor obligații aparent nescadente, respectiv care este soluția de urmat în cazul pasivității acestuia; ce se va întâmpla cu litigiul în cazul în care un preemptor acceptă oferta promitentului-vânzător-pârât, dar nu se încheie contractul în formă autentică cu proprietarul pârât. Cum Decizia nr. 24/2016 nu abundă în explicații în considerente, aceste rezolvări trebuie căutate în dreptul comun; având în vedere că toate formalitățile cerute a fi îndeplinite de Legea nr. 17/2014 sunt simple probe în proces, *ab initio* găsim un temei în art. 254 alin. (5) C.proc.civ.: „[d]acă probele propuse nu sunt îndestulătoare pentru lămurirea în întregime a procesului, instanța va dispune ca părțile să completeze probele. De asemenea, judecătorul poate, din oficiu, să pună în discuția părților necesitatea administrării altor probe, pe care le poate ordona chiar dacă părțile se împotrivesc”, urmând a se verifica îndeplinirea procedurii administrative; dacă din probele depuse la dosar nu rezultă depunerea la primărie de către pârâtul-promitent-vânzător a ofertei de promisiune legală de vânzare, în caz de refuz al pârâtului de a exhiba eventualul înscris care constată promisiunea, instanța ar trebui să recurgă la art. 11 C.proc.civ. pentru a obține realții scrise relativ la existența vreunei oferte făcute de către pârât; dacă răspunsul Primăriei este negativ, s-ar impune instanței obligația de efectuare a formalităților administrative necesare respectării dreptului de preempțiune; în acest caz instanța trebuie să dea dovadă de înțelepciune: oferta făcută preemptorilor este însăși promisiunea de contract care constituie situația premisă a acțiunii; aceasta trebuie să fie eficace, în caz contrar neexistând temei pentru obligarea pârâtului la îndeplinirea formalităților administrative; prin urmare, doar într-un stadiu avansat al cercetării judecătorești se va lua în discuție efectuarea ofertei (direct de către pârât/ din oficiu de către instanță). Raportat la art. 1.179 C.civ., cred că ordinea efectuării cercetării judecătorești într-un astfel de litigiu va fi: a) verificări asupra capacității de a încheia promisiunea, respectiv a capacității de a încheia contractul translativ de drepturi; b) verificarea valabilității consimțământului la promisiune (iar, în privința celui la vânzare, acesta va fi suplinit de către hotărârea instanței); c) verificarea obiectului promisiunii (obligația de a încheia vânzarea) și a obiectului contractului de vânzare (bunul; prețul, cu toate caracterele cerute pentru a fi valabile; deși prețul lezionar/simulat este considerat „anulabil” de legea civilă, cred că se impune analiza *ex officio* a acestor elemente, pe considerentul valabilității ofertei făcute

preemptorului); c) verificarea cauzei promisiunii (și puteam avea în vedere inclusiv sancționarea cauzei ilicite care ar sta la baza eludării dispozițiilor care reglementează imperativ dreptul de preempțiune) și a cauzei contractului de vânzare; d) verificarea formei necesare pentru a fi valabilă promisiune, pe de o parte (și aici nu există probleme, Decizia nr. 23/2017 stabilind aplicarea în context a principiului consensualismului), respectiv forma necesară și cerută de art. 1.244 C.civ., anume cea autentică pentru contractele translativ de drepturi reale (și aici, în pofida luării de poziție în sens contrar de către o parte autoritară a doctrinei, se consideră că hotărârea instanței va ține loc de act autentic; într-adevăr, forma face corp comun cu consimțământul; suplinirea consimțământului implică și suplinirea formei); e) alte cerințe cerute de lege, care constituie impedimente inclusiv pentru notar de a autentifica o vânzare grațioasă; observăm că poate apărea un caz de concurență între cerința exhibării certificatului de atestare fiscală și cerința privind respectarea dreptului de preempțiune reglementat de Legea nr. 17/2014, care poate naște discuții; f) abia o dată cu analiza temeinică a acestor aspecte instanța va impune îndeplinirea de către pârât a ofertei adresate preemptorilor, existând o obligație certă și exigibilă de a încheia contractul de vânzare, deci implicit pe relație de accesorietate și a obligațiilor care reies din Legea nr. 17/2014; prima problemă, a temeiului, are un răspuns. Mai departe, în caz de pasivitate a pârâtului, în afară de sancționarea sa conform art. 187 alin. (1) pct. 2 lit. f) și h) C.proc.civ., nu se poate imagina o altă sancțiune procesuală, în speță suspendarea pe temeiul art. 242 alin. (1) C.proc.civ., întrucât este o dispoziție care sancționează reclamantul (beneficiar/promitent-cumpărător), ceea ce nu poate fi admis, culpa aparținând în mod evident pârâtului. Doctrina a găsit însă o soluție acestei probleme, care se sprijină pe considerentele Decizie nr. 24/2016: îndrituirea reclamantului, pe baza unui mandat judecătoresc dat în temeiul art. 1.295 teza finală C.civ., să îndeplinească aceste proceduri, în numele și pentru pârât (anume depunerea ofertei la Primărie), iar neîndeplinirea acestei obligații, care cade în sarcina reclamantului-promitent/beneficiar-cumpărător, de această dată, urmează a fi sancționată cu suspendarea voluntară a judecății pe temeiul art. 242 C.proc.civ., iar, în cele din urmă, chiar cu permisiunea cererii de chemare în judecată; astfel, și a doua chestiune în discuție și-a găsit un temei în dreptul comun. A treia chestiune, anume situația acceptării nedefinitive a ofertei proprietarului (făcută direct sau de către pârât, pe baza mandatului judecătoresc, și care constă în însuși contractul de promisiune de contract care constituie cauza acțiunii) de către preemptor/preemptori poate avea o rezolvare suplă: introducerea acestora în cauză, pentru ca: a) să-și poată exercita definitiv opțiunea, caz în care hotărârea se va da în contradictoriu (și față de

aceștia); b) litigiul să se definitiveze printr-o hotărâre opozabilă și acestora, în temeiul art. 435 alin. (2) C.proc.civ. Căile procesuale pe care le-ar avea preemtorul/ părțile originare/ instanța sunt: a) intervenție voluntară principală; b) atragere forțată în proces de către una dintre părțile originare (întrucât prin neacceptarea definitivă există două promisiuni de contract concurente: una convențională între reclamantul-promitent/beneficiar-cumpărător și promitentul-vânzător, respectiv una legală între preemtorul acceptant nedefinitiv și promitentul-vânzător-proprietar, pârât în procesul de suplinire a consimțământului), existând identitate de pretenție/ drept justificat: cererea adresată instanței pentru ca, prin hotărârea pe care o va da, să suplinească consimțământul la contractul definitiv al promitentului-vânzător pârât; c) atragere forțată în proces din oficiu, pe temeiul art. 78 alin. (2) C.proc.civ., cu neajunsul că în caz de litisconsorțiu procesual obligatoriu această cale este inefficientă în lipsa manifestării de voință a unei părți. Totuși, ceea ce impune Decizia nr. 24/2016 nu este soluționarea cererii independent de contextul procesual, ci faptul ca cererea introdusă să nu fie respinsă ca inadmisibilă pentru neparcurgerea etapei administrative necesare pentru respectarea dreptului de preempțiune reglementat de Legea nr. 17/2014, astfel încât respingerea cererii pentru neîntreținerea litisconsorțiului procesual nu contravine Deciziei nr. 24/2016.

Prin urmare, soluțiile care s-ar putea pronunța în acest ultim caz, sub rezerva întrunirii celorlalte condiții de admisibilitate ale acțiunii de suplinire a consimțământului, sunt:

a) admiterea pretenției preemtorului, prin definitivarea acceptării, și respingerea pe fond a pretenției promitentului/beneficiarului-reclamant-cumpărător;

b) admiterea pretenției promitentului/ beneficiarului-reclamant-cumpărător și respingerea pe fond a pretenției preemtorului, luându-se act de renunțarea la dreptul de preempțiune sau intervenirea decăderii; spun în ambele cazuri că instanța va soluționa fondul ambelor pretenții, pentru a se tranșa cu autoritate de lucru judecat respectivul litigiu;

c) respingerea cererii, dar fără implicații asupra fondului, pentru lipsa litisconsorțiului procesual obligatoriu.

În ceea ce privește a doua situație, anume sancționarea cu nulitatea relativă a nerespectării dreptului de preempțiune, deși conceptual nu ar exista o problemă în ignorarea de către instanță a acestui defect al contractului de vânzare, se impun totuși subliniate câteva aspecte succinte, care nu sunt valabile *de lege lata* în cazul Legii nr. 17/2014. Hotărârea care ține loc de contract, în opinia pe care o consider corectă, este susceptibilă de a fi desființată pentru orice cauză specifică contractelor (precum hotărârii de expedient care consfințește tranzacția,

deși situația juridică generatoare a acestora diferă semnificativ), inclusiv pentru rezoluțiune în caz de evicțiune/vicii ascunse sau nulitate absolută/relativă. De asemenea, avem în vedere nulități substanțiale, care provin din aplicarea dreptului material raportului juridic creat de către părți, iar nu nulități procedurale, acestea afectând, fără putință de tăgadă, orice hotărâre judecătorească, *a fortiori* o hotărâre translativă de proprietate prin ea însăși.

Totuși, analiza trebuie să aibă în vedere că, pe de o parte, art. 1279 alin. (3) C.civ. impune instanței să verifice îndeplinirea tuturor condițiilor necesare pentru a fi valabilă vânzarea, iar, pe de altă parte, că dobândesc autoritate de lucru judecat (alături de dispozitiv, în mod incontestabil) și considerentele decizorii, cele care sprijină dispozitivul, după cum imperativ stipulează art. 430 alin. (2) C.proc.civ. („[a]utoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă”); mai mult, instanța nu poate invoca din oficiu nulitatea relativă, ceea ce înseamnă, de asemenea, că nici nu o va putea pune în discuție din oficiu părților. Această concluzie nu este satisfăcătoare, întrucât dacă funcționează pentru cazuri strict personale/personale de anulare (bunăoară se poate lua în discuție cazul unui viciu de consimțământ) specifice unei părți, în această situație cred că soluția trebuie redimensionată, având în vedere, desigur, și specificul cauzei de ineficacitate, anume nulitatea relativă. Astfel, se impune a se constata faptul că nerespectarea dreptului de preempțiune, deci motivul de anulare, privește o terță persoană de litigiul principal (reamintim că situația premisă este investirea instanței cu pronunțarea unei hotărâri care să țină loc de contract între promitenți/beneficiari printre care nu se regăsește preemptorul), ceea ce înseamnă că o posibilă soluție corectă ar fi, pe baza rolului instanței în procesul civil, punerea în discuția părților a necesității atragerii terțului-preemptor în proces [art. 22 alin. (3) C.proc.civ., text de principiu, care prevede că „judecătorul poate dispune introducerea în cauză a altor persoane, în condițiile legii. Persoanele astfel introduse în cauză vor avea posibilitatea, după caz, de a renunța la judecată sau la dreptul pretins, de a achiesa la pretențiile reclamantului ori de a pune capăt procesului printr-o tranzacție”, respectiv art. 78 alin. (2) C.proc.civ., text de aplicație, care stipulează că „în materie contencioasă, când raportul juridic dedus judecății o impune, judecătorul va pune în discuția părților necesitatea introducerii în cauză a altor persoane. Dacă niciuna dintre părți nu solicită introducerea în cauză a terțului, iar judecătorul apreciază că pricina nu poate fi soluționată fără participarea terțului, va respinge cererea, fără a se pronunța pe fond”, iar în nici un caz punerea din oficiu în discuție a respectării

dreptului de preempțiune sau, mai grav, invocarea din oficiu, în lipsa unui text expres derogator, a nulității relative (sanctiune care ar atrage respingerea cererii).

Considerăm că acest mod de a acționa a instanței satisface toate rigorile cerute de respectarea principiilor de funcționare ale procesului civil:

- aflarea adevărului, stipulată de art. 22 alin. (1) și (2) C.proc.civ., la care se adaugă respectarea normelor de drept material și procesual, poate deveni o realitate incontestabilă doar prin interogarea directă (și) a terței persoane-preemptor;
- nu se încalcă art. 1.248 alin. (2) C.civ., care prevede că aceasta „(...) poate fi invocată numai de cel al cărui interes este ocrotit prin dispoziția legală încălcată”, articol completat de art. 1.248 alin. (3) C.civ. care prevede imperativ că „[n]ulitatea relativă nu poate fi invocată din oficiu de instanța judecătorească”;
- se asigură un cadru procesual complet, care ar evita cu succes repunerea în discuție a valabilității convenției într-un proces ulterior intentat de preemptor.

În fine, în ordinea propusă (anume în funcție de sancțiunile care pot interveni pentru nerespectarea dreptului de preempțiune), cea din urmă va fi analizată situația exercitării *ante rem venditio* a dreptului de preempțiune de către preemptor pe dreptul comun (art. 1.730 și urm. C.civ.). Situația premisă se păstrează în context, anume investirea instanței cu o cerere personală imobiliară de executare a obligațiilor care reies din promisiunea de contract (sau personală mobilă; dar cred că rar spre deloc), nici una dintre părți nefiind preemptor.

Între hotărârea translativă de proprietate *per se* și condiția suspensivă nu există, cu atât mai mult, incompatibilitate conceptuală, întrucât condiția, fiind un eveniment extern voinței părților și ulterior, de a cărei efect depinde eficacitatea, iar nu valabilitatea obligației, nu ar exista, la nivel teoretic, vreo piedică pusă instanței de a pronunța o hotărâre care ține loc de contract sub condiție suspensivă.

Totuși, ca și în cazul nulității relative, cred că, departe de respingerea pe fond a cererii de chemare în judecată, nici admiterea acțiunii și „construirea” unui contract condițional nu este o soluție corectă, deoarece:

- s-ar putea apela, cu temei, la instituția prezentată în cadrul discutării cazului precedent, anume la atragerea forțată în cadrul procesual originar a unei terțe persoane, fără de care litigiul nu ar putea lua sfârșit;

- având în vedere modul prin care a imaginat legiuitorul român exercitarea dreptului de preempțiune *post rem venditum/a posteriori*, nu ar exista practic o altă cale pentru preemptor de a-și satisface dreptul.

În final, menționez că pentru ambele cazuri prezentate la final (sanctiunea nulității relative/ considerarea *ex lege* a contractului ca fiind încheiat sub condiție suspensivă) sanctiunea care ar interveni pentru preemptorul pasiv atras în proces ar fi decăderea din dreptul de a-și exercita dreptul de preempțiune, cu următoarele precizări:

- în cazul sancțiunii nulității relative, ar intervenit pentru preemptor decăderea, întrucât acest cadru procesual deschis ar fi singurul disponibil pentru acesta pentru a-și exercita dreptul; astfel, pasivitatea sa ar consta într-o confirmare tacită a contractului (dispărând viciul care ar afecta hotărârea care ține loc de contract); o eventuală deschidere a unei căi procesuale separate ar fi inefficientă, întrucât s-ar putea opune, cu temei, autoritatea de lucru judecat al primului proces, în care nu și-a exercitat dreptul; un alt argument este că în materia nulității relative există inclusiv o reglementare care funcționează extrajudiciar și care sancționează cu decăderea delăsarea titularul dreptului de a invoca anularea, anume art. 1.263 alin. (6) C.civ.;
- în cazul mecanismului de funcționare a dreptului de preempțiune *post rem venditio*, nici dacă ar dori preemptorul nu ar putea să-și vadă satisfăcută pretenția pe cale extrajudiciară; singura soluție ar fi să determine în mod potestativ împlinirea condiției suspensive negative stipulate/subînțelese în hotărârea care ține loc de contract și încheierea pe cale grațioasă a unui nou contract cu vânzătorul; evident, această soluție este greu de acceptat, pe de o parte, și, pe de altă parte, oricum ar produce efecte decăderea pe procedura *ante rem venditio* o dată atras forțat în proces;

Pentru ca aceste ultime două soluții avansate să producă efecte este necesar, în lipsa unui litisconsorțiu procesual obligatoriu (cum este și în cazul de față), acordul a cel puțin uneia dintre părțile originare, conform art. 78 alin. (2) C.proc.civ., în lipsa acestei manifestări de voință judecătorul urmând a respinge pricina, fără a intra pe fond, cu drept de apel pe cale separată în termenul de drept comun și la instanța ierarhic superioară, conform art. 78 alin. (5) C.proc.civ.

Această soluție a respingerii cererii de pronunțare a unei hotărâri care ține loc de contract, deși neindicată, este o soluție optimă, în condițiile lipsei de „empatie” a părților originare față de preemptor, care nu poate fi atras pe altă cale (*ab initio*, asumăm că preemptorul nu intervine pe calea intervenției voluntare principale în proces pentru a-și apăra respectivul drept) în procesul *pendinte* pe parcursul căruia ar trebui să se stingă și eventualele sale pretenții extrajudiciare.

DREPT PENAL ȘI PROCESUAL PENAL

**SANCTIUNEA CARE INTERVINE ÎN CAZUL ÎN CARE SE CONSTATĂ
INCOMPATIBILITATEA JUDECĂTORULUI**

Andreea-Diana TOMA,
Auditor de justiție

În practica judiciară s-a pus problema care este sancțiunea ce intervine în cazul în care se constată incompatibilitatea judecătorului, respectiv aceea prevăzută de art. 281 Cod pr. pen (nulitatea absolută) sau cea prevăzută de art. 282 Cod pr. pen (nulitatea relativă).

1. Într-o opinie, se apreciază că sancțiunea care intervine în cazul incompatibilității este nulitatea absolută, noțiunea de incompatibilitate fiind un aspect ce ține de compunerea completului de judecată (caz de nulitate absolută, prevăzut de art. 281 alin. 1 lit. a C.pr.pen.)

În acest sens, s-a arătat că „prin compunerea completului se înțelege alcătuirea lui conform legii, astfel încât să aibă îndreptățirea legală de a soluționa cauza. Se subsumează acestei instituții regulile privind *numărul judecătorilor care alcătuiesc completul*, regulile privind *continuitatea completului în dezbateri* și cele privind *compatibilitatea judecătorilor*”.¹

De asemenea, s-a mai arătat că „în mod nejustificat, legiuitorul a făcut distincție în cadrul cazului de contestație în anulare prev. de art. 426 lit. d) C.pr.pen., între compunerea instanței și incompatibilitate. În realitate, noțiunea de compunere a instanței trebuie privită atât dintr-o perspectivă *cantitativă*, prin raportare la *numărul de judecători* din complet, cât și dintr-o

¹ Irina Kuglay în M. Udriou (coord.), *Codul de procedură penală. Comentariu pe articole*, ed. 2, Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 1285

perspectivă *calitativă*, în cadrul căreia rolul primordial îl ocupă *garanția imparțialității* personale sau funcționale a instanței”¹

Un alt autor, în justificarea necesității aplicării nulității absolute motiva că „*pentru actele efectuate de judecătorii incompatibili ar trebui aplicată cea mai severă sancțiune întrucât vătămarea procesuală în acest caz este evidentă. Caracterul evident al vătămării este recunoscut implicit de lege, prin reglementarea, între cazurile de contestație în anulare pe cel constând în existența unui caz de incompatibilitate. În considerarea actualei reglementări, chiar dacă exprimarea legii este deficitară, sancțiunea aplicabilă încălcării dispozițiilor referitoare la incompatibilitatea judecătorilor, indiferent de tipul funcției judiciare pe care o exercită, ar trebui să fie nulitatea absolută*”²

De altfel, aceasta este și opinia majoritară în doctrină.³

În sensul incidenței sancțiunii nulității absolute s-u pronunțat o serie de decizii de speță de către Instanța Supremă și de către curțile de apel (I.C.C.J, s.p., dec. nr. 3869 din 25.11.2008, Tribunalul Suprem., s.p., dec. nr. 1947/1971, I.C.C.J., s. p., dec. nr. 6660 din 14.11.2006, C.Apel Cluj, s. p., dec. nr. 3 din 15.01.2007)⁴, argumentându-se că “*Din conținutul dispozițiilor legale care alcătuiesc instituția incompatibilității judecătorului se poate trage concluzia că aceasta reprezintă starea juridică în care se află judecătorul în situațiile prevăzute de lege și care atrage interdicția de participare la judecarea unei anumite cauze penale, de competența instanței judecătorești din care face parte acel judecător, măsură instituită în vederea asigurării imparțialității în judecarea cauzei respective. Așadar, incompatibilitatea nu constituie o negare a competenței, întrucât cel incompatibil face parte din instanța competentă, dar nu are dreptul să desfășoare activitatea procesuală, deoarece se află într-una dintre situațiile în care legea pune sub semnul îndoielii obiectivitatea sa în soluționarea cauzei, fie datorită unor calități*

¹ M. Udriou, Isabelle Tocan în M. Udriou (coord.), *Codul de procedură penală. Comentariu pe articole*, ed. 2, Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 1687

² A. Zarafiu, *Procedură Penală. Partea Generală. Partea Specială*, București, Ed. C.H.Beck, 2015., p. 162-163,

³ A se vedea în același sens, . Udriou, D Cherteș, în M. Udriou (coordonator), *op.cit.* p. 241., C. Voicu, în Nicolae Volonciu, Andreea Uzlău (coord.), *Noul cod de procedură penală comentat*, ediția a 2- a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 180, T-V. Gheorghe, în N. Volonciu, A. S. Uzlău (coordonatori), *op.cit.* p. 773, G. Theodoru, *Tratat de Drept Procesual Penal*, București, Ed. Hamangiu, 2008, p. 525,

⁴ I.Neagu, M.Damaschin, A.V.Iugan, *Codul de Procedură Penală Adnotat*, București, Ed. Universul Juridic, 2018, p.142.

procesuale pe care le-a avut anterior (*judex inhabilis*), fie datorita altor împrejurări (*judex suspectus*). Imparțialitatea instanței este esențială pentru un proces echitabil, fiind impusa atât de reglementări internaționale, cat si de reglementari interne. Așa cum a statuat doctrina dar și Curtea Constituțională a României, noțiunea de nelegală compunere a completului are în vedere nu doar situația în care completul de judecată a fost compus dintr-un număr nelegal de judecători, mai mare sau mai mic decât cel legal, dar și situația în care completul de judecată a fost compus dintr-un judecător incompatibil.”¹

2. Într-o a doua opinie, s-a apreciat că în cazul nerespectării dispozițiilor privind incompatibilitatea, singura sancțiune care poate interveni este nulitatea relativă.

În susținerea acestui punct de vedere s-a argumentat că “noțiunea de compunere a instanței este o problemă ce privește organizarea instanțelor, pe când incompatibilitatea privește procesul ca activitate judiciară. Fiecare dintre cele două instituții se referă la îndeplinirea de către judecător a unor condiții diferite: pe când compunerea instanței se referă la condiții generice (personale și reale) care conferă judecătorului aptitudinea de a face parte din compunerea instanței în orice cauză, incompatibilitatea se referă la condițiile specifice de obiectivitate și imparțialitate-care conferă aptitudinea de a face parte din completul de judecată într-o anumită cauză concretă. Cu alte cuvinte, capacitatea subiectivă generică a judecătorului ține de instituția compunerii instanței, iar capacitatea subiectivă specifică a aceluiași judecător ține de instituția incompatibilității. Spre deosebire de ilegala compunere a instanței, în cazul incompatibilității este instituită o procedură specială de soluționare a cererilor de recuzare sau a declarațiilor de abținere.”²

Un alt argument în susținerea acestui punct de vedere îl reprezintă faptul că incompatibilitatea este “prevăzută distinct ca un caz de contestație în anulare. În caz contrar, ar fi fost suficient ca la art. 426 lit. d) NCPP legiuitorul să facă referire la „încălcarea dispozițiilor privind compunerea completului de judecată”, după cum a procedat în cazul reglementării nulităților absolute, la art. 281 NCPP”³

¹ Curtea de Apel București, s. a II-a pen, dec. pen. nr. 564/12.07.2018, www.rolii.ro

² V.Rămureanu, *Competența penală a organelor judiciare*, București, Ed. Științifică și Enciclopedică, 1980, p. 279-280.

³ G. Tudor în Nicolae Volonciu, Andreea Uzlău (coord.), op.cit, p. 1248; în același sens - I. Neagu, M. Damaschin, *Tratat de Procedură Penală. Partea Generală. În lumina noului Cod de Procedură Penală*, București, Ed.

În același sens, în jurisprudență s-a precizat că prin compunerea instanței se înțelege alcătuirea completului de judecată cu numărul de judecători stabiliți de lege. Această concluzie se desprinde din reglementarea cazului de contestație în anulare prevăzut de art. 426 lit. d) C. pr. pen., potrivit căruia împotriva hotărârilor penale definitive se poate face contestație în anulare când instanța de apel nu a fost compusă potrivit legii ori a existat un caz de incompatibilitate, din care rezultă că legiuitorul nu a intenționat să includă cazurile de incompatibilitate a judecătorului în sfera încălcărilor relative la compunerea instanței. De altfel, aceeași concluzie se desprinde și din interpretarea literară a dispozițiilor art. 354 C. pr. pen., având ca denumire marginală „*Compunerea instanței*”, care prevede că instanța judecă în complet de judecată, a cărui compunere este cea prevăzută de lege și care trebuie să rămână același în tot cursul judecării cauzei, cu referire la dispozițiile Legii nr. 304/2004, care, în cuprinsul art. 54, indică numărul judecătorilor care formează completele de judecată în funcție de obiectul cauzei și stadiul procesual.

Prin urmare, incidența unui caz de incompatibilitate în persoana judecătorului care fost desemnat să soluționeze cauza în fond nu poate fi susținută decât în condițiile nulității relative, fiind condiționată, pe lângă nerespectarea cerinței legale invocate, de vătămarea drepturilor inculpaților, de existența unui interes procesual propriu în respectarea dispoziției legale încălcate și de invocarea sa în termenul prevăzut de lege. Totodată, incidența unui caz de incompatibilitate conduce la nulitatea relativă a sentinței doar în situația în care vătămarea procesuală nu poate fi înlăturată decât prin anularea hotărârii.¹

În opinia mea, sancțiunea care intervine în cazul nerespectării dispozițiilor privind incompatibilitatea este nulitatea absolută.

În primul rând, trebuie precizat că aceasta era și poziția doctrinei juridice din perioada interbelică. Profesorul Traian Pop arăta că „*cauzele de incompatibilitate sunt cauze care exclud capacitatea (funcțională de exercițiu) subiectivă specifică. Compunerea instanței cu un astfel de judecător este nelegală. Judecătorul care se găsește în stare de incompatibilitate nu are*

Universul Juridic, București, 2014, p. 402-403, A. Barbu, G. Tudor, A. Șinc, *Codul de Procedură Penală adnotat cu jurisprudență națională și europeană*, București, Ed. Hamangiu, 2016, p. 633, A. Trancă, *Nulitățile în procesul penal*, București, Ed. Hamangiu, 2013, p. 47-48.

¹ Î.C.C.J., s. pen., dec. pen. nr. 139/A/5.04.2016.; în același sens, a se vedea Î.C.C.J., s. pen., dec. nr. 235/28.06.2018, , Î.C.C.J., s. pen., dec. nr. 401/17.11.2017, în I. Neagu, M. Damaschin, A.V. Iugan, *op.cit.*, p.142.

capacitate subiectivă specifică, adică este un judex inhabilis, adică este neapt (neidoneu) de a mai exercita funcțiune jurisdicțională în cutare proces sau cauză. Incompatibilitatea privește direct interesul public și ține de esența procesului și a funcțiunii jurisdicționale. Astfel ea este o cauză de nulitate absolută.”¹

Prin nelegala compunere a completului de judecată legiuitorul a înțeles să sancționeze cu nulitatea absolută nu doar greșita compunere a completului cu numărul de judecători necesari judecării unei cauze, conform specificului acesteia sau compunerea cu judecători care nu sunt anume desemnați pentru judecarea unor cauze (de exemplu, pentru judecarea infracțiunilor de corupție) ci și existența cazurilor de incompatibilitate² ori cele referitoare la asigurarea continuității completului care deliberează asupra cauzei penale.

Totodată, în opinia mea, sancțiunea ce trebuie să intervină în cazul nerespectării cazurilor de incompatibilitate trebuie să fie aceeași, indiferent de felul cazului de incompatibilitate, neputându-se face o distincție în funcție de natura incompatibilității.

Într-adevăr, în jurisprudența Curții Europene s-a arătat că simplul fapt că un judecător a luat o anumită măsură înaintea procesului, nu poate fi considerat întotdeauna că ar justifica în sine o bănuială de imparțialitate.³ Consider însă că, în conformitate cu disp. art. 20 alin. (2) din Constituție, devine incident standardul impus de legislația română și anume incompatibilitatea totală a magistratului respectiv, fără a avea importanță natura ori importanța deciziilor luate în exercitarea funcției de judecător de drepturi și libertăți, deoarece legislația română conține dispoziții mai favorabile acuzatului dintr-un proces penal.

Împrejurarea că, în cadrul motivelor de contestație în anulare, incompatibilitatea judecătorului este prezentată ca și motiv de contestație aparent distinct de „compunerea instanței” nu îndreptățește la concluzia că nerespectarea dispozițiilor privitoare la incompatibilități ar atrage numai nulitatea relativă.

Dimpotrivă, sancțiunea care se impune în cazul nerespectării dispozițiilor privitoare la incompatibilitate este aceea a nulității absolute, lucru subliniat de altfel și de Curtea Constituțională în Decizia nr. 501/2016. În paragraful 18, Curtea argumentează că legiuitorul a completat motivele de contestație în anulare din noul Cod de procedură penală, adăugând

¹ T.Pop, *Drept Procesual Penal Vol. II*, Tipografia Națională S.A., Cluj, 1946, p. 274-275.

² În același sens - Minuta întâlnirilor președinților secțiilor penale ale Înaltei Curți de Casație și Justiție și curților de apel, Iași, 18-19 mai 2017, p. 59, www.inm-lex.ro

³ C. Bârsan, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului vol I*, București, Ed. C.H. Beck, 2005, p. 495.

motivelor care existau și în vechea reglementare, cazurile de contestație în anulare referitoare la continuitatea completului (art. 426 lit. c)), compunerea instanței (art. 426 lit. d) teza întâi), existența unui caz de incompatibilitate [art. 426 lit. d) teza a doua], participarea procurorului, a inculpatului și a apărătorului inculpatului, atunci când acestea sunt obligatorii, potrivit legii (art. 426 lit. e) și f)), publicitatea ședinței de judecată (art. 426 lit. g)).

Mai departe, se arată că, *„Curtea reține că noile cazuri de contestație în anulare sunt și cazuri de nulitate absolută, reglementate în art. 281 C. proc. pen.”*

În aceste condiții, apreciez că, raportat la reglementarea din C.pr.pen., nerespectarea dispozițiilor privind incompatibilitatea este sancționată cu nulitatea absolută.

**OBLIGAȚIA NOULUI APĂRĂTOR AL INculpATULUI DE A
FORMULA O NOUĂ CERERE PENTRU A ASISTA LA EFECTUAREA
ACTELOR DE URMĂRIRE PENALĂ**

Marcela GRĂDINARU,
Auditor de justiție

Potrivit dispozițiilor art. 92 alin. 1 și 2 C.proc.pen., ca regulă, în cursul urmăririi penale, avocatul suspectului sau inculpatului are dreptul să asiste la efectuarea oricărui act de urmărire penală. În acest sens, el poate formula o cerere prin care să solicite să fie încunoștințat de data și ora efectuării actului de urmărire penală.

Raportat la reglementarea prevăzută în textul de lege sus menționat, s-a pus problema dacă este necesară formularea, de către noul apărător al suspectului sau inculpatului, a unei noi cereri de a asista la efectuarea actelor de urmărire penală sau acesta se poate prevala de cererea formulată de primul avocat desemnat în cauză.

Interpretarea prevederilor art. 92 C.proc.pen. a condus la formarea unei practici neunitare, prin conturarea a două opinii.

Astfel, *într-o opinie*¹ s-a apreciat că nu este necesară formularea unei asemenea cereri motivat de faptul că solicitarea anterioară rămâne valabilă întrucât nu este vorba despre drepturi proprii, diferite de la un apărător la altul, ci despre drepturile suspectului sau inculpatului, exercitate prin intermediul avocatului.

Potrivit celei de-a *doua opinii*², care este cea majoritară și cea acceptată în practică, se consideră că există obligația noului apărător al suspectului sau inculpatului de a formula o nouă cerere de a asista la efectuarea actelor de urmărire penală. În sprijinul acestei soluții s-a arătat că, în lipsa formulării unei noi cereri în acest sens, organul de urmărire penală nu poate să cunoască

¹ Întâlnirea președinților secțiilor penale ale Înaltei Curți de Casație și Justiție și curților de apel cu procurorii șefi secție urmărire penală de la nivelul Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, structurilor specializate DNA și DIICOT și al parchetelor de pe lângă curțile de apel București, - MINUTĂ - 18 mai 2018, disponibilă pe http://www.inm-lex.ro/fisiere/d_2441/Minuta%20intalnire%20drept%20penal%20procurori%2018%20mai%202018.pdf.

² Idem.

împrejurarea că suspectul sau inculpatul și-a ales un nou avocat, care sunt datele de contact ale acestuia și nici dacă intenționează sau nu să participe la actele de urmărire penală.

Consider că interpretarea dispozițiilor art. 92 alin. 2 C.proc.pen. trebuie făcută în sensul celei de-a doua opinii exprimate, respectiv că este necesară o nouă cerere prin care noul avocat al suspectului sau inculpatului să solicite să fie încunoștințat de data și ora efectuării actului de urmărire penală astfel încât să participe la efectuarea acestuia.

Analizând dispozițiile din Codul de procedură penală care reglementează drepturile suspectului și inculpatului în procesul penal se observă că aceștia își pot valorifica dreptul la apărare fie personal, fie prin intermediul unui apărător, desemnat convențional sau din oficiu, de către organul de urmărire penală. Astfel, coform art. 83 lit. c) C.proc.pen., *în cursul procesului penal, inculpatul are dreptul de a avea un avocat ales, iar dacă nu își desemnează unul, în cazurile de asistență obligatorie, are dreptul de a i se desemna un avocat din oficiu.* Privitor la drepturile suspectului în procesul penal, în art. 78 C.proc.pen. se arată că *suspectul are drepturile prevăzute de lege pentru inculpat, dacă legea nu prevede altfel.* Prin urmare, atât suspectul, cât și inculpatul își pot desemna un avocat care le va exercita drepturile procesuale pe parcursul procesului penal, bineînțeles, cu excepția drepturilor cu caracter strict personal (de exemplu, dreptul de a fi ascultat, dreptul de a nu da nicio declarație).

Pe de altă parte, legiuitorul a reglementat în mod distinct o serie de drepturi recunoscute exclusiv avocatului, și nu părții sau subiectului procesual principal pe care acesta îl asistă sau reprezintă, în condițiile legii.

Astfel, potrivit art. 92 alin. 1 și 2 C.proc.pen., avocatul suspectului sau inculpatului poate asista la efectuarea oricărui act de urmărire penală, cu două excepții strict și limitativ prevăzute de lege, excepții care privesc utilizarea metodelor speciale de supraveghere ori cercetare și percheziția corporală sau a vehiculelor, în cazul infracțiunilor flagrante. În afara acestor excepții, avocatul suspectului sau inculpatului poate asista la orice alt act desfășurat în cursul urmăririi penale, fiind încunoștințat cu privire la data și ora efectuării procedurilor în cauză dacă a solicitat să fie înștiințat.

Prin urmare, nu trebuie confundat dreptul avocatului de a exercita drepturile procesuale ale părții pe care o asistă sau o reprezintă cu dreptul propriu al apărătorului de a fi informat în prealabil despre efectuarea unui act de urmărire penală și, implicit, dreptul de a asista la efectuarea acestuia.

Dacă primul drept menționat mai sus este, în realitate, un drept recunoscut părții și subiectului procesual, în ceea ce privește ultimele două drepturi, acestea sunt drepturi dobândite de avocat ca urmare a încheierii unui contract de asistență juridică într-o anumită cauză penală sau ca urmare a desemnării sale ca apărător din oficiu, fiind, așadar, drepturi proprii ale acestuia, și nu ale persoanei pe care o asistă sau o reprezintă.

Un alt argument care susține opinia potrivit căreia reglementarea din art. 92 alin. 2 C.proc.pen. instituie un drept propriu al avocatului suspectului sau inculpatului este cel referitor la analiza pe care o întreprinde organul de urmărire penală în momentul în care primește o cerere de asistare la efectuarea actelor de procedură penală. Astfel, cu ocazia soluționării unei astfel de cereri, organul competent nu verifică cerințe privitoare la persoana suspectului sau inculpatului, ci analizează îndeplinirea unor condiții în persoana celui care a formulat cererea, respectiv ca avocatul să fi făcut dovada calității sale de reprezentant în procesul penal prin depunerea unei împuterniciri.

În ipoteza în care am accepta susținerea potrivit căreia nu este vorba despre un drept propriu al avocatului, ci despre un drept al suspectului sau al inculpatului exercitat prin intermediul avocatului, dispozițiile art. 95 C.proc.pen., privitoare la posibilitatea avocatului de a formula plângere împotriva măsurilor sau actelor de urmărire penală, ar fi derizorii. Dreptul inculpatului de a uza de această cale, fie personal, fie prin apărător ales, este prevăzut, distinct, la Capitolul VII din Codul de procedură penală. Prin urmare, reglementarea expresă de la art. 95 denotă intenția legiuitorului de a oferi în mod expres avocatului o cale de atac împotriva măsurilor sau actelor de urmărire penală care îi vatamă drepturile sau interesele legitime proprii, și nu ale persoanei pe care o apără.

Așadar, nu poate fi primită *prima opinia* exprimată în sensul că nu există obligația noului apărător al suspectului sau inculpatului de a formula o nouă cerere de a asista la efectuarea actelor de procedură penală întrucât cererea anterioară rămâne valabilă motivat de faptul că nu este vorba de un drept propriu, diferit de la un apărător la altul, ci despre dreptul suspectului sau inculpatului, exercitat prin intermediul avocatului.

Dacă am considera întemeiată opinia de mai sus, trebuie avut în vedere și faptul că organele de urmărire penală nu au posibilitatea de a-l încunoaștința pe noul avocat cu privire la efectuarea unui act de urmărire penală întrucât nu cunosc datele de contact ale acestuia. Bineînțeles, există posibilitatea ca acesta să fi depus o împuternicire avocațială în care să figureze datele de contact. Cu toate acestea, organele de urmărire penale nu se pot substitui

voinței apărătorului suspectului sau inculpatului, care, dacă nu a formulat o cerere în care să solicite să fie înștiințat cu privire la efectuarea procedurilor penale în cauză, a înțeles să nu-și exercite acest drept instituit de legiuitor.

În consecință, consider că interpretarea dispozițiilor art. 92 alin. 2 C.proc.pen. trebuie făcută în sensul că impun formularea unei noi cereri prin care noul avocat al suspectului sau inculpatului să solicite să fie încunoștințat de data și ora efectuării actului de urmărire penală astfel încât să participe la efectuarea acestuia.

**EFFECTUAREA UNOR ACTE DE URMĂRIRE PENALĂ FĂRĂ
ÎNCUNOȘTIȚAREA APĂRĂTORULUI SUSPECTULUI SAU
INCULPATULUI CU PRIVIRE LA EFFECTUAREA ACESTORA, DEȘI
AVOCATUL A FORMULAT CERERE ÎN ACEST SENS**

SANȚIUNEA APLICABILĂ¹

Cristian George IOAN,
Auditor de justiție

Prima opinie: Sancțiunea încălcării este nulitatea relativă.

Autorii acestei opinii își structurează raționamentul pornind de la premisa că nulitatea, ca sancțiune procedurală, derivă din încălcarea oricărui text legal care reglementează drepturi pentru o persoană, participantă la procesul penal. Prin urmare, aceasta apare ca o sancțiune generală, pe care legiuitorul nu o leagă de prevederea expresă într-un text legal. În consecință, atât timp cât un drept procesual propriu al unui participant la procesul penal este încălcat, acesta poate invoca, prin ipoteză, cu succes, nulitatea actului procesual, în limitele celorlalte condiții legale (termene de invocare, calitate procesuală de formulare a cererii, dovedirea unei vătămări etc.).

Pe de altă parte, în privința calificării nulității incidente în funcție de efectele produse², întrucât nulitățile absolute sunt strict determinate de lege³, atât timp cât legiuitorul nu a înțeles să atașeze expres această sancțiune pentru încălcarea dreptului la apărare, nulitatea nu poate fi decât relativă. Opinia exprimată are susținere, de asemenea, în jurisprudență Curții Constituționale,

¹ Problema de drept a fost discutată în cadrul întâlnirii președinților secțiilor penale ale Înaltei Curți de Casație și Justiție și curților de apel, București, 17-18 mai, 2019

² G. Mateuț, *Procedură Penală. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2019, p.1002.

³ A. Barbu, G. Tudor, A.M. Șinc, *Codul de procedură penală adnotat cu jurisprudență națională și europeană*, ed. Hamangiu, București, 2016, p.635. A contrario, M. Udroui, *Procedură penală. Partea generală.*, vol. II, ed. 6, Ed. Universul Juridic, București, 2019, p. 1154. Autorul susține, în esență, că nulitățile absolute pot fi și virtuale, atunci când se deduc dintr-un caz de excludere obligatorie a probei, precum cele prevăzute de art. 89 alin.(2), art.101, art. 102 alin. (1) și art. 190 alin. (5) C.proc.pen.

care s-a exprimat în sensul că *vătămarea se referă la o încălcare a normelor ce are drept consecință o afectare a drepturilor procesuale ale persoanei îndreptățite de a o invoca*. Astfel, teoretic, orice încălcare de către organul de urmărire penală a normelor relative la drepturile procesuale poate determina o vătămare¹.

Sarcina dovedirii unei vătămări incumbă suspectului sau inculpatului, precum este cazul în privința oricărei nulități relative. Rămâne, deci, ca de la caz la caz să se determine dacă vătămarea ar putea fi acoperită.

A doua opinie: Sancțiunea nulității nu este incidentă într-un astfel de caz. Chiar dacă ar fi incidentă, de altfel, ar putea fi acoperită prin readministrarea probei.

Motivarea acestei opinii pornește de la premisa că, atât timp cât urmărirea penală este, prin esență, nepublică, neparticiparea avocatului suspectului sau inculpatului la efectuarea unor acte nu reprezintă o încălcare a dreptului la apărare. Susținătorii opiniei fac, de asemenea, o aplicație particulară a acesteia, arătând că, în mod deosebit, în cazul audierii martorilor, participarea activă a avocatului suspectului sau inculpatului la un astfel de procedeu probatoriu nu reprezintă un drept procesual de sine stătător. Procurorul are facultatea de a permite, sau nu, adresarea de întrebări de către avocat către martorul audiat.

Nuanțând opinia, susținătorii au arătat că și dacă s-ar admite teza incidenței nulității relative, potrivit practicii instanței supreme, o eventuală vătămare urmând va fi remediată prin reaudierea martorului în cursul judecății.

Cu titlu preliminar, trebuie arătat că în analiza problemei, într-adevăr, sancțiunea nulității este incidentă într-o ipoteză precum cea indicată. Nulitatea vizată este una relativă. În finalul prezentei sinteze va fi exprimat dezacordul în privința soluției reaudierii martorului în cursul judecății, ca o metodă eficientă de a acoperi vătămarea în situația prezentată. De asemenea, nu va fi avută în vedere doar diferența de opinii concretă, deoarece ea își are obârșia într-o problemă de drept principială și abstractă, respectiv natura nulităților consacrate de C.proc.pen. și raportul dintre aceasta și dreptul la apărare.

¹ Curtea Constituțională, decizia nr.302/2017, par. 61.

Sancțiunea nulității. Nu poate fi susținută opinia exprimată în sensul că, având în vedere caracterul nepublic al urmăririi penale, nu este incidentă nicio sancțiune în cazul efectuării de acte de urmărire penală fără încunoștințarea apărătorului, deși acesta a formulat o cerere în acest sens. Principiul nepublicității urmăririi penale (care își are sursa în separația specifică procesului penal modern, între etapa urmăririi penale, de sorginte inchizitorială și etapa judecătii, de inspirație acuzatorială¹), este invocat de autorii celei de-a doua opinii pentru a justifica lipsa oricărei sancțiuni în cazul analizat. Aceștia arată că *atât timp cât urmărirea penală este, prin esență, nepublică, neparticiparea avocatului suspectului sau inculpatului la efectuarea unor acte nu reprezintă o încălcare a dreptului la apărare*. Principiul vizat este consacrat expres în cuprinsul art. 285(2)². Acesta nu este, însă, absolut³. În mod special, consider că nu poate fi opus unui drepturilor concrete ale inculpatului și avocatului, consacrate de art. 10 alin. (5) rap. la art. 92 alin. (1)-(3) și (7) C.proc.pen.

Astfel, dacă se poate admite că două drepturi concurente, aparținând unor subiecți diferiți, se pot limita reciproc, fiind necesar un exercițiu de proporționalitate, o astfel de analiză nu poate fi făcută în cazul în care dreptul concret al unui participant este *în conflict* cu un principiu abstract. În mod evident, nepublicitatea urmăririi penale nu reprezintă un drept al Ministerului Public, sau al oricui altcuiva. Din cuprinsul dispozițiilor anterior menționate se deduce în mod cert că voința legiuitorului a fost clară în sensul de a permite participarea avocatului la orice procedeu probatoriu, cu excepția celor excluse expres de lege, menționate în cuprinsul art. 92 alin.(1) C.proc.pen. Chiar și invocând regula de bază în interpretare conform căreia *specialul derogă de la general*, aceeași concluzie, respectiv că nulitatea este incidentă, se impune.

În plus, nepublicitatea procedurii, ca principiu al urmăririi, nu poate fi interpretată în sensul în care avocatul părții face parte din *publicul* care nu are acces la procedură. Avocatul are

¹ T. Pop, *Drept procesual penal. Partea introductivă*, vol. I, Ed. Tipografia Națională S.A. Cluj, 1946, p.334. În mod evident, după cum precizează și autorul, această separație este fundamentală în procedurile penale din spațiul legiferării continentale. În alte sisteme de drept, precum *common law*, această separație este difuză, chiar lipsind în anumite tipuri de anchete.

² Fără a elabora, soluția legislativă de a consacra un principiu fundamental de drept procesual în partea specială a Codului este, în opinia mea, incorectă din perspectiva tehnicii legislative, afectând coerența topografică a actului normativ.

³ T. Pop. *op.cit.*, p.334-335.

un rol independent în arhitectura procesului penal sub imperiul noului Cod, fiind un participant propriu- zis la procedură, conform art. 29 coroborat cu art. 31 C.proc.pen.

Menționez, totuși, că în anumite situații, excepționale, considerăm că este posibil ca efectuarea unor acte de urmărire penală fără a încunoștiința avocatul uneia dintre părți, deși acesta făcuse o cerere în acest sens, să nu dea naștere unui caz de nulitate. Situațiile de excepție, care trebuie însă menționate, privesc (i) drepturile concurente și (ii) renunțarea la drept.

În acest sens, nu orice încălcare a unui text de lege care reglementează desfășurarea procesului este aptă să fie considerată o cauză de nulitate¹. Ceea ce nu trebuie pierdut din vedere, este că raportat la concepția asupra nulității în C. proc. pen., care o leagă de existența unei vătămări, ce este relevant pentru a stabili incidența sancțiunii nu este că *Ministerul Public ori instanța* și-a încălcat o obligație legală, cum ar părea că se deduce din cuprinsul art. 280 alin.(1) C.proc. pen., ci că prin încălcarea obligației *s-a vătămat un drept*.

Atât timp cât norma încălcată privește o obligație procesuală a organelor judiciare care nu consacră un drept concret al părții, nu se poate pune problema existenței vătămării². Premisa vătămării este, deci, încălcarea dreptului³, fie el procesual sau substanțial (material)¹. Într-adevăr,

¹ În același sens, I. Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, ed. 2, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 668. Autorul folosește exemplul citației în care nu s-au indicat denumirea străzii și numărul casei unde locuiește inculpatul, însă, chiar în lipsa acestor mențiuni, citația i-a fost înmănată. Autorul arată că într-o atare situație nu poate fi identificată o vătămare. Credem, însă, că într-o atare situație, nici nu se impune să se mai verifice dacă există o vătămare. Normele privind conținutul citației nu consacră un drept procesual pentru cel citat. Dreptul acestuia este de a fi informat cu privire la locul și data înfățișării într-un termen rezonabil, iar atât timp cât acest drept, în sine, este respectat, indiferent de alte lacune, sancțiunea nulității nu ar putea fi incidentă.

² G. Mateuț, *op.cit.*, p.1014.

³ *idem.*, p.1001. Autorul, în definiția vătămării, realizează, însă, o delimitare, arătând că ipotezele de nulitate absolută se grefează pe aducerea de atingere justiției, iar nulitățile relative pe încălcarea drepturilor părților. Consider că nuanțarea este discutabilă, din moment ce conceptul de atingere adusă justiției este, din punctul meu de vedere, imprecis. Mai mult, toate cazurile de nulitate absolută, urmăresc protejarea drepturilor părților, mai specific a unor componente ale dreptului la un proces echitabil - art. 281 alin.(1) lit. e și f vizează dreptul la apărare; art. 281 alin.1 lit. c vizează dreptul la o procedură publică, care să îl protejeze de abuzuri făcute în *spatele ușilor închise*; art. 281 alin. (1) lit. a, b privesc dreptul la o instanță instituită de lege; iar art. 281 alin.(1) lit.d conservă contradictorialitatea și caracterul adversarial, neputând fi lăsat instanței rolul de acuzator, precum într-o procedură inchizitorială. Cu privire la determinarea legalei constituirii și competenței, ca elemente ce țin de dreptul la un proces echitabil, a se vedea CEDO, hot. Shabanov și Tren c. Rusiei din 14 decembrie 2006 și Cedo, hot. Sokurenko și Strygun c. Ucrainei din 20 iulie 2006, *apud* R. Chiriță,

vasta majoritate a normelor de drept procesual consacră drepturi pentru participanții la procedură, însă nu trebuie pus un semn de egalitate între încălcarea unui text de lege și încălcarea unui drept². În consecință, considerăm că pentru a se stabili incidența nulității trebuie verificat, înainte de toate, dacă a fost sau nu a fost încălcat un drept.

Deși aproape toată doctrina constată că există o legătură indisolubilă între nulitate și vătămare³, credem că se pune prea puțin accent pe ideea enunțată, anume că premisa vătămării este existența unui drept, care reiese, de altfel, din cuprinsul art. 281 alin.(1) C.proc.pen. De altfel, trebuie subliniat că spre deosebire de Vechiul Cod, noua legiuire procesual penală nu mai face o referire generică la dovedirea unei vătămări (procesuale), specificând, expres, că vătămarea trebuie să privească un drept⁴. Sub vechea reglementare era facil de susținut că un drept poate fi încălcat fără să se cauzeze o vătămare procesuală concretă. Sub noua reglementare, ne întrebăm cum ar putea fi un drept încălcat, fără să fie totodată vătămat? Credem că, într-o problemă care privește în mod direct drepturile inculpatului, o interpretare gramaticală, restrictivă, se impune. Ca atare, considerăm că art. 282 alin.(1) C.proc. pen. ar trebui citit în sensul că dacă cel interesat dovedește *încălcarea* dreptului, dovedește și *vătămarea* lui,

Dreptul la un proces echitabil, tomul 1, Ed. Universul Juridic, București, 2008, pp. 28-29. Mai recent, privind legala constituire a instanței, a se vedea CEDO, hot. Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islandei, din 12 martie 2019.

¹ V. Dongoroz, *Explicațiile teoretice ale codului de procedură penală român. Partea generală*, vol. V., ed. 2., Ed. All Beck, București, 2005.

² Pentru a exemplifica, art. 372 alin.(1) C.proc.pen. stabilește că *la termenul de judecată, după strigarea cauzei și apelul părților, președintele verifică identitatea inculpatului*. Norma privește exclusiv desfășurarea procedurii și nu consacră un drept pentru inculpat. Prin ipoteză, dacă președintele ar omite să facă o astfel de verificare, nici măcar nu s-ar putea pune problema să se atragă sancțiunea nulității în privința dezbaterilor de la acel termen. Într-o atare ipoteză, nulitatea nu ar avea un drept procesual încălcat pe care să se grefeze. Altfel spus, dacă la al doilea termen, inculpatul ar solicita să se anuleze încheierea de la primul termen pentru că nu s-au făcut verificările privind identitatea sa și ar dovedi că el este altă persoană decât cea vizată de actul de sesizare, soluția ar fi achitarea în temeiul art. 16 alin.1 lit.c, nu anularea actelor făcute la primul termen, în temeiul unei nulități relative. De altfel, multe alte norme au menirea de a reglementa chestiuni de organizare a organelor judiciare și a instanței ori au scopul de a proteja aceste organe de propriile potențiale erori în anchetă sau judecată (e.g. norme care stabilesc denumirea hotărârilor instanței - rațiuni de coerență și unitate în practica judiciară; nepublicitatea procedurii de emitere a mandatului de supraveghere - mandatul putând fi compromis dacă procedura ar fi publică și cel supravegheat ar lua cunoștință de ea).

³ A. Zarafiu, *Procedură penală*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 190; A. Barbu, G. Tudor, A.M. Șinc, *op.cit.*, p.635; I. Neagu, *op. cit.*, p.667.

⁴ G. Mateuț, *op. cit.*, p. 1014.

rămânându-i doar să arate că vătămarea subzistă, *adică că nu a fost acoperită, până la momentul soluționării cererii privind nulitatea actului* și că nu poate fi nici ulterior acoperită.

Această abordare, centrată pe ideea de drept, conduce la multiple avantaje: (i) permite respingerea cu celeritate cererilor de anulare a unor acte întocmite cu încălcarea anumitor dispoziții procesuale, fără a mai face analiza vătămării, când acestea nu reglementează un drept; (ii) permite o mai facilă aplicare a teoriei drepturilor concurente¹; (iii) este aptă să explice în mod facil renunțarea la drept. Pentru a stabili incidența nulității trebuie analizat, în fiecare caz, conținutul textului legal încălcat, în sensul de a stabili (i) dacă acesta prescrie un drept procesual și (ii) dacă dreptul în sine a fost încălcat, nefiind suficientă constatarea nerespectării textului legal².

Conform jurisprudenței CEDO³, inclusiv dreptul de a fi asistat de un avocat de la momentul existenței unei acuzații în materie penală⁴ poate fi limitat, fără a se realiza o încălcare a dreptului, atunci când există *motive imperative*, care privesc obligațiile pozitive ale statului în

¹ Pentru dezvoltări a se vedea S. Smet, E. Brems, *et. al*, *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony?*, Ed. Oxford Scholarship, 2017, pp.4-6. Teoria apare rar, spre deloc, în soluțiile instanțelor, deși ea prezintă importanță, mai ales când vine vorba de drepturi substanțiale ale părții vătămate sau ale martorilor, ori chiar drepturi procesuale ale altor părți decât inculpatul (din moment ce C. proc. pen. consacră drepturi procesuale autonome pentru partea civilă și persoana vătămată, inclusiv în ceea ce privește latura penală, spre deosebire de art. 6 din CEDO, însă în consonanță cu art. 47 din Carta drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene). Fără dorința de a elabora asupra unui exemplu practic recent, voi arăta că, inclusiv din perspectiva dreptului procesual, consider că limitarea dreptului persoanei vizate de a fi supusă unei percheziții, doar după autorizarea prealabilă a instanței, poate fi justificată, atunci când intră în conflict cu dreptul persoanei vătămate la libertate și tratament uman, nedegradant. Astfel, nu consider că după efectuarea percheziției, într-o astfel de ipoteză, chiar fără mandat, actele procesuale pot fi anulate, ori probele trebuie excluse.

² Un alt avantaj al acestei abordări decurge din faptul că la drepturile relative se poate renunța, persoana protejată având un drept de dispoziție în acest sens. De exemplu, dacă persoana vizată și-ar da consimțământul ca apartamentul său să fie percheziționat, în mod neechivoc și conștient de consecințele renunțării la drept, nu cred că se impune anularea actelor realizate în cursul percheziției, cu consecința excluderii probelor strânse. Ar părea cel puțin ciudat ca (i) persoana vizată să poată renunța la invocarea nulității (deci la mijlocul de protecție a dreptului), dar nu la drept în sine; (ii) ca după ce aceasta în mod viabil a renunțat la drept să aibă posibilitatea să mai invoce nulitatea.

³ În mod special, a se vedea CEDO, hot. *Ibrahim c. Marii Britani* din 13 septembrie 2016. Pentru dezvoltări și precizări privind raționamentul Curții din respectiva cauză, a se vedea CEDO, hot. *Beuze c. Belgiei*, din 9 noiembrie 2018.

⁴ A se vedea CEDO, *Salduz c. Turciei*, din 27 noiembrie 2008, care consacră acest principiu, reafirmat în mod constant de Curte în aproape toate deciziile subsecvente pronunțate privind dreptul la apărare, în contextul art. 6 par.3.

privința respectării altor drepturi, concurente cu cele ale inculpatului (precum dreptul la viață ori dreptul la tratament uman)¹. A *fortiori*, dacă dreptul la asistență judiciară în sine poate fi limitat în mod compatibil cu standardele de protecție a dreptului, cu atât mai mult participarea avocatului la efectuarea unui act de procedură poate fi limitată². Pentru a exemplifica, poate fi imaginat următorul scenariu: suspectul A este acuzat de răpirea unei minore, aceasta fiind încă lipsită de libertate. Acesta refuză să comunice unde se află minora³. În cursul primei zi de audieri, numește un avocat, care face o cerere conform art. 92 alin.(2) C.proc.pen. Dacă a doua zi inculpatul arată că e gata să declare locul unde se află minora, în scopul protecției drepturilor acesteia, consider că acesta poate fi audiat și în lipsa avocatului, fără a se putea invoca nulitatea declarației sale.

Mergând mai departe cu raționamentul și ținând cont că dreptul vizat nu este unul absolut, dacă organele de urmărire penală ar obține consimțământul neechivoc și dat în cunoștința consecințelor renunțării la drept, din partea suspectului sau inculpatului, ca procedeu probatoriu să se desfășoare în lipsa avocatului, din moment ce dreptul protejat este dreptul său la apărare, nu ar fi incidentă sancțiunea nulității, acesta putând dispune în mod liber de dreptul său.

Consider că doar în astfel de ipoteze, excepționale, ar fi posibil ca sancțiunea nulității să nu fie aplicabilă în situația analizată.

II. Tipul nulității incidente. După cum am arătat *supra*, de principiu, nulitățile absolute sunt expres prevăzute în lege, aceasta fiind poziția clasică în dreptul român⁴. Este relativ simplu de finalizat, prin urmare, exercițiul de a determina sfera de aplicabilitate a acestei categorii de

¹ CEDO, *Ibrahim*, par. 259.

² Deși jurisprudența CEDO face din evaluarea globală a procedurilor un principiu care poate acoperi orice încălcare a dreptului la un proces echitabil, nu cred că evaluarea procedurii în ansamblu se poate face de judecătorul care analizează cauza de nulitate și existența vătămării. În esență, evaluarea globală, așa cum reiese din jurisprudența Curții implică să se ia în considerare o multitudine de factori, inclusiv soluția din cauză, pe care judecătorul, în principiu, fie nu are de unde să îi cunoască, fie nu îi poate anticipa la momentul stabilirii existenței vătămării. De altfel, fără a face referire la evaluarea globală a procedurii, s-a arătat că în analiza vătămării nu pot fi preluate *mutatis mutandis*

³ Situație similară cu cea din CEDO, hot. *Gafgen c. Germaniei*, din 1 iunie 2010. Curtea a arătat, privind circumstanțe faptice similare, că folosirea unor mijloace de constrângere pentru a afla locația minorei este incompatibilă cu standardul Convențional.

⁴ V. Dongoroz, *op.cit.*, p.409. Autorul asimilează cele două noțiuni atât de mult încât le folosește alternativ.

nulității¹. Totuși, trebuie menționat, că în cazul nulității absolute, condiția vătămării unui drept subzistă, însă aceasta se prezumă absolut îndeplinită, *iuris et de iure*².

De asemenea, deși noțiunea de nulitate depinde de vătămarea unui drept, nu poate fi pus un semn de egalitate între încălcarea unui drept absolut și nulitatea absolută, ca sancțiune. De exemplu, deși, după cum am arătat, chiar și în viziunea CEDO, dreptul la un avocat este relativ, putând fi limitat, în situații excepționale, chiar și atunci când este în discuție asistența judiciară obligatorie, C. proc. pen. stabilește un standard mai înalt de protecție în cuprinsul art. 281 alin.(1) lit. f, asociind unei astfel de încălcări a legislației procesuale o nulitate absolută, prezumând absolut că dreptul este încălcat, indiferent de circumstanțele în care exercițiul său a fost limitat.

În consecință, nulitatea pentru efectuarea unor acte de urmărire penală fără încunoaștințarea apărătorului suspectului sau inculpatului cu privire la efectuarea acestora, deși avocatul a formulat cerere în acest sens, este una relativă.

III. Acoperirea nulității. Problema care se pune privește posibilitățile legale de a acoperi această nulitate. Premisa de la care vom pleca este că între natura dreptului încălcat și posibilitatea de a repara vătămarea produsă există o legătură indisolubilă. Astfel, pe cale doctrinară s-a arătat, pornindu-se de la practica recentă a CJUE în materia Cartei, că fiecare drept fundamental are o *esență* sau *un nucleu*, numit și substanța dreptului³. Chiar dacă, în ansamblu, un drept ar fi relativ, limitările lui pot merge doar până se atinge esența sa. Odată ce esența dreptului a fost atinsă, nu se mai pune problema unui examen de proporționalitate, pentru că atingerea este în mod automat nejustificată, indiferent de rațiunile de interes public care au animat-o⁴. În cazul anumitor drepturi, precum dreptul la tratament uman și nedegradant, conținutul lor și esența se suprapun⁵, explicându-se, în consecință, de ce nicio atingere nu este

¹ Cu excepții, rare, ce țin mai de grabă de definirea motivelor de nulitate, spre exemplu în ceea ce privește desfășurarea publică a unei proceduri căreia C.proc.pen. îi prescrie un regim nepublic. A se vedea, în această privință, Î.C.C.J., s.pen., d. 5025/2003 în Revista de drept penal, anul XII, nr. 1, București, 2005, p.157.

² I. Neagu, *op.cit.*, p.673.

³ K. Laenerts, *Limits on limitations: the essence of fundamental rights in the EU*, în German law Journal, vol. 20, nr. 6, Ed. Cambridge University Press, pp. 781.

⁴ T. Ojanen, Making the Essence of Fundamental Rights Real: The Court of Justice of the European Union Clarifies the Structure of Fundamental Rights under the Charter, în *European Constitutional Law Review*, vol. 12, nr.2, 2016, p.322.

⁵ K. Laenerts, *op.cit.*, p.786.

permisă, oricât de persuasive ar fi motivele ei. În cazul altora, precum dreptul la un proces echitabil, acesta include mai multe drepturi individuale în conținutul său, iar doar unele dintre acestea îi compun esența¹, de exemplu independența instanței². Prin urmare, aplicând aceste raționamente în materia nulităților din C.proc.pen., opinăm că atunci când este încălcată esența unui drept fundamental, nu doar că vătămarea există, dar ea nu poate fi în niciun fel acoperită ulterior. Astfel, cred că există cazuri în care deși nulitatea rămâne relativă (în tot ceea ce privește regimul ei), încălcarea dreptului este atât de gravă încât nu poate fi reparată altfel decât prin aplicarea nulității³, chiar dacă aparent ar exista mijloace procesuale de redresare⁴.

Ca atare, considerăm că verificarea nulității relative ar trebui să urmeze următoarea structură: se va verifica (i) dacă s-a încălcat o normă de drept procesual; (ii) dacă norma încălcată consacră un drept și dacă acesta aparține persoanei care invocă nulitatea; (iii) dacă s-a încălcat esența respectivului drept - caz în care se poate constata nulitatea relativă, pentru că vătămarea produsă nu ar putea fi acoperită. Dacă analiza nu se va opri la al treilea pas se va verifica (iv) dacă dreptul a fost într-adevăr încălcat sau au existat motive legitime de limitare a acestuia (precum drepturile concurente, motive imperative de ordine publică); (v) dacă vătămarea cauzată de încălcare a fost acoperită sau există metode alternative pentru a o acoperi.

¹ Kathleen Gutman, *The Essence of the Fundamental Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial in the Case-Law of the Court of Justice of the European Union: The Best Is Yet to Come?*, în *German Law Journal*, vol. 20, 2019, p. 888.

² În acest sens, a se vedea CJUE, decizia C-216/ 18, *PPU*, din 25 iulie 2018.

³ În doctrina mai veche, situațiile în care era încălcat un principiu fundamental al procesului penal erau subsumate unei nulități absolute virtuale. În acest sens, a se vedea I. Tanoviceanu, *Tratat de drept și procedură penală*, vol. 4, ed. 2, Ed. Curierul Judiciar, București, 1924-1927, p.483.

⁴ Spre exemplu, consider că în cazul încălcării dispozițiilor art. 190 alin.(7) dacă, de exemplu, recoltarea de probe biologice prin mijloace invazive nu s-ar face de către un medic, ci de către personalul de specialitate al Poliției Române, procesul verbal întocmit conform art. 190 alin.(9) va trebui anulat, iar proba exclusă, fiind un caz de încălcare a demnității umane. Chiar dacă nulitatea este relativă, întrucât în dreptul la demnitate umană (care ar impune ca statul să asigure că o astfel de prelevare este făcută de un specialist) este unul a cărui conținut și esență se suprapun, nici nu ar trebui să se mai analizeze posibilitățile de îndreptare a vătămării. Folosind un alt exemplu, dacă informații privind activitatea on-line a inculpatului ar fi transferate dintr-o țară terță, care nu conferă garanții minimale de protecție a datelor, în cursul desfășurării unei comisii rogatorii internaționale, esența dreptului la viață privată și protecția datelor (așa cum au fost definite de CJUE în cauza *Schrems*) ar fi încălcată, iar ordonanța prin care s-a dispus transferul datelor se impune a fi anulată, iar proba exclusă, fără posibilități de acoperire prin readministrare sau permiterea părții să conteste inexactitatea datelor.

Prin urmare, raportat la problema punctuală de drept analizată, aplicând criteriile antemenționate, vom constata că, în cazul în care se efectuează acte de urmărire penală, spre exemplu audierea unui martor, fără încunoștințarea apărătorului suspectului sau inculpatului cu privire la efectuarea acestora, deși avocatul a formulat cerere în acest sens: (i) se încalcă dispozițiile art. 97 alin.(2), respectiv art. 97 alin. (3) C.proc. pen. interpretat *a contrario*. Norma în cauză (ii) consacră un drept concret, al suspectului/ inculpatului ca avocatul său să participe la procedură, iar acesta reprezintă un element al dreptului apărare, din cadrul mai largului drept la un proces echitabil. Din moment ce (iii) chiar dreptul la asistență juridică poate fi limitat, în sensul de a lipsi avocatul¹, în mod excepțional, inclusiv atunci când este obligatorie asistența, participarea avocatului nu poate fi considerată ca ținând de esența dreptului la un proces echitabil. Să presupunem că (iv) nu există în speță elemente suplimentare, extraordinare, precum o stare de urgență semnificativă sau faptul că victima, deși nu se încadrează în prevederile art. 113 C. proc. pen., se află într-o stare de traumă profundă, iar orice participant suplimentar la procedură, mai ales unul care susține interesele inculpatului, ar putea să îi agraveze starea în mod considerabil². Dacă astfel de condiții ar exista, s-ar impune un examen de proporționalitate, în urma căruia s-ar putea chiar constata chiar că dreptul nu este încălcat, consecința fiind că nulitatea nu s-ar putea aplica. Mergând mai departe, se va verifica vătămarea a fost acoperită sau poate fi acoperită, urmând ca în funcție de răspunsul la această întrebare să se stabilească dacă sancțiunea nulității se va aplica.

În final, contrar susținerii reținute în minuta de practică neunitară, nu considerăm, de principiu, reaudierea martorului în faza de judecată un mijloc eficient de a acoperi vătămarea. În primul rând, inculpatul oricum are un drept ca martorul să fie reaudit în faza de judecată, dacă declarația lui constituie un mijloc important de probă³. Ca atare, pare cel puțin ciudat ca *înlăturarea vătămării* să fie asigurată prin faptul că inculpatului i se respectă un drept pe care oricum l-ar fi avut, chiar dacă prima audiere era legal realizată. Nu cred că linia de argumentare în sensul că acoperirea încălcării unui drept se face prin faptul că nu se încalcă alt drept este chiar dezirabilă, mai ales că spre deosebire de CEDO, judecătorul național nu poate evalua legalitatea

¹ *supra*, secțiunea I.

² Ridicându-se astfel problema existenței unui drept concurent al martorului la respectul vieții private sau chiar la tratament nedegradant din partea statului, în funcție de subiect

³ Conform art. 374 alin. (7) C.proc.pen interpretat în acord cu jurisprudența CEDO (*e.g.* CEDO, hot. *Murtazaliyeva c. Rusiei*, din 18 decembrie 2018).

procedurii în ansamblu, când este investit cu o cerere pentru anulare. Ca atare, cred că pentru a se acoperi cu adevărat, în mod eficient, vătămarea, martorul ar trebui reaudiat încă din faza de urmărire penală, întrucât o eventuală incoerență în declarațiile incriminatoare ar fi profund favorabilă suspectului sau inculpatului.

O altă variantă pentru a acoperi eventuala vătămare ar putea consta în înregistrarea audio- video a audierii și revizuirea subsecventă în prezența avocatului¹. Această soluție a fost apreciată ca un mijloc valid de protecție a dreptului la apărare în practica recentă CEDO, în privința inculpatului¹. *Mutatis mutandis*, aceste rațiuni se pot aplica și în privința audierii martorului.

¹ CEDO, hot. Doyle c. Irlandei, din 23 august 2019.

CÂTEVA ASPECTE CONTROVERSATE PRIVIND ACȚIUNEA CIVILĂ ÎN PROCESUL PENAL

Oana BUHUȚĂ,
Ioana Andrada PETRESCU,
Auditori de justiție

I. Dispozițiilor art. 20 C. proc. pen. reglementează dreptul persoanelor vătămate de a se constitui părți civile în cursul procesului penal, instituindu-se în același timp și obligația corelativă a organelor judiciare de a aduce la cunoștința persoanei vătămate acest drept, obligație reiterată și prin prevederile art. 111 alin. (2) lit. d), art. 353 alin. (3) și art. 374 alin. (3) teza finală C. proc. pen.

În ceea ce privește condițiile pe care cererea de constituire de parte civilă trebuie să le îndeplinească, acestea sunt, potrivit art. 20 alin. (1) și alin. (2) C. proc. pen.: constituirea să se facă în scris sau oral, cu indicarea naturii și a întinderii pretențiilor, a motivelor și a probelor pe care acestea se întemeiază, și constituirea să se realizeze până la începerea cercetării judecătorești. Nerespectarea cerințelor reglementate de dispozițiile anterior menționate atrage, potrivit art. 20 alin. (4) C. proc. pen., imposibilitatea constituirii ca parte civilă în cadrul procesului penal, putându-se introduce acțiunea la instanța civilă. Referitor la sancțiunea procesuală aplicabilă, în literatura de specialitate s-au conturat mai multe opinii, precum sancțiunea anulării cererii¹, soluția constatării faptului că nu există o acțiune civilă legal exercitată², sancțiunea inadmisibilității, iar în situația introducerii cererii cu nerespectarea termenului sancțiunea decăderii și constatarea tardivității acțiunii formulate.

În ceea ce privește sancțiunea anulării cererii, aceasta ar putea fi incidentă având în vedere dispozițiile art. 280 alin. (1) C. proc. pen., potrivit cărora încălcarea dispozițiilor legale care reglementează desfășurarea procesului penal atrage nulitatea actului. Cu toate acestea,

¹ C. Ghigheci, Noul Cod de procedură penală. Acțiunea penală și acțiunea civilă în procesul penal (II), disponibil la adresa <http://www.juridice.ro/176133/noul-cod-de-procedura-penala-actiunea-penala-si-actiunea-civila-in-procesul-penal-ii.html>.

² M. Udriou, Procedură penală. Partea generală, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 76.

considerăm că această sancțiune vizează acele acte procesuale sau procedurale ce emană de la organele judiciare și care sunt emise cu încălcarea dispozițiilor legale ce reglementează desfășurarea procedurilor penale, ca un principal efect al principiului legalității în procesul penal. Astfel, sancțiunea nulității actelor, reglementată de dispozițiile art. 280 și urm. C. proc. pen., nu este una specifică acțiunii civile, acțiune care, deși cade sub incidența Codului de procedură penală, rămâne guvernată de principiul disponibilității și de normele civile de drept material. Mai mult, în situația în care am admite aplicabilitatea acestor prevederi legale pentru nerespectarea cerințelor cererii de constituire de parte civile, forma de nulitate ce ar putea fi incidentă ar fi nulitatea relativă a cererii, dispozițiile art. 20 și urm. C. proc. pen. fiind norme de ordine privată, iar cazurile de nulitate absolută fiind expres și limitativ prevăzute de lege. Însă, pentru a se dispune anularea actelor procesuale sau procedurale întocmite cu nerespectarea legii, potrivit art. 282 alin. (1) C. proc. pen., este necesar ca prin actul respectiv să se fi produs o vătămare, iar acea vătămare să nu poată fi înlăturată altfel decât prin anularea actului. Or, această condiționare este incompatibilă cu soluția prevăzută de art. 20 alin. (4) C. proc. pen., conform căruia în cazul nerespectării vreuneia dintre condiții persoana vătămată și succesorii acesteia nu se mai pot constitui parte civilă în cursul procesului penal.

Referitor la soluția constatării faptului că nu există o acțiune civilă legal exercitată, aceasta nu reprezintă o adevărată sancțiune, ci cel mult o urmare a aplicării sancțiunii, consecințele nerespectării condițiilor prevăzute de art. 20 alin. (1) și (2) C. proc. pen. fiind aceleași cu cele ce survin absenței unei astfel de cereri.

Astfel, consider că sancțiunea inadmisibilității cererii de constituire ca parte civilă, pentru neîndeplinirea cerințelor privind indicarea naturii și a întinderii pretențiilor, a motivelor și a probelor pe care acestea se întemeiază, este sancțiunea ce se justifică cel mai bine, având în vedere și faptul că analiza îndeplinirii acestor condiții face obiectul unei proceduri de încuviințare sau nu de către instanță a cererii de constituire de parte civilă. Deși practica judiciară relevă faptul că judecătorul, de regulă, ia act de cererea formulată atunci când îndeplinește condițiile legale de admisibilitate, acesta trebuie să se pronunțe pe loc în sensul încuviințării sau respingerii cererii, chiar dacă cererea a fost formulată în cursul urmăririi penale. Astfel, în încheierea de ședință va trebui să apară fie respingerea cererii ca inadmisibilă, fie încuviințarea acesteia pe considerentul că sunt îndeplinite condițiile de admisibilitate.

Procurorul nu va putea, în cursul urmăririi penale, să se pronunțe asupra admisibilității constituirii ca parte civilă, cu consecința respingerii cererii (prin ordonanță) ca inadmisibilă în

cazul neîndeplinirii cerințelor prevăzute de art. 19 alin. (1) și (2) ori art. 20 alin. (2) C. proc. pen. Aceasta deoarece, pe de o parte, lipsurile cererii de constituire ca parte civilă vor putea fi complinite și ulterior în termenul prevăzut de lege pentru constituire, respectiv până la începerea cercetării judecătorești, iar pe de altă parte, sancțiunea neîndeplinirii condițiilor este că persoana vătămată ori succesorii acesteia nu se mai pot constitui deloc parte civilă în acel proces penal (putând introduce acțiune la instanța civilă), sancțiune mult prea drastică având în vedere că până la începerea cercetării judecătorești cererea poate fi modificată sub toate aspectele, inclusiv prin formularea în plus a unor pretenții de altă natură. Astfel, în cursul judecății se justifică pronunțarea instanței sub aspectul admisibilității.

II. Totodată, atunci când cererea de constituire ca parte civilă este formulată atât împotriva inculpatului, cât și împotriva părții responsabile civilmente potrivit art. 19 alin. (2) C. proc. pen., aceasta are inclusiv natura unei cereri de introducere în procesul penal a părții responsabile civilmente în sensul art. 21 C. proc. pen. În acest caz, este de necontestat că o cerere de introducere în cauză a părții responsabile civilmente trebuie soluționată în ședință, prin respingerea sau încuviințarea ei și dispunerea citării părții responsabile civilmente pentru următorul termen. Instanța nu va putea doar să ia act de cererea formulată, întrucât din momentul admiterii cererii, persoana responsabilă civilmente devine parte în procesul penal¹.

III. Conform art. 19 alin. (1) și (2) C. proc. pen. “ *Acțiunea civilă exercitată în cadrul procesului penal are ca obiect tragerea la răspundere civilă delictuală a persoanelor responsabile potrivit legii civile pentru prejudiciul produs prin comiterea faptei care face obiectul acțiunii penale. (2) Acțiunea civilă se exercită de persoana vătămată sau de succesorii acesteia, care se constituie parte civilă împotriva inculpatului și, după caz, a părții responsabile civilmente.*”

Persoana responsabilă civilmente este persoana care, potrivit legii civile, are obligația legală sau convențională de a repara în întregime sau în parte, singură sau în solidar, prejudiciul cauzat prin infracțiune și care este chemată să răspundă în procesul penal (art. 86 C. proc. pen.). Aceasta, deși nu este subiect în latura penală a procesului poate folosi în apărarea sa tot

¹ În acest sens, G. Bodoroncea, Comentariu în M. Udriș (coordonator) și colab., Codul de procedură penală. Comentariu pe articole, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 972.

materialul probator al procesului pentru a dovedi că acțiunea civilă este neîntemeiată sau că nu s-au cauzat pagubele pretinse de partea civilă.

În doctrină există opinii diferite în ceea ce privește tragerea la răspundere a persoanei responsabile civilmente.

Astfel, potrivit unei opinii, se consideră că legea are în vedere opțiunea părții civile de a-și îndrepta acțiunea civilă doar împotriva părții responsabile civilmente, chiar dacă ar avea posibilitatea de a o exercita și împotriva inculpatului. Autorul argumentează această posibilitate prin invocarea art. 86 C. proc. pen. care indică doar că acțiunea civilă este divizibilă și disponibilă, putând fi exercitată în mod singular împotriva părții responsabile civilmente, fără ca acest lucru să excludă răspunderea civilă a inculpatului sau a altei părți responsabile civilmente, atrasă în cadrul unui proces civil.

De asemenea, având în vedere că răspunderea părții responsabile civilmente poate fi de natură convențională, poate implica o convenție de exonerare de răspundere civilă, încheiată între inculpat și partea responsabilă civilmente. Aceasta poate privi conform Codului civil¹ doar prejudiciile materiale ce afectează strict bunurile părții civile.

Potrivit celei de-a doua opinii, este inadmisibilă constituirea de parte civilă în procesul penal doar împotriva părții responsabile civilmente deoarece fundamentul exercițiului comun al celor două acțiuni în același context judiciar este nu doar identitatea de cauză materială, ci și identitatea de subiect pasiv.

Conform art. 19 alin. (2) C. proc. pen prevede că acțiunea civilă se exercită împotriva inculpatului și (conjunție coordonatoare copulativă), după caz, a părții responsabile civilmente.

Un alt argument al autorului privește art. 25 alin. (5) C. proc. pen. care reglementează faptul că acțiunea civilă nu poate continua în procesul penal atunci când inculpatul a decedat, iar instanța lasă acțiune civilă nesoluționată. Astfel, cu atât mai mult nu ar putea să pornească acțiunea civilă doar împotriva părții responsabile civilmente.

Având în vedere cele expuse, consider că cea de-a doua opinie este cea corectă deoarece obiectul acțiunii penale îl constituie antrenarea răspunderii penale a inculpatului, în calitate de autor al infracțiunii, precum și în mod corelativ a răspunderii sale civile, alăturată celei penale. În cadrul soluționării acțiunii civile alăturate celei penale, nu poate fi exclusă răspunderea civilă a

¹ Art. 1355 alin. (2) Cod Civil „Sunt valabile clauzele care exclud răspunderea pentru prejudiciile cauzate, printr-o simplă imprudență sau neglijență, bunurilor victimei ”

inculpatului, ca subiect activ al infracțiunii ce a constituit temeiul antrenării răspunderii sale penale, fiind inadmisibil ca pentru fapta ilicită, cauzatoare de prejudicii, care constituie infracțiunea săvârșită de către inculpat, să răspundă, în latură civilă, în mod exclusiv, alte persoane.

Este adevărat că există unele cazuri în care răspunderea civilă a inculpatului este subsidiară pentru partea din prejudiciu pe care persoana chemată în proces, în calitate de parte responsabilă civilmente, nu este ținută a o suporta. Conform Deciziei RIL nr. 1/2016 ICCJ, în cazul asigurării obligatorii de răspundere civilă pentru prejudicii produse prin accidente de vehicule, societatea de asigurare are calitatea de parte responsabilă civilmente și are obligația de a repara singură prejudiciul cauzat prin infracțiune. Răspunderea de care este ținut asigurătorul RCA este una limitată de contractul de asigurare și de lege, iar răspunderea civilă delictuală a asiguratului poate fi angajată în temeiul principiului reparației integrale a prejudiciului, numai pentru diferența de despăgubire nesupotată de asigurător.

Deși există unele cazuri în care va răspunde partea responsabilă civilmente și nu inculpatul, nu înseamnă că partea civilă nu va introduce acțiunea civilă și împotriva acestuia din urmă. Nu putem folosi un caz de excepție pentru a institui o regulă.

De asemenea, chiar dacă există posibilitatea de a răspunde doar persoana responsabilă civilmente potrivit unei convenții încheiate între aceasta și inculpat, nu poate fi opusă părții civile care poate în continuare să exercite acțiune civilă împotriva inculpatului; convenția își produce efectele numai între părțile contractante, partea civilă fiind o persoană terță.

IV. În ceea ce privește sancțiunea aplicabilă pentru nerespectarea termenului până la care poate fi formulată cererea de constituire de parte civilă în procesul penal, potrivit art. 20 alin. (4) raportat la alin. (1) C. proc. pen., este aceeași ca în situația neregularității cererii, și anume inadmisibilitatea acesteia. Deși în literatura de specialitate s-a arătat că dispozițiile art. 268 alin. (1) C. proc. pen., potrivit cărora când pentru exercitarea unui drept procesual legea prevede un anumit termen, nerespectarea acestuia atrage decăderea din exercițiul dreptului și nulitatea actului făcut peste termen, rămân aplicabile, consider că norma ce instituie sancțiunea inadmisibilității are caracter de normă specială, fiind derogatorie de la dreptul comun. Astfel, cererea de constituire de parte civilă va fi respinsă ca inadmisibilă, iar nu ca tardivă.

Cu toate acestea, nu sunt de acord cu opinia potrivit căreia sancțiunea inadmisibilității pentru nerespectarea condițiilor prevăzute de lege pentru constituirea de parte civilă în cursul

procesului penal ar fi incompatibilă cu principiul disponibilității, întrucât consider că dispozițiile art. 20 și urm. C. proc. pen. sunt norme de ordine privată, ce ocrotesc un interes particular al inculpatului și/sau al părții responsabile civilmente. Astfel, în situația în care aceștia din urmă s-ar declara de acord cu cererea persoanei vătămate de constituire de parte civilă cu nerespectarea condițiilor prevăzute de lege, această manifestare de voință ar echivala cu o recunoaștere a pretențiilor ridicate.

Prin urmare, în situația în care persoana vătămată formulează o cerere de constituire de parte civilă în cursul procesului penal cu încălcarea prevederilor art. 20 alin. (1) și (2) C. proc. pen., instanța va pune în discuția părților încuviințarea sau nu a cererii, iar numai în situația în care va exista acordul expres al părții potrivnice, în speță al inculpatului și/sau al părții responsabile civilmente, va dispune admiterea acesteia.

**APRECIERI CU PRIVIRE LA POSIBILITATEA INSTANȚEI DE A
DISPUNE AMÂNAREA APLICĂRII PEDEPSEI REZULTANTE,
ULTERIOR ANULĂRII AMÂNĂRII APLICĂRII PEDEPSEI, PENTRU
DESCOPERIREA UNEI INFRAȚIUNI CONCURRENTE**

Roxana – Patricia DREANĂ,
Auditor de justiție

Amânarea aplicării pedepsei, soluție care poate fi dispusă de către instanța de judecată față de inculpat, cu ocazia rezolvării acțiunii penale, dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 83 și urm. C.pen., reprezintă o modalitate judiciară de individualizare a pedepsei, sens în care inculpatului îi va fi stabilită o pedeapsă, dar aplicarea acesteia nu este necesară, fiind amânată pe durata unui termen de supraveghere. Amânarea aplicării pedepsei nu reprezintă o soluție de condamnare, fiind mai favorabilă inculpatului decât acesta, raportat la efectele pe care le produce. O subliniere importantă în demersul nostru: potrivit art. 83 alin. 1 lit. a) C.pen., se va putea dispune amânarea aplicării pedepsei rezultante (amendă sau închisoare care nu depășește 2 ani), inclusiv în cazul concursului de infracțiuni.

Cu toate acestea, potrivit art. 89 alin. 1 C.pen., dacă pe parcursul termenului de supraveghere de 2 ani, stabilit potrivit art. 84 C.pen., se descoperă că persoana supravegheată *mai săvârșise o infracțiune până la rămânerea definitivă a hotărârii prin care s-a dispus amânarea*, pentru care i s-a aplicat pedeapsa închisorii chiar după expirarea acestui termen, amânarea se anulează, aplicându-se, după caz, dispozițiile privitoare la concursul de infracțiuni, recidivă sau pluralitate intermediară.

Legiuitorul a prevăzut la art. 89 C.pen. și situațiile în care s-ar dispune anularea acestei măsuri, astfel ca inculpatul să nu mai beneficieze de efectele definitive ale amânării.

Astfel, pentru a se dispune anularea amânării aplicării pedepsei, condițiile prevăzute de art. 89 alin. (1) C.Pen. sunt următoarele, acestea trebuind a fi îndeplinite în mod cumulativ: persoana față de care s-a dispus amânarea aplicării pedepsei să mai fi săvârșit anterior rămânerii definitive a acestei hotărâri o altă infracțiune; această infracțiune să fi fost descoperită pe

parcursul termenului de supraveghere și pentru noua infracțiune să i se aplice pedeapsa închisorii, chiar după expirarea acestui termen.

Legiuitorul a prevăzut în alin. (2) al aceleiași articol posibilitatea ca în cazul unui *concurș de infracțiuni* instanța să dispună **amânarea aplicării pedepsei rezultante**, dacă sunt îndeplinite condițiile generale pentru a se dispune această soluție. În această situație, termenul de supraveghere de doi ani se va calcula de la data rămânerii definitive a hotărârii prin care s-a pronunțat anterior amânarea aplicării pedepsei.

Soluția propusă de art. 89 alin. (2) C.pen., cu toate că pare logică, poate fi dificil de aplicat unitar în practica judiciară, având în vedere dispozițiile art. 582 alin. (3) C.proc.pen. care prevăd că în situația în care instanța constată că sunt îndeplinite condițiile art. 89 C.pen. **va anula amânarea aplicării pedepsei și va dispune condamnarea inculpatului și executarea pedepsei** stabilite prin hotărârea de amânare, aplicând apoi dispozițiile cu privire la concursul de infracțiuni, recidivă sau pluralitate intermediară.

Deși Codul penal (partea generală) pare să permită instanței care dispune anularea amânării aplicării pedepsei, pentru descoperirea unei infracțiuni concurente, să poată dispune o nouă soluție de amânare a aplicării pedepsei rezultante, textul de lege din Codul de procedură penală (partea specială) pare a obliga instanța să dispună o soluție de condamnare, mai mult, cu executare (în regim de detenție). Se pune astfel problema care a fost intenția legiuitorului? Este textul din Codul de procedură penală o normă specială raportat la cel din codul penal?

Sesizând aceste incoerențe legislative, doctrina recentă a formulat două opinii:

Instanța, după ce anulează amânarea aplicării pedepsei, condamnă persoana supravegheată, ba mai mult, dispune executarea pedepsei; astfel, odată ce dispune soluția de condamnare pentru una dintre infracțiunile concurente, este evident că nu mai există alternativa amânării aplicării pedepsei rezultante de la concurs, mai mult, părănd că instanța va fi obligată să dispună executarea acestei pedepse, astfel că nu va fi posibilă suspendarea sub supraveghere a executării pedepsei rezultante, odată ce una dintre pedepsele componente se va executa.¹

Într-o altă opinie, s-a apreciat că este preferabilă soluția prevăzută de art. 89 alin. 2 C.pen., astfel că în caz de concurs de infracțiuni instanța poate dispune amânarea aplicării pedepsei rezultante, dacă sunt îndeplinite condițiile generale dispuse de lege. Această soluție este firească și trebuie urmată prin raportare la dispozițiile Codului penal exact ca în situația în care

¹ F. Streteanu, D. Nițu, Drept penal, Partea generală, vol. II, ed. Universul Juridic, 2018, p. 533

inculpatul ar fi fost trimis în judecată în aceeași cauză pentru toate infracțiunile concurente comise, neputându-se reține că în această din urmă ipoteză ar fi posibilă amânarea aplicării pedepsei rezultante, iar în urma descoperirii ulterioare a concursului de infracțiuni, ca urmare a anulării amânării aplicării pedepsei, această soluție nu ar mai fi posibilă, având în vedere incongruențele legislative. A fortiori, în caz de concurs de infracțiuni, este posibilă suspendarea sub supraveghere a executării pedepsei rezultante, dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 91 C.pen.¹

În sensul exprimat în cea de-a doua opinie, pare a fi și orientarea instanței supreme, care, într-o decizie recentă, respectiv 13/HP/2019, a arătat că *„În cazul anulării amânării aplicării pedepsei, urmate de suspendarea sub supraveghere a executării pedepsei principale rezultante, termenul de supraveghere, stabilit potrivit dispozițiilor art. 92 C.pen., se calculează de la data rămânării definitive a hotărârii prin care se dispune suspendarea sub supraveghere a executării pedepsei principale rezultante”*. Deși decizia Înaltei Curți nu privește cu exactitate ipoteza analizată de față, arată totuși că în situația anulării amânării aplicării pedepsei nu este obligatorie dispunerea unei soluții de condamnare cu executare, astfel putând deduce că aplicarea art. 582 alin. (3) C.proc.pen. nu este obligatorie. Mai mult decât atât, apreciem ca fiind strict interzisă discriminării unor persoane aflate în situații juridice similare (doi inculpați au săvârșit fiecare câte două infracțiuni concurente, pentru fiecare din cele două pedepse rezultante fiind îndeplinite condițiile pentru a se dispune amânare aplicării pedepsei, însă unul dintre ei este judecat pentru ambele infracțiuni în cadrul aceluiași proces, iar în cazul celuilalt se dispune amânarea aplicării pedepsei pentru o infracțiune, cea de-a doua fiind descoperită în termenul de supraveghere). Astfel de situații pot genera o încălcare a dreptului la un proces echitabil, prin discriminare (art. 14 coroborat cu art. 6 CEDO).²

Concluzia pe care înțeleg să mi-o însușesc și care s-ar desprinde din analiza coroborată a celor două texte, ținând cont și de necesitatea de a aplica acel text de lege care îi conferă mai multe drepturi inculpatului, este aceea că în cazul în care se dispune anularea amânării aplicării pedepsei pentru descoperirea, în termenul de supraveghere, a unei infracțiuni concurente, instanța va putea dispune amânarea aplicării pedepsei rezultante, potrivit art. 89 alin. 2 C.pen.

¹ M. Udroui, Drept penal. Partea generală, ed. C.H. Beck, 2019, p. 551; L.V. Lefterache, în Codul penal. Comentariu pe articole, ed. C.H. Beck, 2016, p. 308.

² L.A. Postelnicu, C.C. Meceanu în Codul de procedură penală. Comentariu pe articole, ed. C.H. Beck, 2017, p. 2334, 2335.

**AUTORITATEA DE LUCRU JUDECAT A ORDONANTELOR PRIN
CARE ESTE STINS PROCESUL PENAL**

Florin – Vasile DĂIANU,
Auditor de justiție

În prezenta lucrare vom încerca să descifrăm dacă ordonanțele procurorului (ne referim la cele de *neurmărire/netrimiteră în judecată*) au, sau nu, *autoritate de lucru judecat*, iar în cazul unui răspuns pozitiv, care este întinderea acestei autorități și cui se poate opune ea.

Vom începe demersul nostru prin *prezentarea generală a noțiunii de autoritate de lucru judecat* și a efectelor acesteia, urmând ca apoi să transpunem principiile enunțate la cazul specific al ordonanțelor procurorului de stingere a procesului penal.

Prin *autoritate de lucru judecat* înțelegem forța acordată de lege unei hotărâri judecătorești definitive de *a putea fi executată* și de *a împiedica o nouă urmărire* pentru aceeași faptă. ”Prin *lucru judecat* trebuie să înțelegem *acea situațiune juridică rezultată din soluționarea definitivă și irevocabilă a unui conflict dedus înaintea justiției. Incontestabil atunci când se soluționează un conflict se stabilește și o situațiune de fapt și un raport juridic, ambele în complexul lor, așa încât soluționarea definitivă și irevocabilă a conflictului implică recunoașterea deasemeni definitivă și irevocabilă a conținutului acestui conflict adică situațiunea de fapt și raportul juridic*”.¹¹

Autoritatea de lucru judecat a hotărârilor penale produce consecințe care se manifestă sub o *latură pozitivă* și una *negativă*; efectul pozitiv al autorității de lucru judecat se transpune în *caracterul executoriu* al hotărârii (*actio iudicati*), care presupune că hotărârea poate fi pusă în executare din oficiu, fără ca titularul acțiunii penale să solicite expres acest lucru. Al doilea efect al autorității, cel *negativ* este reprezentat de eficiența prohibitivă (*exceptio rei iudicatae*) care instituie o *piedică în exercitarea acțiunii penale* și poate fi invocat pe cale de excepție. ”*Lucrul judecat conduce la două efecte importante care au natură diferită. Un prim efect este cel pozitiv care constă în aceea că hotărârea care o dobândit autoritatea lucrului judecat poate fi pusă în*

¹ I. Tanoviceanu, *Tratat de Drept și Procedură Penală*, Edițiunea a Doua a Cursului de Drept și Procedură Penală, Revăzut și Complectat, Volumul V, Tip. “Curierul Judiciar”, București, 1927, p. 703.

executare, spre realizarea efectivă a dispozițiilor sale (lucru judecat ca titlul executiv). Hotărârea cu autoritate de lucru judecat creiază un obstacol la readucerea din nou înaintea instanțelor judecătorești a conflictului soluționat definitiv și irevocabil (lucru judecat ca exceptio rei judicatae)”¹. La aceste două efecte, îl putem adăuga pe cel de-al treilea, exprimat prin adagiul ”res judicata pro veritate habetur”, potrivit căruia, hotărârea definitivă exprimă adevărul.

Efectul negativ al autorității de lucru judecat se traduce în intervenția principiului ne bis in idem, consacrat de art. 6 C.proc.pen.² Asupra acestui efect al autorității de lucru judecat ne vom axa cea mai mare parte a analizei, urmând să trecem în revistă, pe scurt și celelalte efecte. Acest principiu este prevăzut și de art. 4 parag. 1 al Protocolului nr. 7 la CEDO³, art. 50⁴ din Cartă⁵, art. 54⁶ din C.A.S.⁷, art.14 pct. 7⁸ din Pactul Internațional cu privire la drepturile civile și

¹ . Tanoviceanu, Tratat de Drept și Procedură Penală, Edițiunea a Doua a Cursului de Drept și Procedură Penală, Revăzut și Complectat, Volumul V, Tip. “Curierul Judiciar”, București, 1927, p. 703, 704.

² Nicio persoană nu poate fi urmărită sau judecată pentru săvârșirea unei infracțiuni atunci când față de aceea persoană s-a pronunțat anterior o hotărâre penală definitivă cu privire la aceeași faptă, chiar și sub altă încadrare juridică.

³ **Dreptul de a nu fi judecat sau pedepsit de două ori.**

Nimeni nu poate fi urmărit sau pedepsit penal de către jurisdicțiile aceleiași stat pentru săvârșirea infracțiunii pentru care a fost deja achitat sau condamnat printr-o hotărâre definitivă conform legii și procedurii penale ale acestui stat..

⁴ **Dreptul de a nu fi judecat sau condamnat de două ori pentru aceeași infracțiune**

Nimeni nu poate fi judecat sau condamnat pentru o infracțiune pentru care a fost deja achitat sau condamnat în cadrul Uniunii, prin hotărâre judecătorească definitivă, în conformitate cu legea.

⁵ Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene (2012/C 326/02), publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene C 326/391.

⁶ **Aplicarea principiului ne bis in idem**

O persoană împotriva căreia a fost pronunțată o hotărâre definitivă într-un proces pe teritoriul unei părți contractante nu poate face obiectul urmăririi penale de către o altă parte contractantă pentru aceleași fapte, cu condiția ca, în situația în care a fost pronunțată o pedeapsă, aceasta să fi fost executată, să fie în curs de executare sau să nu mai poată fi executată conform legilor părții contractante care a pronunțat sentința.

⁷ Convenția de punere în aplicare a acordului Schengen din 14 iunie 1985 între guvernele statelor din Uniunea Economică Benelux, Republicii Federale Germania și Republicii Franceze privind eliminarea treptată a controalelor la frontierele comune.

⁸ Nimeni nu poate fi urmărit sau pedepsit din pricina unei infracțiuni pentru care a fost deja achitat sau condamnat printr-o hotărâre definitivă în conformitate cu legea și cu procedura penală a fiecărei țări.

politice, art. 8¹ și art. 129² din Legea nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală, republicată, art. 9³ din Convenția europeană de extrădare⁴.

Codul de procedură penală nu se limitează la a dispune numai interdicția de a fi din nou condamnat de două ori pentru aceeași faptă, ci prevede și *dreptul de a nu fi urmărit penal* sau judecat de două ori pentru aceeași faptă. Prin prevederea pentru prima dată în legislație a *prohibiției de a fi din nou urmărit penal pentru aceeași faptă*, legiuitorul a consacrat principiul *ne bis in idem* a ordonanțelor de închidere a procesului penal, aliniind astfel legislația cu practica Curții de Justiție a Uniunii Europene, în interpretarea art. 54 din C.A.S., art. 50 din

¹ Non bis in idem

(1) Cooperarea judiciară internațională nu este admisibilă dacă în România sau în orice alt stat s-a desfășurat un proces penal pentru aceeași faptă și dacă: a) printr-o hotărâre definitivă s-a dispus achitarea sau încetarea procesului penal; b) pedeapsa aplicată în cauză, printr-o hotărâre definitivă de condamnare, a fost executată sau a format obiectul unei grațieri sau amnistii, în totalitatea ei ori asupra părții neexecutate sau dacă s-a dispus renunțarea la aplicarea pedepsei ori amânarea aplicării pedepsei și a expirat termenul prevăzut la art. 82 alin. (3) din Codul penal, respectiv termenul de supraveghere prevăzut la art. 84 din Codul penal fără a interveni revocarea sau anularea acestora.

² Aplicarea principiului non bis in idem

(1) O persoană în privința căreia s-a pronunțat o hotărâre definitivă pe teritoriul unui stat membru al spațiului Schengen nu poate fi urmărită sau judecată pentru aceleași fapte dacă, în caz de condamnare, hotărârea a fost executată, este în curs de executare sau nu mai poate fi executată potrivit legii statului care a pronunțat condamnarea. (2) Cu toate acestea, dispozițiile alin. (1) nu se aplică dacă: a) faptele vizate de hotărârea străină s-au săvârșit în tot sau în parte pe teritoriul României. În acest caz, excepția nu se aplică dacă faptele s-au săvârșit în parte pe teritoriul statului membru unde s-a pronunțat hotărârea; b) faptele vizate de hotărârea străină constituie o infracțiune contra siguranței statului sau împotriva altor interese esențiale ale României; c) faptele vizate de hotărârea străină au fost săvârșite de un funcționar român prin încălcarea obligațiilor sale de serviciu. (3). Excepțiile menționate la alin. (2) nu se aplică atunci când, pentru aceleași fapte, statul membru interesat a cerut preluarea urmăririi penale sau a acordat extrădarea persoanei în cauză.

³ Non bis in idem

Extrădarea nu se va acorda când persoana reclamată a fost judecată definitiv de către autoritățile competente ale părții solicitate, pentru fapta sau faptele pentru care - extrădarea este cerută. Extrădarea va putea fi refuzată, dacă autoritățile competente ale părții solicitate au hotărât să nu întreprindă urmăriri sau să pună capăt urmăririlor pe care le-au exercitat pentru aceeași faptă sau aceleași fapte.

⁴ **Convenția europeană de extrădare**, încheiată la Paris la 13 decembrie 1957, cu Protocoalele sale adiționale, din 15 octombrie 1975 și 17 martie 1978.

Cartă și art. 3 pct. 2¹ din decizia-cadru referitoare la mandatul european de arestare².

Existența unei hotărâri definitive cu privire la fondul cauzei.

Hotărârile pronunțate în procesul penal rămân definitive în cazurile și condițiile prevăzute de art. 551-552 C.proc.pen. Ele *reflectă adevărul* în ce privește *fapta și persoana* judecată asupra căroră s-a pronunțat o soluție de condamnare, renunțare la aplicarea pedepsei, amânare a aplicării pedepsei, achitare sau încetare a procesului penal.

“Pentru a se putea determina că există *idem factual sau personal* este necesar ca prin hotărârea definitivă *instanța să se fi pronunțat asupra fondului cauzei*”³. Observăm că se face vorbire despre *actele instanței*, nu și ale altor organe judiciare, precum organele de urmărire penală. În același sens, în doctrina mai veche identificăm aceeași observație: “lucrul judecat neputând emana decât dela instanțele cari au *dreptul de jurisdicțiune*, se înțelege că autoritatea lucrului judecat *nu va putea niciodată să derive din actele Ministerului Public*. Însăși Ministerul Public care a clasat o plângere *poate reveni asupra rezoluțiunei de clasare*”⁴. Așadar, se face distincție între *actele organelor judiciare*, unde includem și actele Ministerului Public și *actele organelor de jurisdicție*, cele care soluționează *pe fond* conflictul de drept penal. Această distincție clasică între *actele instanței* și *actele procurorului* a primit o temperare semnificativă, după cum vom observa, iar astăzi principiul *ne bis in idem* poate fi viza și acte ale Ministerului Public.

Doctrina și jurisprudența sunt constante în considerarea unei hotărâri penale care se bucură de autoritate de lucru judecat și *încheierea judecătorului de cameră* preliminară (hotărâre judecătorească definitivă) prin care *este menținută* ca legală și temeinică *o soluție de clasare*, respingându-se ca nefondate plângerile formulate în condițiile art. 341 C.proc.pen. ori

¹ Atunci când din informațiile aflate la dispoziția autorității judiciare de executare rezultă că persoana căutată a fost judecată definitiv într-un stat membru pentru aceleași fapte, cu condiția ca, în caz de condamnare, sancțiunea să fi fost executată sau să fie în acel moment în curs de executare, sau să nu mai poată fi executată, în conformitate cu dreptul statului membru de condamnare.

² Decizia – cadru 2002/584/JAI a Consiliului, din 13 iunie 2002, privind mandatul european de arestare și procedurile de predare între statele membre; a fost modificată prin Decizia – cadru 2009/299/JAI a Consiliului, din 26 februarie 2009.

³ Codul de Procedură penală – Comentariu pe articole, Ediția 2, M. Udroi (coord), Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 52.

⁴ I. Tanoviceanu, op. cit., p. 708.

este confirmată o ordonanță de renunțare la urmărirea penală dispusă de procuror.

Un aspect important aici îl constituie și *partea din hotărâre care dobândește autoritate de lucru judecat*, respectiv numai *dispozitivul* sau și *considerentele* acesteia. “Când e vorba de a examina autoritatea lucrului judecat în materie penală, trebuie a ține seamă *nu numai* de *dispozitivul* hotărârei, ci și de *motivarea sa*¹. Prof. I. Tanoviceanu făcea referire la ordonanțele *judecătorului de instrucțiune* sau la *deciziile camerei de punere sub acuzare* când explica importanța motivării hotărârii. Astăzi nu este mai puțin importantă motivarea, fiindcă există diferențe între ordonanțe/hotărâri motivate *in rem* și cele motivate *in personam*, dar și temeiul motivării este la fel de important. În funcție de acest criteriu putem împărți *autoritatea de lucru judecat* în *absolută* și *relativă*, în funcție de temeiul motivării.

Pentru a fi incident principiul *ne bis in idem*, potrivit CtEDO, trebuie îndeplinite următoarele condiții: să existe o *hotărâre definitivă* conform legii statului în care a fost pronunțată, prin epuizarea căilor ordinare de atac, sau prin neexercitarea lor în termenul prevăzut de lege; hotărârea definitivă să fie pronunțată în *materie penală*. Curtea se raportează la *criteriile Engel* pentru a determina dacă suntem în prezența unei *acuzății în materie penală în sensul autonom european*, respectiv: calificarea faptei ca infracțiune în dreptul intern, natura faptei incriminate, scopul, natura și gradul de severitate al sancțiunii ce ar putea fi aplicată persoanei acuzate. ”După ce, initial, Curtea de la Strasbourg a arătat că doar al doilea și al treilea criteriu sunt alternative, ulterior, în cauza *Kapetanios c. Greciei* (*Cauza Kapetanios și alții c. Greciei*, cererile reunite nr. 3453/12, 42941/12 și 9028/13, hotărârea din 30 aprilie 2015, parag. 52) a extins această interpretare arătând că toate cele trei criterii sunt alternative, iar nu cumulative”²; autoritățile judiciare competente să fi formulat din nou aceeași acuzație penală, privind aceeași faptă și aceeași persoană. Nu prezintă relevanță dacă fapta are aceeași încadrare (calificare sau cauză) juridică sau altă încadrare juridică.

Noul proces să se îndrepte împotriva aceleiași persoane (eadem personae).

Este necesar să existe o identitate între persoana inculpatului în sarcina căruia s-a pronunțat o hotărâre definitivă de condamnare, renunțare la aplicarea pedepsei, amânare a aplicării pedepsei, achitare sau încetare a procesului penal și persoana împotriva căreia se

¹ I. Tanoviceanu, op. cit., p. 709.

² Codul de Procedură penală – Comentariu pe articole, Ediția 2, p. 51.

intenționează *continuarea urmăririi penale, punerea în mișcare a acțiunii penale*, trimiterea în judecată ori pronunțarea unei hotărâri judecătorești.

Noul proces să privească fapte identice ori fapte care sunt în mod substanțial aceleași (eadem res, idem factum).

Spre deosebire de autoritatea de lucru judecat în materie civilă, unde se cere un *conflict identic*, în sensul că trebuie să existe un conținut substanțial care să privească *același obiect* (situația de fapt) și să se sprijine *pe aceeași cauză* (raportul juridic), *în materie penală această identitate a cunoscut o atenuare*, în sensul că nu este necesară și aceeași cauză. “În penal această condițiune se reduce *numai la identitatea de obiect* (acelaș fapt ilicito-penal) iar *nu și la identitatea de cauză* (calificare juridică), atunci când este vorba de *autoritatea lucrului judecat în penal asupra penalului*. Cu alte cuvinte chiar dacă un fapt judecat odată sub o calificare ar fi urmărit din nou sub o altă calificare *excepțiunea lucrului judecat va putea fi primită*”¹. Trebuie întotdeauna să analizăm dacă este vorba despre același fapt, în sensul de *unicitate materială*, nu de *similitudine juridică*. *Unicitatea materială* nu poate fi găsită decât în fapte săvârșite anterior deschiderii acțiunii penale care a condus la pronunțarea hotărârii definitive. În general această *unicitate* este una *naturală* (infracțiuni continue) sau *fictivă* (infracțiuni continuate sau de obicei).

În situația în care sunt vătămate mai multe persoane prin același fapt material, astfel încât infracțiunea este realizată față de fiecare dintre subiectele pasive, pentru a afla dacă hotărârea pronunțată în raport cu unul dintre subiectele pasive va avea autoritate de lucru și față de ceilalți, va trebui să ne uităm la *modul în care este motivată hotărârea*. “Dacă hotărârea este motivată pe considerațiuni specifice în raport cu subiectul pasiv care s’a plâns și cari deci rămân străine celorlalți subiecți pasivi, desigur că *nu va exista lucru judecat față de aceștia din urmă*. Dacă dimpotrivă hotărârea este motivată pe considerațiuni absolut independente de persoana subiectului pasiv, atunci ea va avea autoritate de lucru judecat *erga omnes* (de ex. inexistența faptului)”².

Încă un lucru am mai puncta aici: ce se întâmplă în caz de *concurență de texte sau concurs de legi*, respectiv când fapta penală este prevăzută de mai multe legi? La această

¹ I. Tanoviceanu, op. cit., p. 706.

² Idem, p. 738.

problemă răspunsul este că *se va aplica doar una dintre incriminări*, în principiu cea considerată ca specială, în raport cu una generală; “cum numai unul dintre aceste texte urmează a se aplica, desigur că hotărârea dată pe baza unuia din aceste texte va avea autoritate de lucru judecat împiedicând o nouă urmărire pe baza altui text”¹. De asemenea, în caz de infracțiuni progresive, când faptul penal este susceptibil de a lua calificări progresiv mai grave, faptul judecat sub una dintre aceste calificări nu mai poate fi readus în fața instanțelor represive sub un alt aspect al progresiei.

Noțiunea de *idem factum* nu e pe deplin clarificată și a generat o jurisprudență fluctuantă și oarecum contradictorie a CtEDO. Aceasta s-a raportat inițial la criteriul – *aceleași comportament infracțional, idem factual*. În cauza *Gradinger c. Austriei*², CtEDO a reținut o încălcare a art. 4 al Protocolului nr. 7, deoarece reclamantului i s-a aplicat sancțiunea amenzii administrative pentru conducerea sub influența băuturilor alcoolice, iar anterior fusese condamnat pentru ucidere din culpă, prevăzută de Codul Penal. “CtEDO a reținut că prevederile în cauză se distingeau nu numai prin denumirea lor, dar și prin obiectul și natura lor. Infracțiunea sancționată de Codul rutier austriac nu reprezenta decât un aspect al celei prevăzute de Codul penal austriac, astfel că cele două hotărâri de condamnare s-au întemeiat *pe același comportament infracțional*.”³

Câțiva ani mai târziu, în cauza *Oliveira c. Elveției* (cererea nr. 25711/94, hotărârea CtEDO din 30 iulie 1998, parag. 25 – 29), CtEDO a utilizat criteriul *aceleași infracțiuni – idem legal*, și a considerat că nu a existat nicio împrejurare care să contravină prevederilor art. 4 al Protocolului nr. 7, care interzic judecarea de două ori pentru aceeași infracțiune, deoarece în cauză era vorba despre un *concurș ideal de infracțiuni*, iar acesta se analizează ca două infracțiuni distincte. CtEDO a mai afirmat că, deși e de preferat ca infracțiunile din cadrul *concurșului ideal* să fie analizate de către aceeași instanță, pentru a fi pedepsite într-un cadru

¹ Idem, p. 740.

² Hotărârea din 23 octombrie 1995 (Cameră) (seria A nr. 328-C), consultată pe site-ul: <https://jurisprudencedo.com/GRADINGER-c.-AUSTRIEI-Urmairi-penale-administrative-contr-unui-automobilist-pentru-savarsirea-infracțiunii-de-ucidere-din-culpa-si-conducere-a-unui-automobil-in-stare-de-ebrietate.html>;

³ Codul de Procedură penală – Comentariu pe articole, Ediția 2, p. 54.

procesual unic, dispozițiile art. 4 al Protocolului nr. 7 nu interzic ca instanțe distincte să analizeze infracțiuni ce formează un concurs ideal.

Ulterior, în cauza *Franz Fischer c. Austriei*¹ CtEDO a folosit criteriul *acelorași elemente constitutive (esențiale)*. În cauză, Curtea a stabilit că textul art. 4 al Protocolului nr. 7 nu face referire la *aceeași infracțiune*, ci la judecata și pedepsirea din nou pentru o infracțiune pentru care se pronunțase deja o hotărâre definitivă împotriva unei persoane. Faptul că un act material constituie mai multe infracțiuni nu contravine art. 4 al Protocolului nr. 7, iar CtEDO nu se limitează la constatarea că un reclamant a fost judecat pe baza unui singur act și pedepsit pentru mai multe infracțiuni distincte. Dacă un act material reprezintă mai multe infracțiuni, iar pentru una dintre acestea urmărirea penală se desfășoară după ce pentru una/unele dintre infracțiuni s-a pronunțat deja o hotărâre definitivă, CtEDO face analiza dacă aceste infracțiuni au *același conținut constitutiv sau esențial*.

CtEDO (Marea Cameră) a intervenit pentru asigurarea unei interpretări unitare a noțiunii de *idem factum* în cadrul țărilor membre ale Consiliului Europei și a stabilit că art. 4 al Protocolului nr. 7 urmează să fie înțeles ca *interzicând urmărirea sau judecarea unei persoane pentru a doua infracțiune cât timp aceasta vizează fapte identice sau care sunt în mod substanțial aceleași*. Astfel, instanța europeană a considerat că analiza ce trebuie efectuată în determinarea noțiunii de “*idem*” prin raportare la criteriul *fapte identice sau fapte care sunt în mod substanțial aceleași* trebuie axată pe *acele fapte care constituie un set de împrejurări factuale concrete privind pe același acuzat și care sunt inextricabil legate în timp și spațiu* (CtEDO, Marea Cameră, *Sergey Zolotukhin c. Rusiei*, hotărârea din 10 februarie 2009, parag. 82)².

Interpretarea aceasta ar trebui urmată, în materie penală și de organele judiciare române în aprecierea conceptului de *idem factum* din structura principiului *ne bis in idem*.

CtEDO a pronunțat recent a hotărâre împotriva țării noastre, în *cauza Butnaru și Bejan – Piser*

*c. României*³ în care a aplicat interpretarea conceptului de *idem factum* astfel cum l-am

¹ CtEDO, secția II, hotărârea Fischer versus Austria, 29 mai 2001, 37950/97, consultată pe site-ul:

<https://jurisprudentacedo.com/Fischer-contr-Austriei-Non-bis-in-idem-Concurs-ideal.html>;

² Codul de Procedură penală – Comentariu pe articole, Ediția 2, p. 57.

³ Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului (Secția a treia), în Cauza Butnaru și Bejan-Piser împotriva României din 23.06.2015, publicată în M. Of. al României, partea I, nr. 139 din data de 23 februarie 2016 consultată

prezentat în precedent. Instanța de la Strasbourg a arătat că „trebuie să examineze faptele care constituie un *ansamblu de circumstanțe de fapt concrete* implicând același făptuitor și *indisociabil legate între ele în timp și în spațiu*, existența acestor circumstanțe trebuind să fie demonstrată pentru a putea fi pronunțată condamnarea, sau pentru ca *noi acțiuni penale să fie puse în mișcare*”¹.

Menționăm că dreptul de a nu fi judecat sau pedepsit de două ori pentru aceeași faptă consacrat de art. 4 al Protocolului nr. 7 este *limitat la teritoriul statului ale cărui autorități au soluționat conflictul de drept penal* dedus spre soluționare instanțelor represive, deoarece dispoziția convențională cuprinde numai procedurile desfășurate în fața „*jurisdicțiilor aceleiași stat*”. CEDO nu garantează respectarea principiului *ne bis in idem* în situația în care o persoană a fost sau va fi judecată ori condamnată de instanțele unor state diferite. Pentru astfel de situații devin incidente dispozițiile *art. 50 din Cartă* care garantează aplicarea principiului *ne bis in idem* la nivelul tuturor statelor membre UE, în care s-ar putea desfășura mai multe procese cu privire la *aceeași acuzație în materie penală*.

Principiul *ne bis in idem* a făcut și obiectul de analiză al CJUE tot prin raportare la noțiunea de „*aceleași fapte*”. Instanța de la Luxemburg a arătat că art. 54 din Convenția de aplicare a Acordului Schengen (în continuare C.A.S.) ar trebui interpretat în sensul în care criteriul relevant pentru aplicarea acestui articol îl reprezintă „*identitatea faptelor materiale, înțelese ca existența unui ansamblu de fapte indisolubil legate între ele, independent de încadrarea lor juridică sau de interesul juridic protejat*”². În ceea ce privește noțiunea de *acuzație în materie penală*, Curtea de la Luxemburg utilizează aceleași 3 criterii (*criteriile Engel*), pe care le-a integrat în conținutul dreptului Uniunii Europene, odată cu pronunțarea în *cauza Bonda* (hotărârea din 5 iunie 2012, C-489/10, parag. 37). Putem considera că, în acest moment, pentru a aprecia incidența principiului *ne bis in idem*, CJUE folosește numai *criteriile Bonda*.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene a reținut același înțeles și în ce privește

pe site-ul <https://www.juridice.ro/429143/cedo-cauza-butnaru-si-bejan-piser-impotriva-romaniei-judecarea-repetata-pentru-aceleasi-fapte.html>.

¹ Ibidem.

² Idem, p. 55.

interpretarea art. 3 pct. 2 din decizia-cadru privitoare la mandatul european de arestare. În *cauza Gaetano Mantello* (CJUE, cauza C-261/09, hotărârea din 16.11.2010) instanța europeană a constatat că noțiunea *aceleași fapte* la care se referă art. 3 pct. 2 din decizia cadru *nu va putea fi lăsată la latitudinea organelor*

judiciare ale fiecărui stat membru, în funcție de dreptul intern al acestuia, ci *trebuie să primească o interpretare unitară*. Din nevoia aplicării uniforme a dreptului Uniunii Europene se conchide că, în măsura în care această dispoziție nu face referire la dreptul statelor membre cât privește această noțiune, ea va trebui să primească în toată Uniunea o *interpretare uniformă și autonomă*. Așadar, aceasta reprezintă o *noțiune autonomă de drept comunitar* și face obiectul unei cereri de pronunțare a unei hotărâri preliminare din partea oricărei instanțe sesizate cu un litigiu în această materie, în condițiile stabilite în Titlul VII din Protocolul nr. 36 la TFUE¹ privind dispozițiile tranzitorii.

Noțiunea *aceleași fapte* figurează și la art. 54 C.A.S. Ea a fost interpretată în sensul că vizează doar *identitatea actelor materiale* și că încorporează un *ansamblu de împrejurări concrete și indisolubil legate între ele, independent de încadrarea juridică a acestora sau de interesul juridic protejat*. Ținând cont de obiectivul comun al art. 54 C.A.S. și al art. 3 pct. 2 din decizia-cadru, ce urmăresc *să evite ca o persoană să fie urmărită* sau judecată din nou pentru *aceleași fapte*, trebuie să se admită că interpretarea acestei noțiuni oferită în contextul C.A.S. este valabilă și în privința deciziei-cadru.

În ceea ce privește *actele procurorului de încetare a acțiunii publice*, CtEDO s-a pronunțat în decizia de admisibilitate în *cauza Horciag c. României* (CtEDO, secția II, *Horciag c. România*, cererea nr. 70982/01, hotărârea din 15 martie 2005), în sensul că *ordonanța procurorului prin care nu s-a dispus trimiterea în judecată nu poate fi considerată o hotărâre care se bucură de autoritate de lucru judecat*, deoarece putea fi infirmată de către procurorul ierarhic superior. Reclamantul fusese scos de sub urmărire penală, pe baza concluziilor raportului de expertiză medico-legală, conchizând că nu a avut discernământ. Ulterior, pe baza unei noi expertize medico – legale, s-a redeschis urmărirea penală, acesta a fost trimis în

¹ Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene. Versiunea consolidată a Tratatului privind Funcționarea Uniunii Europene, incluzând modificările aduse prin Tratatul de la Lisabona, a fost publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, C 326 , 26/10/2012 p. 0001 – 0390.

judecată și condamnat definitiv, stabilindu-se că discernământul său fusese doar diminuat. CtEDO a statuat că, în lipsa unei *hotărâri definitive care să închidă definitiv urmărirea penală*, redeschiderea acesteia nu constituia decât o *continuare a urmăririi inițiale*, așa încât s-a reținut că acesta nu a fost urmărit penal de două ori, pentru aceeași faptă, pentru care fusese achitat anterior printr-o hotărâre penală definitivă, contrar dispozițiilor art. 4 al Protocolului nr. 7.

Relativ la *actele procurorului*, Curtea de la Luxemburg are o orientare parțial distinctă de cea a instanței de la Strasbourg și, pe alocuri surprinzătoare, oferind principiului *ne bis in idem* o sferă mai cuprinzătoare, prin extinderea lui la *actele Ministerului Public*, chiar și în lipsa *vreunei intervenții* de orice tip a instanței represive.

CJUE a statuat că principiul *ne bis in idem*, reglementat de art. 54 C.A.S. este aplicabil în privința procedurilor de încetare a acțiunii penale, prin care *Ministerul Public* dintr-un stat membru *închide procedura penală incidentă în acel stat, fără intervenția instanței*, după ce persoana urmărită penal a îndeplinit anumite obligații și a plătit o sumă de bani stabilită de către Ministerul Public. În motivarea hotărârii (*Gözütok și Brügge*¹, cauzele reunite C-187/01 și C-385/01, hotărârea din 11 februarie 2003, parag. 25-48) CJUE a reținut că principiul *ne bis in idem*, indiferent dacă este aplicat în *procedurile de încetare a acțiunii publice* care presupune intervenția sau nu a unei instanțe, ori la hotărâri judecătorești, implică ”o încredere mutuală a statelor membre în sistemele de justiție penală ale celorlalți și că fiecare dintre acestea acceptă aplicarea dreptului penal în vigoare în celelalte state membre, *deși aplicarea dreptului său național ar conduce la o soluție diferită*”². În continuare, Curtea a reținut: ”aplicarea de către un stat membru a principiului *ne bis in idem* la procedurile de *încetare a acțiunii publice* care au avut loc în alt stat membru, fără intervenția unei instanțe, nu ar putea fi subordonată condiției ca ordinea juridică a primului stat să nu necesite nici aceasta o astfel de intervenție a instanței (...) Or, art. 54 C.A.S., care are ca scop să evite ca o persoană, prin faptul exercitării *dreptului său de liberă circulație*, să fie urmărită pentru aceleași fapte pe teritoriul mai multor state membre, nu poate să contribuie în mod util la realizarea completă a acestui obiectiv decât dacă acest text se aplică, de asemenea, *actelor prin care se pune capăt în mod definitiv urmăririi penale într-un stat membru, deși astfel de decizii sunt adoptate fără intervenția unei instanțe judecătorești și*

¹ CJUE, Hüseyin Gözütok și Klaus Brügge, cauzele C-187/01, C-385/01 hotărârea din 11 februarie 2003, consultată pe site-ul: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62001CJ0187&lang1=en&lang2=RO&type=TEXT&ancre=>

² Codul de Procedură penală – Comentariu pe articole, Ediția 2, p. 59.

nu îmbracă forma unei hotărâri judecătorești. Pe de altă parte, ordinile juridice naționale care prevăd posibilitatea unei căi de atac în procedurile de încetare a acțiunii publice, precum cele în speță, nu prevăd aceasta decât în anumite situații sau pentru anumite infracțiuni limitativ prevăzute sau determinate care, ca regulă generală, nu figurează printre cele mai grave și nu sunt pasibile decât de sancțiuni care nu depășesc un anumit grad de severitate. În aceste condiții, limitarea aplicării art. 54 C.A.S. doar la deciziile prin care se încetează acțiunea penală, adoptate de o instanță, sau care îmbracă forma unei hotărâri judecătorești ar avea drept rezultat ca de principiul ne bis in idem prevăzut de această dispoziție și, prin urmare, de dreptul la liberă circulație, pe care C.A.S. dorește să-l faciliteze, să nu beneficieze decât urmăritorii vinovați de săvârșirea unor infracțiuni pentru care, în temeiul gravității sau al sancțiunilor de care sunt pasibile, recurgerea la modul de soluționare simplificată a anumitor dosare penale, precum procedura de încetare a acțiunii publice, nu este posibilă”¹.

Curtea de la Luxemburg a reținut, referitor la denumirea art. 54 C.A.S., că ținând cont de obiectivul și de finalitatea acestui text, *utilizarea conceptului ”judecat definitiv” nu se opune la aplicarea acestuia la procedurile de încetarea a acțiunii publice care nu comportă intervenția unei instanțe judecătorești. Art. 55 – 58 C.A.S. nu limitează aplicarea art. 54 C.A.S. numai hotărârilor judecătorești sau procedurilor de încetare a acțiunii publice, care impun intervenția unei instanțe judecătorești.*

CJUE a reținut, în cauza *Vladimir Turansky*², că nu este aplicabil principiul *ne bis in idem* unei decizii care, după examinarea fondului cauzei, un organ judiciar dintr-un stat contractant a dispus *încetarea urmăririi penale*, într-o fază anterioară punerii în mișcare a *acțiunii penale* împotriva unei persoane suspectate de a fi comis o infracțiune, dacă respectiva decizie, conform dreptului național al statului în cauză, *nu stinge în mod definitiv acțiunea penală și nu reprezenta un impediment în vederea unei noi urmăriri penale*, pentru aceeași faptă, în statul respectiv. În motivarea acestei decizii, CJUE a reținut că: “Reiese chiar din conținutul art. 54 C.A.S. că nicio persoană nu poate fi urmărită într-un stat contractant pentru aceleași fapte pentru care s-a pronunțat deja o <<hotărâre definitivă>> într-un prim stat

¹ Codul de Procedură penală – Comentariu pe articole, Ediția 2, p. 59.

² CJUE, Vladimir Turansky, cauza C-491/07, hotărârea din 22 decembrie 2008, consultată pe site-ul <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=73224&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=325611>;

contractant".¹ Cât privește noțiunea de "hotărâre definitivă", Curtea a stabilit deja că, în cazul în care în urma unei proceduri penale, *acțiunea publică s-a stins în mod definitiv*, se va considera că, *în privința faptei și a persoanei cercetate s-a pronunțat o hotărâre definitivă*, în sensul celor prevăzute de art. 54 C.A.S. În concluzie, pentru a putea fi calificată drept o hotărâre definitivă, în sensul art. 54 C.A.S., acea decizie trebuie să *pună capăt urmăririi penale și să stingă definitiv acțiunea penală*. Pentru o astfel de apreciere – dacă hotărârea este sau nu definitivă, potrivit art. 54 C.A.S., este nevoie de o verificare preliminară, așa cum au procedat guvernele austriac, olandez, finlandez, guvernul Regatului Unit și Comisia, "*dacă decizia în cauză este considerată definitivă și obligatorie în sensul dreptului național al statului contractant ale cărui autorități au adoptat-o și să se asigure că decizia respectivă conferă, în acest stat, protecția acordată în temeiul principiului ne bis in idem*". Într-adevăr, o decizie care, potrivit dreptului primului stat contractant care a inițiat urmărirea penală împotriva unei persoane, *nu stinge definitiv acțiunea penală la nivel național nu poate constitui, în principiu, un impediment procedural în calea începerii sau a continuării urmăririi penale, pentru aceleași fapte, împotriva acestei persoane într-un alt stat contractant*². Cât privește caracterul definitiv al hotărârii, Comisia a stat să solicite, de la autoritățile celui dintâi, informațiile cu caracter juridic relevante, în scopul clarificării, de ex. a naturii unei decizii ce a fost adoptată pe teritoriul primului stat. "Prin urmare, se impune să se constate că o decizie a unui organ de poliție, precum cea în discuție în procedura principală, prin care se dispune încetarea urmăririi penale, însă nu se pune definitiv capăt acțiunii penale potrivit ordinii juridice naționale în cauză nu poate constitui o decizie care să permită să se considere că în privința persoanei implicate a fost pronunțată o <<hotărâre definitivă>>, în sensul art. 54 C.A.S."³. Astfel interpretat, art. 54 C.A.S. este pe deplin compatibil cu obiectivul acestui articol, de a evita ca o persoană față de care s-a pronunțat o hotărâre definitivă să fie urmărită penal pentru aceeași faptă pe teritoriul altor state contractante, în urma exercitării de către aceasta a dreptului său la liberă circulație. "Or, aplicarea acestui articol în privința unei decizii de încetare a urmăririi penale, precum cea în discuție în procedura principală, ar avea ca efect

¹ CJUE, Vladimir Turansky, cauza C-491/07, hotărârea din 22 decembrie 2008, consultată pe site-ul <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=73224&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=325611>;

² Codul de Procedură Penală – Comentariu pe articole, M. Udrioiu (coord), Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 50.

³ Codul de Procedură Penală – Comentariu pe articole, p. 52.

împiedicarea, într-un alt stat contractant, în care ar putea fi disponibile mai multe probe, a oricăror posibilități concrete de urmărire și, eventual, de sancționare a unei persoane în considerarea comportamentului său ilicit, în timp ce asemenea posibilități nu ar fi excluse în primul stat contractant, în care nu se consideră că în privința persoanei implicate a fost pronunțată o hotărâre definitivă, în sensul dreptului național al acestui din urmă stat”¹. O astfel de consecință ar fi de natură să contravină finalității dispozițiilor Titlului I al Tratatului privind Uniunea Europeană, așa cum este enunțată la art. 3 alin. 2² (ex. Art 2 TUE), de a dezvolta Uniunea ca spațiu de libertate, securitate și justiție în interiorul căruia este asigurată libera circulație a persoanelor. Cu toate că scopul art. 54 C.A.S. este acela de a garanta că o persoană, ce a fost condamnată definitiv și și-a executat pedeapsa, ori a fost achitată definitiv într-un stat contractant, se poate deplasa în interiorul spațiului Schengen, fără teama de a fi din nou urmărită, pentru aceeași faptă, într-un alt stat contractant, „*totuși acesta nu are ca scop protejarea unui suspect împotriva eventualității de a trebui să se supună unor cercetări succesive pentru aceleași fapte, în mai multe state contractante*”³.

CJUE a dispus că art. 54 C.A.S. va fi interpretat în sensul că *o ordonanță de neprimire în judecată* care nu permite în statul contractant în care a fost emisă această ordonanță *o nouă urmărire penală* pentru aceeași faptă și împotriva aceleiași persoane vizate de ordonanță, exceptând cazul în care se descoperă noi probe, *trebuie să fie considerată o hotărâre definitivă*, în sensul celor stipulate de acest articol și paralizează o nouă urmărire penală împotriva aceleiași persoane pentru fapta respectivă, în alt stat contractant⁴.

De asemenea, mai trebuie să amintim că, potrivit dispozițiilor art. 50 din Cartă, astfel cum au primit explicații, acestea trebuie luate în considerare în scopul interpretării acesteia, „în ceea ce privește situațiile menționate la art. 4 din Protocolul nr. 7 și anume aplicarea principiului în cadrul aceluiași stat membru, dreptul garantat are același înțeles și domeniu de aplicare ca și

¹ Codul de Procedură penală – Comentariu pe articole, Ediția 2, p. 62.

² Art. 3 alin. 2 TUE: Uniunea oferă cetățenilor săi un spațiu de libertate, securitate și justiție, fără frontiere interne, în interiorul căruia este asigurată libera circulație a persoanelor, în corelare cu măsuri adecvate privind controlul la frontierele externe, dreptul de azil, imigrarea, precum și prevenirea criminalității și combaterea acestui fenomen.

³ Codul de Procedură Penală – Comentariu pe articole, p. 54.

⁴ A se vedea în acest sens CJUE, M, cauza C-398/12, hotărârea din 5 iunie 2014, consultată pe site-ul - <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=153311&doclang=RO;>

dreptul corespondent din CEDO”¹. Așadar, având în vedere că, în conformitate cu dispozițiile art. 54 C.A.S. caracterul *definitiv* al unei hotărâri judiciare, în scopul aplicării principiului *ne bis in idem* unor potențiale anchete efectuate într-un alt stat contractant, depinde de caracterul definitiv sau nedefinitiv al hotărârii respective din statul contractant în care s-a pronunțat această hotărâre, relevant în cazul nostru este acest punct al explicațiilor. Din cuprinsul art. 4 paragraful 2 al Protocolului nr. 7 la CEDO se desprinde ideea că principiul *ne bis in idem* consacrat de paragraful 1 nu se opune la o redeschidere a procesului “*dacă fapte noi sau recent descoperite*” ar fi capabile să afecteze hotărârea pronunțată. În cauza *Zolotoukhin c. Rusiei*², CtEDO a apreciat că *art. 4 din Protocolul nr. 7 la CEDO devine relevant în cazul inițierii unei noi urmăriri penale, dacă o achitare sau o condamnare anterioară a dobândit statutul de res iudicata*.

Aplicarea preventivă a principiului ne bis in idem.

Este posibilă aplicarea principiului *ne bis in idem* cu titlu preventiv, în sensul ca parchetul să dispună o soluție de închidere a procedurii, într-un stadiu incipient al urmăririi penale sau chiar ca o soluție de neurmărire, știind că în alt stat membru se desfășoară un alt proces penal privind pe același acuzat, având la bază aceeași acuzație în materie penală? Răspunsul ne este oferit de Curtea de la Luxemburg în *cauza Miraglia*³ și el este unul negativ; în cauză s-a reținut că împotriva reclamantei se începuse simultan urmărirea penală atât în Olanda, cât și în Italia pentru fapta de a fi transportat din Olanda în Italia peste 20 de kilograme de heroină. Procurorii olandezi nu au considerat oportun să pună în mișcare acțiunea penală, din cauza existenței anchetei și în Italia, aplicând astfel *preventiv* principiul *ne bis in idem*. CJUE a adus clarificări, în sensul că principiul *ne bis in idem* nu se poate aplica în ceea ce privește actele autorităților judiciare ale unui stat membru prin care s-a decis închiderea dosarului după ce *Ministerul Public* a considerat că nu trebuie să continue acțiunea publică din cauză că au fost începute procedurile într-un alt stat membru împotriva aceleiași persoane și pentru aceleași fapte,

¹ A se vedea în acest sens CJUE, M, cauza C-398/12, hotărârea din 5 iunie 2014, consultată pe site-ul - <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=153311&doclang=RO>;

² Disponibilă la adresa - <https://www.legal-tools.org/doc/e6d5dc/pdf/>.

³ CJUE, *Miraglia*, cauza C-469/03, hotărârea din 10 martie 2005, consultată pe site-ul: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=54088&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=354076>.

dar în lipsa oricărei aprecieri asupra fondului. Decizia Ministerului Public de a nu continua urmărirea penală pentru motivul mai sus amintit nu a fost considerată de către instanța europeană ca o hotărâre prin care să se fi *judecat definitiv* o persoană, potrivit celor statuate de către art. 54 C.A.S.

CJUE a precizat, de asemenea că o astfel de interpretare a art. 54 C.A.S. se impunea din cauză că era singura posibilitate care făcea să prevaleze obiectul și finalitatea acestei prevederi privitoare la actele de procedură care sunt diferite în statele membre în cauză și să garanteze aplicarea utilă a articolului respectiv. Aplicarea acestui articol precum în speța de mai sus, în cazul unei decizii de închidere a procedurii penale, ar putea să aibă ca efect o mai dificilă sau chiar paralizarea oricărei posibilități de sancționare în statele membre vizate de comportamentul delictuos imputat urmăritului. S-a reținut de către instanța de la Luxemburg că hotărârea de închidere a procedurii penale a fost luată de autoritățile judiciare ale unui stat membru fără a face vreo precizare privind comportamentul ilicit care îi era imputat reclamantului. “Pe de altă parte, deschiderea unei proceduri penale în alt stat membru pentru aceleași fapte ar fi compromisă atunci când tocmai angajarea unor astfel de proceduri a stat la baza *renunțării la acțiunea publică* de către *Ministerul Public* al primului stat membru”¹. Asemenea consecință ar fi într-o contradicție manifestă cu finalitatea dispozițiilor Titlului VI al TUE².

Prof. I. Tanoviceanu aprecia că – ”lucrul *judecat* neputând emana decât dela instanțele cari au dreptul de jurisdicțiune, se înțelege că *autoritatea lucrului judecat nu va putea niciodată să derive din actele Ministerului Public*”³. Afirmția, deși surprinzătoare la prima vedere, este explicabilă prin aceea că la vremea respectivă funcționa instituția judecătorului de instrucțiune, ca organ judiciar care supraveghea activitatea de urmărire penală și acesta era cel care se pronunța, prin *ordonanțe* asupra *soluțiilor de clasare*. Acestor *ordonanțe* de clasare pronunțate

¹ Codul de Procedură Penală – Comentariu pe articole, p. 51.

² Tratatului privind Uniunea Europeană precum și protocoalele și a anexele la acesta, astfel cum au fost modificate prin Tratatul de la Lisabona semnat la 13 decembrie 2007 la Lisabona și care a intrat în vigoare la 1 decembrie 2009. Acesta conține de asemenea declarațiile anexate la Actul final al Conferinței interguvernamentale care a adoptat Tratatul de la Lisabona. Versiunea consolidată a Tratatului privind Uniunea Europeană - (2016/C 202/01), disponibil la adresa: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ro/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>

³ I. Tanoviceanu, op. cit., p. 708.

de către judecătorul de instrucție li se recunoștea autoritatea de lucru judecat, făcându-se diferențierea între ordonanțele motivate în fapt, cele motivate în fapt și în drept și cele motivate numai în drept; între aceste tipuri există o diferență calitativă, respectiv forța lucrului ”judecat” este diferită, în funcție de tipul de motivare. ”În adevăr, dacă ordonanțele judecătorului de instrucție (...) sunt motivate pe împrejurarea că *nu există dovezi îndestulătoare de culpabilitate, urmărirea se poate reîncepe dacă se găsesc noi dovezi*. Dacă din contră, ordonanța judecătorului de instrucție (...) care apără pe prevenit, îl apără pe motiv că *fapta nu e prevăzută de lege sau că e prescrisă, descoperirea de dovezi noi, nu poate servi la nimic și autoritatea de lucrului judecat a instrucției s’ar opune la o nouă judecată*. Prin urmare, motivarea de fapt are autoritate de lucru judecat numai atât timp cât nu se schimbă faptele care au dictat-o, iar motivarea de drept rămâne în picioare totdeauna și are putere de lucru judecat”¹.

O ordonanță de clasare este ***motivată în fapt*** în următoarele cazuri: când constată că fapta nu există în materialitatea ei; când fapta nu se verifică în complexul elementului ei material; când nu sunt probe suficiente pentru dovedirea faptei (există un dubiu cu privire la existența faptei); când fapta există, dar suspectul/inculpatul nu nici autorul, nici participant la aceasta (nu există probe că o persoană a săvârșit fapta); când se constată că nu există suficiente probe cu privire la participarea suspectului/inculpatului la comiterea faptei (există un dubiu că acuzatul a săvârșit fapta). În toate aceste cazuri, descoperirea ulterioară de probe noi, ar putea determina modificarea soluției inițiale, fără să fie încălcată autoritatea de lucru judecat a ordonanței de clasare, aflându-ne în *continuarea urmăririi inițiale*.

La analizarea *ordonanțelor de clasare motivate în fapt*, pentru determinarea existenței autorității de lucru judecat în privința lor, *ar trebui să se ia în considerare și calitatea procesuală a persoanei față de care s-a dispus soluția de clasare*, aceasta deoarece pentru dobândirea calității procesuale de *suspect*², respectiv *inculpat*¹, sunt necesare stadii diferite ale strângerii

¹ I. Tanoviceanu, op. cit., p. 709, 710.

² Art. 305 alin. (3) C.proc.pen.: Atunci când există probe din care să rezulte bănuiala rezonabilă că o anumită persoană a săvârșit fapta pentru care s-a început urmărirea penală și nu există vreunul dintre cazurile prevăzute de art. 16 alin. (1), organul de urmărire penală dispune ca urmărirea penală să se efectueze în continuare față de aceasta, care dobândește calitatea de suspect. Măsura dispusă de organul de cercetare penală se supune, în termen de 3 zile, confirmării procurorului care supraveghează urmărirea penală, organul de urmărire penală fiind obligat să prezinte acestuia și dosarul cauzei.

materialului probatoriu, iar acest aspect poate avea incidență în ce privește aplicarea principiului *ne bis in idem*. Ne fundamentăm această opinie pe argumentele CJUE din cauza *Turansky* mai sus citată, în care instanța de la Luxemburg a reținut că principiul *ne bis in idem* nu este aplicabil unei decizii prin care, după examinarea pe fond a cauzei cu care a fost sesizat, *un organ judiciar al unui stat contractant a dispus încetarea urmăririi penale, într-un stadiu prealabil punerii în mișcare a acțiunii penale împotriva unei persoane suspectate că ar fi comis o infracțiune*, iar potrivit dreptului intern *această decizie de încetare nu stinge definitiv acțiunea penală*. Afirmăm aceasta, fiindcă o *soluție de clasare față de un suspect* poate presupune un *proces penal într-o fază incipientă*, pe când una față de un *inculpat* ar putea însemna că *urmărirea penală era aproape finalizată și materialul probatoriu epuizat*, deoarece pentru punerea în mișcare a acțiunii penale, procurorul *trebuie să constate că există probe din care rezultă că o persoană a săvârșit o infracțiune*. Această diferență cantitativă a administrării mijloacelor de probă poate impieta asupra existenței condițiilor de aplicare a principiului *ne bis in idem*.

Vom expune un exemplu pentru a întări cele susținute mai sus. În cazul unei *soluții de clasare* întemeiate pe cazul prevăzut de art. 16 alin. 1 lit. (c) – *nu există probe că o persoană a săvârșit infracțiunea* - calitatea procesuală a persoanei vizate de soluție *poate influența decisiv existența sau nu a autorității de lucru judecat*. În cazul în care s-a dispus față de un suspect, apreciem că, în principiu, *nu va exista ne bis in idem*, dat fiind stadiul mai puțin avansat al procedurii penale, *anterioare punerii în mișcare a acțiunii penale*, așa cum a fost analizată de către CJUE în cauza *Turansky*. Dacă, în schimb, se *pusese în mișcare acțiunea penală*, iar urmărirea penală era aproape de finalizare și, cu toate acestea a intervenit acest temei de clasare (*nu există probe că o persoană a săvârșit infracțiunea*) contrariu celui pentru punerea în mișcare a acțiunii penale (*să existe probe că o persoană a săvârșit o infracțiune*), stabilindu-se că nu există probe pentru tragerea la răspundere penală a inculpatului din cauză, suntem de părere că *această ordonanță de clasare va trebui asimilată unei hotărâri definitive*, existând *ne bis in idem*, deoarece o asemenea soluție poate fi considerată o *soluție de achitare*, cu excepția situației în care s-ar descoperi probe indubitabile că persoana respectivă a comis fapta penală,

¹ Art. 309 alin. (1) C.proc.pen.: Acțiunea penală se pune în mișcare de procuror, prin ordonanță, în cursul urmăririi penale, când acesta constată că există probe din care rezultă că o persoană a săvârșit o infracțiune și nu există vreunul dintre cazurile de împiedicare prevăzute la art. 16 alin. (1).

însă, în acest caz am păși pe terenul excepțiilor de la principiul *ne bis in idem*, fiind în prezența unui veritabil motiv de *revizuire* a soluției.

Există *motivare în fapt și în drept* a ordonanței de clasare atunci când se constată o cauză care înlătură antijuridicitatea faptei (legitima apărare, starea de necesitate, exercitarea unui drept sau îndeplinirea unei obligații etc.), deoarece în aceste situații existența cauzei care a condus la soluția de clasare trebuie să se sprijine pe elemente de fapt. Spre deosebire de ordonanțele de clasare motivate numai în fapt, în cazul celor motivate în fapt și în drept probele nou descoperite trebuie să se refere la acea latură a faptelor pe care se sprijină motivarea în drept, altfel această latură rămâne neschimbată și, motivarea în drept își păstrează eficacitatea, iar orice nouă urmărire va fi inadmisibilă. Exemplul următor este elocvent pentru clarificarea tezei expuse: ”o ordonanță de neurmărire bazată pe faptele constatate motivează neurmărirea pe întrunirea în drept a tuturor elementelor legitimei apărări. Există deci o motivare în fapt (arătarea circumstanțelor concrete ale atacului care a determinat reacțiunea) și o motivare în drept (demonstrarea că atacul întrunește cerințele legale de a fi material, actual și injust). Să ne închipuim acum că, posterior ordonanței de neurmărire, se descopere o scrisoare prin care inculpatul amenințase cu moartea pe victimă și pe baza acestei descoperiri noi se cere redeschiderea instrucțiunii. Ei bine, o atare redeschidere nu va putea fi admisă fiindcă ea nu modifică faptele cari au condus la admiterea legitimei apărări, adică constatarea că a existat un atac material, actual și injust. Aceste constatări nu sunt dărmate prin noua constatare ca anterior comiterii faptului inculpatul amenințase cu moartea pe victimă sa, fiindcă s’a putut prea bine ca între timp să se fi răzgândit. În orice caz existența amenințării anterioare nu face mai puțin legitimă apărarea din moment ce s’a constatat că a existat atacul material, actual, injust, și atâta timp cât nouile descoperiri nu tind să răstoarne constatarea acestui atac, ele nu pot determina redeschiderea instrucțiunii. Dimpotrivă, dacă în exemplul de mai sus, am presupune că s’ar aduce noi descoperiri o scrisoare din care ar rezulta că martorii, cari au declarat că a existat atacul și pe a căror depozițiune s’a bazat motivarea legitimei apărări, se angajaseră anterior comiterii faptului că vor depune favorabil inculpatului și vor arăta că a fost atacat, desigur că o astfel de nouă descoperire, interesând însăși faptele cari au condus la motivarea legitimei apărări, va justifica redeschiderea instrucțiunii¹.

¹ I. Tanoviceanu, op. cit., p. 715, 716.

Ordonanțele de clasare ***motivate în drept*** au o autoritate de lucru judecat mai extinsă decât cele motivate numai în fapt, sau atât în fapt cât și în drept. Aceste ordonanțe se opun ca un *fine de neprimire* împotriva unei noi urmăririi penale pentru aceeași faptă pentru care s-a dispus o soluție de clasare motivată în drept. Sunt astfel de ordonanțe motivate în drept cele care au ca temei: intervenția unei legi de amnistie pentru fapta care a făcut obiectul urmăririi penale, intervenția unei legi de dezincriminare sau prescripția răspunderii penale. Împăcarea apreciem că este tot un impediment care va determina o motivare în drept a soluției de clasare. În aceste cazuri, oricâte probe noi s-ar descoperi ulterior, acțiunea penală este, în principiu, paralizată absolut (cu excepțiile pe care le vom prezenta), fiindcă o modificare a situației de fapt nu poate schimba, prin ea însăși fundamentarea în drept a soluției de clasare. Nu trebuie să confundăm aceste impedimente absolute la punerea în mișcare a acțiunii penale cu alte impedimente care acționează ca veritabile *chestiuni prejudiciale de acțiune*, și care imprimă un caracter dilatoriu procesului penal, de pildă lipsa sesizării comandantului pentru infracțiunile prevăzute de art. 413 – 417 C. pen. sau lipsa autorizării prealabile o organului prevăzut de lege (lipsa autorizării procurorului general al parchetului de pe lângă curtea de apel în cazul incidenței principiului personalității răspunderii penale sau lipsa autorizării solicitate președintelui României sau plenului camerei parlamentului, în cazul aplicării Legii nr. 115/1999 privind responsabilitatea ministerială). Aceste impedimente, chiar dacă pot justifica o soluție de clasare, modificarea situației care le-a determinat poate oricând să declanșeze reluarea urmăririi penale, fără a se opune lucrul judecat, fiind în *continuarea* aceleiași urmăririi penale. “Tot astfel, în cazul în care încetarea procesului penal s-a dispus în temeiul art. 16 alin. 1 lit. e) C.proc.pen., întrucât lipsea plângerea prealabilă a persoanei vătămate, autorizarea sau sesizarea organului competent ori altă condiție prevăzută de lege pentru punerea în mișcare a acțiunii penale, îndeplinirea ulterioară a acestei condiții poate avea ca efect punerea în mișcare din nou a acțiunii penale dacă nu au intervenit între timp alte impedimente prevăzute de art. 16 alin. (1)

C.proc.pen.”¹.

Totuși, chiar o *ordonanță motivată în drept*, pe temeiurile mai sus-menționate, nu poate obstacula în mod absolut și perpetuu o redeschidere a urmăririi penale, fiindcă, în caz contrar,

¹ Codul de Procedură penală – Comentariu pe articole, Ediția 2, p. 58.

ea ar avea o autoritate de lucru judecat superioară celei atribuite unei hotărâri judecătorești definitive, ceea ce, evident, ne apare ca inadmisibil. Este unanim admis că ordonanțele de încetare a acțiunii publice permit ”revizuirea” așa după cum sunt supuse revizuirii și hotărârile instanțelor de fond, ”*deci redeschiderea instrucțiunii pentru noi descoperiri trebuie să fie privită ca o revizuire și deci ca un corolar al existenței lucrului judecat*”¹. Incontestabil că, în majoritatea cazurilor probele nou descoperite sunt inoperante asupra modificării soluției de clasare, căci oricât de numeroase ar fi ele, nu pot schimba soluția motivată în drept. ”În adevăr când ordonanța de neurmărire constată de ex: că faptul imputat nu e considerat de lege infracțiune, sau că acțiunea publică este stinsă prin prescripțiune sau amnistie, desigur că noile descoperiri în marea majoritate a cazurilor nu vor putea nici să facă dintr’un fapt care nu e penal un fapt penal, nici dintr’o acțiune prescrisă una în termen, cu un cuvânt descoperirile noi se vor lovi de împiedicarea de drept care face ca acțiunea publică să nu poată fi promovată”².

Se ne imaginăm, de ex. că s-a dispus o soluție de clasare pentru o faptă de furt pe motiv că a intervenit *amnistia* pentru respectiva faptă. Dacă ulterior clasării se descoperă probe noi din care rezultă că fapta de furt s-a comis prin amenințare, fiind așadar o tâlhărie, iar pentru faptele de tâlhărie amnistia nu era incidentă, este posibilă cercetarea faptei de amenințare, redeschiderea urmăririi penale pentru fapta de furt, apoi reunirea cauzelor și schimbarea încadrării juridice în infracțiunea de tâlhărie. Același este soluția în cazul în care a intervenit prescripția pentru fapta de furt, iar ulterior se constată că fapta constituia tâlhărie, iar pentru această din urmă faptă nu era împlinit termenul de prescripție. De asemenea, în cazul în care s-a dispus clasarea pentru o faptă de cerșetorie, din cauză că a intervenit contravenționalizarea acestei infracțiuni, dar din probele nou descoperite se concluzionează că fapta constituia infracțiunea de folosirea unui minor în scop de cerșetorie. ”Nu este exclus ca în certe cazuri noile descoperiri să fie de așa natură încât să procure nu numai elemente noi de probațiune, dar să modifice însăși obiectivitatea juridică a învinuirii ca o consecință a modificării conținutului său material, modificare care să atragă caducitatea motivărei în drept din ordonanța de neurmărire”³. Situația este, la o analiză sumară, asemănătoare cu *cauza Butnaru și Bejan c. României* (CtEDO, hotărârea din 23 iunie 2015), în care reclamanta fusese inițial achitată pentru fapta de *loviri și*

¹ I. Tanoviceanu, op. cit., p. 713.

² Idem, p. 716.

³ Idem, p. 715.

alte violențe, iar ulterior a fost condamnată pentru *tâlhărie* (care includea aceleași acte de violență). CtEDO a constatat că infracțiunea de tâlhărie îngloba în conținutul ei faptele de lovire în ansamblul lor, iar această din urmă faptă nu conținea niciun element care să nu fi fost inclus în infracțiunea de tâlhărie; actele de violență constituiau un *element esențial* al infracțiunii de tâlhărie, în aceste condiții fiind *încălc*at art. 4 al Protocolului nr. 7 CEDO. Fapta de furt reprezintă un element esențial al faptei de tâlhărie, însă diferențele substanțiale între *cauza Butnaru și Bejan c. României* și situațiile în care se redeschide urmărirea penală, după o soluție de clasare motivată în drept, în urma apariției unor probe noi care schimbă radical situația de fapt pe care s-a greșit motivarea în drept sunt că, în primul caz suntem în prezența unei hotărâri judecătorești definitive care a reținut că fapta nu există, pe când în cazul ordonanței motivate în drept, organul judiciar nu a antamat în niciun fel fondul, nu a statuat cu privire la existența faptei. În aceste cazuri de redeschidere a urmăririi penale, după o soluție de clasare motivată în drept, ne aflăm în situația de excepție prevăzută de art. 4 parag. 2 din Protocolul nr. 7 la CEDO care dispune că principiul *ne bis in idem* prevăzut de parag. 1 al art. 4 nu se opune posibilității de redeschidere a procesului, ”*dacă fapte noi sau recent descoperite*” sunt de natură să afecteze hotărârea; posibilitatea redeschiderii anchetei penale ca urmare a apariției unor probe noi nu constituie o ”*cale extraordinară de atac*”, în sensul jurisprudenței CtEDO, ci implică declanșarea excepțională și pe baza unor elemente de probă diferite a unei *proceduri distincte*, iar nu doar simpla continuare a procedurii închise.

În ceea ce privește *prescripția răspunderii penale*, Curtea de la Luxemburg s-a pronunțat în *cauza Gasparini*¹ (hotărârea din 28 septembrie 2006, parag. 22 – 37), în care a reținut că reclamantul fusese acuzat de organele judiciare din Spania de comiterea infracțiunii de contrabandă cu produse din ulei, importate din Tunisia și Turcia, care fuseseră introduse pe teritoriul Spaniei prin portul Setubal. Reclamantul a fost ”*achitat*” de către organele de urmărire penală, pe motivul *intervenției prescripției răspunderii penale*. CJUE a dispus că principiul *ne bis in idem* se aplică și în ce privește hotărârea unui organ judiciar dintr-un stat contractant, prin care acuzatul, *după exercitarea acțiunii penale*, este ”*achitat*” definitiv în urma *împlinirii termenului de prescripție* pentru infracțiunea care îi era imputată. ”Această decizie a fost în mod întemeiat criticată în doctrină, reținându-se că reprezintă o soluție de neînțeleas ce a fost

¹ CJUE, Gasparini, cauza C-467/04, hotărârea din 28 septembrie 2006, consultată pe site-ul: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62004CJ0467&lang1=en&lang2=RO&type=TEXT&ancre=>

adoptată de instanța europeană în condițiile în care actul procurorului prin care dispune încetarea procesului penal ca urmare a constatării intervenției prescripției nu reprezintă o

<<*hotărâre cu privire la fondul cauzei*>> și, pe cale de consecință, nu poate fi avut în vedere în reținerea aplicării art. 54 C.A.S.”¹. Critica nu ni se pare întocmai temeinică, fiindcă noi ne-am pronunțat în sensul că, o ordonanță de clasare cu privire la un inculpat, care se întemeiază pe impedimentul că a intervenit prescripția răspunderii penale, nu poate fi revocată/infirmată decât în situații excepționale, când probele nou descoperite sunt de natură să transforme situația de fapt de așa natură, încât motivarea de drept să devină caducă. Soluția Curții de la Luxemburg ni se pare justă, iar criticile ei credem că își au izvorul în divergențele care persistă în privința noțiunii de *hotărâre definitivă*. ”Noțiunea de hotărâre definitivă are două sau chiar mai multe sensuri; într’un sens, prin *hotărâre definitivă* se înțelege *hotărîrea asupra fondului*, sau *în merit*; sau hotărîrea prin care se tranșează fondul sau chiar incidentul și astfel se încheie judecata sau incidentul în gradul în care se pronunță; în alt sens, prin *hotărâre definitivă* se înțelege *hotărîrea prin care se pune capăt procesului penal*, hotărîrea care a devenit *inatacabilă și irevocabilă*, fiindcă s’au epuizat căile de atac ordinare sau nu s’a făcut uz de aceste căi în termenul legal; stricto sensu, aceasta este *hotărîrea definitivă în sens propriu*; o astfel de hotărîre, prin care s’a soluționat definitiv conflictul de drept penal, constituie <<lucru judecat>> (*res judicata*); ea dobândește autoritate de lucru judecat”². CJUE, în hotărârea din *cauza Gasparini*, la această ultimă formă de hotărâre definitivă descrisă de prof. T. Pop s-a referit, respectiv hotărârea prin care se pune capăt definitiv procesului penal, chiar dacă prin aceasta nu se statuează asupra fondului pricinii.

Ordonanțele de clasare sunt *relativ irevocabile* pentru organele de urmărire penală (relativitate care este foarte restrânsă în caz de motivare în drept, mai accentuată în caz de motivare în fapt și în drept și foarte largă, în caz de motivare în fapt), dar *au autoritate de lucru judecat* pentru instanțele de fond, cât timp nu au fost retractate printr-o redeschidere a urmăririi penale. ”*Autoritatea lucrului judecat nu trebuie să se confunde cu irevocabilitatea hotărîrii, aceasta fiind o condiție formală a ei*”³.

¹ Codul de Procedură penală – Comentariu pe articole, Ediția 2, p. 60.

² T. Pop, Drept Procesual Penal, Volumul IV, Partea Specială, Tipografia Națională, Cluj, 1948, p. 557.

³ Idem, p. 558.

Ordonanțele care pun capăt procesului penal au efecte mai extinse sau mai restrânse după cum hotărârea care apără de pedeapsă este motivată *in rem* (*conceptae in rem*) sau *in personam* (*conceptae in personam*). O ordonanță este fundamentată pe o motivare *in rem*, atunci când: fapta nu există, nu este prevăzută de legea penală, a intervenit prescripția, dezincriminarea faptei; această soluție are *autoritate de lucru judecat erga omnes*, profită tuturor participanților. Ordonanțele care apără de pedeapsă pe un participant (*in personam*) nu au niciodată autoritate de lucru judecat în ce-i privește pe ceilalți participanți, de exemplu: participantul a acționat fără vinovăție sau a fost iresponsabil.

O ordonanță, chiar dacă conține un impediment fundamentat *in rem* care privește un participant și se constată că, în fapt nu există actele de participație imputate acestui participant, cu toate că în această ipoteză lipsește învinuirea *in rem*, observăm că aceasta nu se raportează la infracțiune în sine, la existența acesteia, ci la actele materiale imputate *personal* participantului, iar în acest caz avem tot o motivare *in personam*. “De ex.: X este trimis în judecată fiindcă împreună cu alți inculpați a lovit și omorât pe Y. Instanța constată că în fapt nu se dovedește că X ar fi lovit sau ajutat pe ceilalți inculpați deci o motivare *in rem*, care este însă personală fiindcă nu stabilește inexistența omorului, ci inexistența unor acte de participațiune principală sau secundară săvârșite de X”¹. În acest caz, în care organul de urmărire penală constată că nu există niciun act de participație în sarcina unui suspect/inculpat, ne întrebăm dacă în privința suspectului/inculpatului care era acuzat de complicitate s-ar putea dispune o *soluție intermediară de clasare*, în temeiul art. 16 alin. (1) lit. a) C.proc.pen. (*fapta nu există*), constatându-se că nu există fapta de complicitate, în obiectivitatea ei materială. Soluția pare contradictorie, fiindcă existența unei soluții de clasare pe motivul că fapta nu există ar putea intra în coliziune cu continuarea urmăririi față de autor, aceasta deoarece fapta există, sau nu, în materialitatea ei, aceasta implicând orice acte care compun elementul obiectiv al infracțiunii, incluzând aici și actele de participație. Însă, nu este mai puțin adevărat că un act de complicitate are individualitate proprie, care se include numai juridic în conținutul infracțiunii, din punct vedere material el își păstrează autonomia, iar în caz de inexistență a actului de participație, fapta nu este

¹ I. Tanoviceanu, op. cit., p. 743.

afectată. Astfel, dacă organul de urmărire penală va constata că actul de complicitate nu există, va dispune o soluție de clasare în privința suspectului/inculpatului complice, pe temeiul – *fapta nu există*, fără a afecta prin aceasta obiectivitatea materială sau juridică a faptei la care s-ar fi atașat actul de participație. O altă soluție, de pildă, clasarea pe temeiul art. 16 alin. (1) lit. c) (*nu există probe că o persoană a săvârșit infracțiunea*) nu poate fi primită, pentru că în acest caz, organul judiciar constată că a existat un act de complicitate, însă acesta nu a fost comis de către suspect/inculpat, dar am plecat de la premisa că organul de urmărire penală a reținut că nu a existat un act de participație.

Doctrina consideră, în mod tradițional, că se poate invoca cu autoritate de lucru judecat și încheierea judecătorului de camera preliminară prin care este menținută ca legală și temeinică o soluție de clasare, în urma respingerii ca nefondate a plângerii formulate în condițiile art. 340 C.proc.pen. Credem că aserțiunea ar trebui nuanțată, ceea ce rămâne definitiv în urma respingerii ca nefondate a unei plângeri este chiar ordonanța de clasare, nu încheierea judecătorului de cameră preliminară; dacă asumăm că plângerea împotriva soluției de clasare poate fi asimilată unei *căi de atac de reformare sui generis*, respingerea unei căi de atac ca nefondate, constatând că soluția atacată este legală și temeinică, conduce la rămânerea definitivă a hotărârii atacate, iar nu a hotărârii prin care s-a respins calea de atac. Așadar, în urma respingerii ca nefondate a unei plângeri împotriva soluției de clasare, actul care rămâne definitiv este atât încheierea judecătorului de cameră preliminară, cât și ordonanța de clasare (aceasta din urmă dobândind autoritate de lucru judecat, în condițiile expuse în precedent, în funcție de motivarea în fapt, în fapt și în drept, sau numai în drept).

Ordonanța de clasare dobândește caracter definitiv, fie prin neatacarea ei cu plângere la procurorul ierarhic superior, în termenul de 20 de zile de comunicare, potrivit art. 339 alin. (4) C.proc. pen., fie prin nereiterarea plângerii la judecătorul de cameră preliminară, după respingerea plângerii de către procurorul ierarhic superior, în conformitate cu art. 340 alin. (1) C.proc.pen. Trebuie să facem și distincția între dubla valență pe care o are o hotărâre definitivă: de drept substanțial și de drept procesual; prima presupune că ”judecata” definitivă statuează irevocabil asupra pretenției punitive care constituie conținutul material al procesului; cea din urmă consistă în faptul că hotărârea nu mai este supusă căilor ordinare de atac și fixează momentul când se naște efectul definitiv. Or, încheierea judecătorului de cameră preliminară nu poate să stingă conflictul de drept substanțial, fiindcă el nu mai este în ființă, fiind deja închis prin soluția de clasare, încheierea fixează numai momentul când ordonanța devine definitivă.

Altfel se prezintă situația când *judecătorul de cameră preliminară admite plângerea* și menține soluția de clasare, dar schimbă temeiul de drept, potrivit art. 341 alin. (6) lit. c) sau alin. (7) lit. d) C. proc.pen., fiindcă în astfel de cazuri judecătorul poate modifica atât situația de fapt pe care a reținut-o organul de urmărire penală, cât și pe cea de drept; de ex. procurorul reținuse că fapta nu este prevăzută de lege, iar în urma soluționării plângerii, judecătorul schimbă temeiul de clasare din art. 16 alin. (1) lit.

b) teza I în art. 16 alin. (1) lit. a) (*fapta nu există*), în acest caz judecătorul trebuie să rețină, în considerentele încheierii o altă situație de fapt, pentru ca, în drept să rețină că o faptă nu există, după ce organul de urmărire penală reținuse existența faptei. Această soluție prin care este admisă plângerea și schimbat temeiul clasării dobândește ea însăși autoritate de lucru judecat, deoarece soluția din ordonanță este schimbată. Chiar și în aceste condiții, fiind în prezența unei încheieri a judecătorului de cameră preliminară care se bucură de autoritate de lucru judecat, organul de urmărire penală nu va întâmpina mari dificultăți în reluarea urmăririi penale, în caz de descoperire de noi probe, fiindcă el va revoca/infirma ordonanța de clasare, nu încheierea judecătorului care a modificat-o, iar soluția de redeschidere a urmăririi va trece prin filtrul unui judecător de cameră preliminară, potrivit art. 335 alin.(4) C.proc.pen.

În ceea ce privește *ordonanța de renunțare la urmărirea penală*, apreciem că aceasta dobândește *autoritatea de lucru judecat* împreună cu încheierea judecătorului de cameră preliminară prin care este confirmată și cu care face corp comun. Ordonanța de renunțare la urmărire penală împrumută autoritatea de lucru judecat de la încheiere, deoarece ea conține soluția, iar în caz de nerespectare a eventualelor obligații, procurorul revocă ordonanța și redeschide urmărirea penală, iar după parcurgerea procedurii prevăzute de art. 335 alin. (4) C.proc.pen., încheierea prin care se confirmase renunțarea devine caducă, ca efect al redeschiderii urmăririi penale. Spre deosebire de încheierea prin care este respinsă ca nefondată o plângere împotriva soluției de clasare, ce nu are caracter de confirmare a soluției, încheierea prin care este confirmată o soluție de renunțare la urmărirea penală dobândește autoritate de lucru judecat, mai puternică decât o ordonanță de neurmărire/netrimitere, deoarece această soluție este consecința unei *analize atipice a fondului cauzei*, constată că fapta există, iar în cazul în care avem suspect/inculpat, că fapta a fost comisă de către acesta. Referitor la posibilitatea organului de urmărire penală de a revoca ordonanța de renunțare la urmărirea penală pentru alte motive decât nerespectarea obligațiilor prevăzute la art. 318 alin. (6)

C.proc.pen., ne pronunțăm în favoarea unui răspuns afirmativ; la fel ca în cazul ordonanței de clasare motivate în drept, în urma apariției unor probe noi care pot constitui împrejurări excepționale, se poate dispune redeschiderea urmăririi penale (de pildă, din noile probe reiese o altă situație de fapt care, dacă ar fi fost cunoscută, ar fi determinat neaplicarea soluției sau inadmisibilitatea ei; de ex. fapta de furt pentru care se dispusese renunțarea la urmărirea penală era o faptă de furt calificat, prevăzută de art. 229 alin. (3), a cărei limită de pedeapsă de 10 ani nu permitea dispunerea unei soluții de renunțare la urmărire). Și în această situație de excepție ne aflăm sub incidența art. 4 parag. 2 din Protocolul nr. 7 la CEDO; CtEDO a precizat, în cauza *Nikitin c. Rusiei*¹ că există o diferență clară între redeschiderea urmăririi penale sau a procesului penal, interzise de primul paragraf și *redeschiderea procesului pe baza unor circumstanțe excepționale*, ipoteză vizată de paragraful al doilea.

Care este relația între art. 4 parag. 1 al Protocolului nr. 7 la CEDO și art. 54 C.A.S., sau, altfel spus, când se aplică prima dispoziție și când se aplică cea de-a doua, în cazul ordonanțelor de clasare? Am văzut deja că există o diferență între optica instanței de la Strasbourg și cea a instanței de la Luxemburg în ce privește asimilarea *ordonanțelor procurorului* prin care este stins procesul penal cu o *hotărâre definitivă*. CtEDO pare a adopta viziunea clasică asupra hotărârilor definitive, potrivit căreia o hotărâre este definitivă numai dacă *s-a pronunțat asupra fondului unei acuzații în materie penală*, pe când CJUE a adoptat o orientare mai "liberală", oferind inculpatului garanții suplimentare împotriva unei noi urmăririi penale, atunci când în cauză s-a dispus deja o hotărâre definitivă (care include și actele procurorului), chiar dacă prin această hotărâre definitivă nu s-a statuat asupra fondului acuzației în materie penală, ci doar s-a închis în mod definitiv procedura penală. Totodată, trebuie să ținem cont și de domeniul de aplicare al celor două texte și de scopul urmărit de acestea, art. 4 al Protocolului nr. 7 urmărind să asigure securitatea raporturilor juridice și constituind o garanție împotriva arbitrariului care ar deriva din reluarea procedurilor penale definitiv închise în privința unei persoane, vizând aceeași acuzație în materie penală, protejând astfel drepturile și libertățile fundamentale care fac obiectul CEDO. În plus față de aceste valori, art. 54 C.A.S.

¹ Hotărârea Curții de la Strasbourg, *Nikitin c. Rusiei*, cererea nr. 50178/99, din 20 iulie 2004, parag. 45, consultată la adresa: http://sutyajnik.ru/rus/echr/judgments/nikitin_eng.html.

apără libertatea de circulație în spațiul instituit de Convenția de punere în aplicare a acordului Schengen și contribuie la implementarea mai eficientă a principiilor promovate de art. 3 alin. (2) din Titlul I al TUE, dar și de art. 67 alin. (1)¹ din Titlul V al TFUE.

Cu toate că ne exprimăm în favoarea aplicării jurisprudenței CJUE, ca reper pentru interpretarea noțiunilor de *hotărâre definitivă* și *aceleași fapte*, respectiv cauzele *van Straaten, Gozutok și Brugge, Gasparini, Kretzinger sau Miraglia*, la determinarea incidenței principiului *ne bis in idem* în cazul ordonanțelor de clasare, trebuie să recunoaștem că, în lipsa unui element de extraneitate al procesului penal, organul de urmărire penală nu are temei să aplice art. 54 C.A.S., trebuind să aplice art. 6 C.proc. pen și art. 4 al Protocolului nr. 7, deoarece acesta din urmă este aplicabil în cazul în care, după o soluție de clasare, urmărirea penală este reluată de către organele judiciare ale ”*aceleiași jurisdicții*”; art. 54

C.A.S. poate fi aplicat, în această situație, numai cu caracter orientativ, interpretarea acestuia de către CJUE conținând garanții mai extinse pentru inculpat.

Art. 54 C.A.S. nu poate fi aplicat nici în procedurile de *cooperare internațională în materie penală*, fiindcă principiul *ne bis in idem* nu consistă într-o astfel de formă de cooperare. În cazul în care se va constata că există o *identitate a faptelor materiale*, în sensul de ansamblu de *fapte indisolubil legate între ele, independent de calificarea lor juridică sau de interesul juridic protejat*, respectiv cele pentru care s-a pronunțat o *hotărâre definitivă* pe teritoriul unui stat membru Schengen (*inclusiv un act emis de un procuror dintr-un stat membru, prin care s-a încetat definitiv procedura penală desfășurată în acel stat, chiar fără intervenția unei instanțe*) și cele pentru care o persoană este urmărită penal ori trimisă în judecată în România, *aplicând principiile personalității, realității, sau universalității*, procurorul va dispune *clasarea*, potrivit art. 16 alin. (1) lit. i) C.proc.pen., constatând că *există autoritate de lucru judecat*. “Principiul *ne bis in idem* prevăzut de art. 54 C.A.S. și art. 50 din Cartă nu reprezintă o *formă de cooperare în materie penală*, ci o formă de *recunoaștere mutuală în cadrul UE* care servește, pe de o parte, intereselor persoanelor condamnate sau achitate definitiv, iar, pe de altă parte, intereselor statului în care a fost pronunțată hotărârea definitivă”².

Atunci când organul de urmărire penală are de soluționat o cerere de cooperare

¹ (1) Uniunea constituie un spațiu de libertate, securitate și justiție, cu respectarea drepturilor fundamentale și a diferitelor sisteme de drept și tradiții juridice ale statelor membre.

² Codul de Procedură Penală – Comentariu pe articole, p. 56.

judiciară internațională în materie penală cu un stat din cadrul spațiului Schengen, va aplica *art. 129 alin. (1)* din legea 302/2004 privind cooperarea internațională în materie penală, republicată. Această dispoziție a integrat art. 54 C.A.S. în dreptul intern (deși România nu este membru cu drepturi depline al spațiului Schengen) și, în aceste situații, organul judiciar va transpune în ordonanțele de închidere a procesului penal jurisprudența CJUE în aplicarea art. 54 C.A.S. Dacă este vorba despre o cerere de cooperare judiciară internațională în materie penală cu alt stat, care nu este membru al spațiului Schengen, organul de urmărire penală va face aplicarea *art. 8 alin. (1)* din legea nr. 302/2004, în cazul în care se constată că este incident principiul *ne bis in idem*, dar în acest caz nu va aplica jurisprudența dezvoltată de către Curtea de la Luxemburg în interpretarea art. 54 C.A.S., ci art. 6 C.proc.pen. și art. 4 al Protocolului nr. 7 la CEDO, dacă România este stat solicitat și aici s-a dispus o soluție de clasare care se bucură de *autoritate de lucru judecat*. Literatura juridică este favorabilă *asimilării ordonanțelor prin care s-a încetat procesul penal* în alt stat *unor hotărâri definitive* și care împiedică o nouă urmărire penală în țară, încă de acum un secol. Astfel, ”doctrina s’a pronunțat contra asimilării ordonanțelor de neurmărire cu hotărârile definitive și ca atare a admis că se poate începe o nouă urmărire în țară contra celui ce a fost scos de sub urmărire în străinătate prin ordonanța judecătorului de instrucție. Unii autori au făcut însă o distincțiune, între cazul când *ordonanța definitivă de neurmărire* a judecătorului de instrucție ar avea în țara unde s’a comis infracțiunea *autoritate de lucru judecat* și cazul când *această ordonanță nu ar împiedica reluarea instrucțiunii* și deci redeschiderea urmăririi în țara străină. În primul caz *ordonanța de neurmărire având autoritate de lucru judecat, echivalează cu o hotărâre definitivă* și deci nu s’ar mai putea începe o nouă urmărire în țară contra infractorului scos de sub urmărire în străinătate. Din contră, în cazul al doilea, redeschiderea urmăririi fiind posibilă în străinătate, implicit ea va fi posibilă și în țară. Această distincțiune o credem perfect juridică și logică deși întrucâtva contrară literei legii, care cere ca infractorul <<să fi fost judecat>>. În adevăr, e absurd să se creieze o situațiune mai grea celui ce a fost scos de sub urmărire chiar de la instrucție în mod definitiv, decât celui ce fiind trimis în judecată, a fost achitat. Logica ne spune că între acești doi infractori, cel față de care legea ar trebui să-i fie mai exigentă este acela față de care existând indicii serioase de culpabilitate, a fost trimis în judecată, iar nu cel care a fost scos de sub urmărire neexistând contra lui nici măcar indicii de culpabilitate. Desigur că acesta din urmă ar fi fost poate mai ușor achitat, dacă ar fi fost trimis în judecată, însă nu a stat în putința sa de a merge sau nu în fața judecății și deci e nedrept a i se creia o situațiune mai grea decât

celui dintâi. Apoi, *urmărirea infractorului în țară pentru o infracțiune săvârșită în străinătate* are un *caracter supletoriu*, în principal fiind interesată țara unde s'a săvârșit infracțiunea de a proceda la reprimarea faptului, dacă în acea țară printr'o *ordonanță de neurmărire irevocabilă, înbrăcată cu autoritatea lucrului judecat*, s'a închis orice posibilitate de a se mai repune în discuțiune un fapt care s'a comis în acea țară, găsindu-se că nu e cazul a se proceda la pedepsirea lui, ar fi lipsit de orice temei juridic a se susține că *urmărirea supletorie* în țară a supraviețuit urmării principale din străinătate care s'a stins în mod definitiv”¹.

Ce putem spune despre *caracterul executoriu (actio judicati)* al ordonanței procurorului care stinge procesul penal? *Soluția de clasare* poate da naștere unui ”*titlu executiv*” care poate fi pus în executare din oficiu, fără să fie necesară vreo formalitate. De ex. atât ordonanța de clasare, cât și cea de renunțare la urmărirea (de la emiterea ei, nu de la confirmare) penală sunt executorii în privința măsurilor preventive, ori în ceea ce privește procedee probatorii speciale (măsuri de supraveghere tehnică sau metode speciale de cercetare) acestea încetând de drept de îndată ce procesul penal a fost oprit. Totodată, ordonanța de clasare sau de renunțare la urmărire penală este executorie în ce privește măsurile de restituire a lucrurilor, de restituire a cauțiunii, sau a măsurilor asigurătorii, la împlinirea condiției suspensive a neintroducerii acțiunii civile în termen de 30 de zile de la comunicarea copiei ordonanței care conține soluția.

Situația este mai delicată când discutăm despre *aptitudinea ordonanțelor* care sting procesul penal *de a exprima adevărul*, de a fi învestite cu componenta *res judicata pro veritate habetur* a autorității de lucru judecat, pentru că aceasta este recunoscută în mod constant numai hotărârilor unei autorități de jurisdicție, nu și ale altor autorități judiciare. Organul de urmărire penală este ghidat în întreaga sa activitate judiciară de *principiul aflării adevărului*, reglementat de art. 5² C.proc.pen., care presupune ca organul judiciar să strângă probe cu privire la faptă și la persoana care a săvârșit-o și să încadreze această faptă într-un tipar legal, să dea formă juridică faptei, să o transpună din simplă faptă materială într-o anumită infracțiune.

Cum se compatibilizează principiul fundamental al aflării adevărului cu capacitatea

¹ I. Tanoviceanu, *Tratat de drept și procedură penală*, Edițiunea a doua a cursului de drept și procedură penală – revăzut și complectat, Vol. I, Tip. “Curierul Judiciar”, București, 1924, p. 330, 331.

² Organele judiciare au obligația de a asigura, pe bază de probe, aflarea adevărului cu privire la faptele și împrejurările cauzei, precum și cu privire la persoana suspectului sau inculpatului.

actului final al procesului penal emis de procuror de a exprima adevărul? Putem afirma cu suficient temei că, în urma finalizării urmăririi penale și a ajungerii organului de urmărire penală la o soluție care conține convingerea acestuia (de ex. că fapta nu e prevăzută de legea penală), respectiva soluție nu exprimă adevărul? Pare o contradicție de termeni să susținem că, în urma unei proceduri care a fost guvernată permanent de principiul aflării adevărului, soluția cu care se încheie procedura nu exprimă adevărul. Contradicția este doar aparentă, iar răspunsul dezlegării ei se găsește în atribuțiile procurorului în procesul penal și în obiectul urmăririi penale, care consistă, în strângerea probelor necesare cu privire la existența infracțiunilor, la identificarea persoanelor care le-au săvârșit și la stabilirea răspunderii penale a acestora pentru a se analiza dacă este cazul, sau nu, să se dispună trimiterea în judecată; așadar, procurorul deduce judecării un conflict de drept penal, pentru ca instanța de judecată să ”*spună dreptul*”. Curtea Constituțională s-a pronunțat prin decizia nr. 90/2016¹ (pct. 17) în sensul că, prin autoritatea procurorului de a dispune renunțarea la urmărirea penală, care constituie *un act de justiție*, fără intervenția unui magistrat judecător, procurorului i s-ar fi atribuit implicit prerogativele de *jurisdictio* și *imperium* specifice numai instanțelor de judecată.

Există o diferență calitativă între adevărul pe care îl exprimă o ”*hotărâre definitivă*” prin care procurorul pune capăt procesului penal și adevărul deplin de care se bucură o hotărâre definitivă pronunțată de un organ de jurisdicție, acesta din urmă acționând cu *jurisdictio* și *imperium*. Un alt principiu specific numai judecătorului este cel al ”*intimei convingeri*”, acesta contribuind și el la întărirea adevărului pe care îl exprimă hotărârea judecătorească definitivă. Introdus pentru prima dată în codul de procedură penală de la 1864², ca un principiu incident numai în sfera aprecierii probelor, ca o alternativă modernă la principiul probelor legale, ”*faza sistemului probei morale sau intimei convingțiuni consistă în acea că, judecătorul are facultatea a aprecia în mod liber admisibilitatea unui mijloc de probațiune și forța probantă a fiecărei dovezi făcute, după intima sa convingțiune*”³.

Ordonanța de clasare se impune *jus facis erga omnes*, în sensul că ceea ce a dispus

¹ Decizia nr. 90 din 23 februarie 2016 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 318 alin. (1) din Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 315, din data de 25 aprilie 2016.

² Codul de procedură penală al Principatelor Unite Române, publicat în M. Of. din 2 decembrie 1864. În vigoare de la 02 decembrie 1864 până la 18 martie 1936, fiind înlocuit prin Codul de Procedură Penală 1936.

³ I. Ionescu – Dolj, Curs de Procedură Penală română, Biblioteca Universitară de drept ”Pandactele Române”, Ed. Socec & Co. S.A. – București, 1937, p. 208.

organul de urmărire penală prin intermediul acesteia se impune oricărei autorități sau persoane, până la proba contrară, dar efectele ei se produc numai în *sfera dreptului penal*. Astfel, actul Ministerului Public prin care se pune capăt procesului penal cu privire la inculpat, chiar dacă poate fi asimilat unei hotărâri definitive și se bucură de autoritate de lucru judecat, aceasta este mai restrânsă decât cea a unei hotărâri judecătorești definitive despre care am menționat că se bucură de adevăr deplin (*res judicata pro veritate habetur*). Adevărul ordonanței este limitat la materia penală; dacă organul de urmărire penală a stabilit că fapta inculpatului nu există, niciun organ sau persoană nu va putea să afirme contrariul, căci prin aceasta ar încălca autoritatea ordonanței, însă ea nu se opune, de ex. unei jurisdicții civile. O ordonanță rămasă definitivă (în urma respingerii plângerii) prin care organul de urmărire penală a conchis că fapta penală nu există, blochează o nouă urmărire (în lipsa unor probe noi), dar nu este opozabilă instanței civile, persoana care se consideră vătămată putând să facă dovada existenței unei fapte delictuale, pe baza unor noi mijloace de probă propuse înaintea instanței civile, sau chiar pe baza acelorași mijloace de probă pe care s-a întemeiat soluția de clasare, aceasta deoarece instanța civilă nu este legată de cele statuate de organul judiciar penal prin ordonanță și poate stabili o nouă situație de fapt, potrivit *intimei convingeri*; persoanei care se consideră vătămată trebuie să i se recunoască dreptul la o judecată contradictorie, fiindcă urmărirea penală are *caracter nepublic*. Ceea ce nu-i este permis, nici instanței civile, nici reclamantului (persoană vătămată în procesul penal) este să repună în discuție soluția dată procesului penal prin *ordonanță (rămasă definitivă)*.

THEMIS INFO

Interviu participanți concursul Themis 2019

În primul rând dorim să felicităm colegii pentru reușita lor la acest concurs, care a presupus numeroase încercări.

Concursul Themis se desfășoară anual având drept participanți auditori de justiție din diverse școli europene. Astfel, acesta este structurat în 4 semifinale, fiecare aferentă unui domeniu diferit, urmând ca Marea finală unde se vor califica doar cei de pe locul I și II, să vizeze drepturile omului, astfel cum acestea sunt reglementate prin Carta Uniunii Europene și Convenția EDO.

În cadrul semifinalei, au loc mai multe etape, într-o primă fază echipele elaborază un eseu, în funcție de tema semifinalei la care aceștia participă, lucrare care urmează a fi apreciată de juriu în funcție de numeroase criterii precum originalitate, actualitate și folosul practic adus prin soluția dată la problema de drept dezbătută. În a doua etapă, lucrarea este prezentată în fața juriului, urmând ca membrii echipelor să răspundă la întrebări din partea unei alte echipe, iar apoi la cele adresate din partea juriului. În acest an, ambele echipe participante au reușit să se califice în finală, echipa care a participat în semifinala referitoare la Dreptul European al familiei (Semifinala B) câștigând al doilea loc, iar cea din semifinala privitoare la Procedura civilă în reglementarea UE (Semifinala C), locul întâi.

COMPONENȚA ECHIPELOR

Echipa din semifinala B:

1. Beatrice Bîțic;
2. Denisa Bosoancă;
3. Maria Cojocaru.

Echipa din semifinala C:

1. Cristian Ioan;
2. Andreea Ricu;
3. Andreea Murătură.

Având toate aceste aspecte în vedere, am dori să știm mai multe detalii cu privire la experiența voastră, oare de unde a început totul pentru voi? Ce anume v-a motivat să vă înscrieți la acest concurs?

Echipa din semifinala B:

La selecția pentru acest concurs am luat în considerare mai ales oportunitatea de a beneficia de o experiență cu o componentă internațională, șansa de a participa la un proiect de cooperare



judiciară la nivel european.

Un factor determinant a fost faptul că prin participarea la acest concurs am fost parte a unei experiențe care reunește auditori din mai multe țări europene, fiind oferită oportunitatea de a descoperi cum funcționează sistemele de drept în alte state și posibilitatea de a cunoaște experiența pe care o trăiesc

persoane din alte țări din același domeniu.

Echipa din semifinala C:

Pentru noi, motivația a decurs, în primul rând, din dorința de a face ceva diferit de pregătirea normală din Institut. Atmosfera de concurs și lucrul în echipă nu sunt neapărat chestiuni întâlnite în fiecare zi la Institut, însă au destul de mult farmec și te solicită într-un mod diferit, ceea ce ajută mult la dezvoltarea profesională și personală.



*Considerați că această experiență va contribui la formarea voastră personală sau profesională?
În ce fel?*

Echipa din semifinala B:

Experiența Themis este un pachet complet, care a contribuit atât la dezvoltarea noastră profesională, cât și la cea personală, întrucât ne-a oferit posibilitatea de a ne îmbogăți cunoștințele în domeniul dreptului familiei și, totodată, cadrul pentru a forma prietenii cu ceilalți participanți, cu care indubitabil vom păstra legătura. Sub aspect profesional, competițiile în general contribuie la dezvoltarea unui set specific de aptitudini pentru că te determină să fii mai disciplinat, să-ți organizezi și mai bine timpul, să gestionezi stresul aferent emoțiilor unui concurs, iar o competiție cum e Themis, care reunește magistrați din alte state membre UE, reprezintă o influență cu atât mai importantă cu cât nivelul este unul ridicat, ceea ce te motivează să te pregătești foarte serios. Interacțiunea cu colegii din alte state europene a reprezentat un adevărat plus atât pentru formarea profesională, cât și pentru cea personală, întrucât este un real avantaj să ai posibilitatea să începi să-ți dezvolti un set de contacte la nivel internațional în contextul cooperării judiciare.

Echipa din semifinala C

Ca și a colegii de la semifinala de dreptul familiei, credem că am avut foarte mult de învățat de la ceilalți concurenți. Acest bagaj de cunoștințe cu siguranță se va dovedi util în viitor pentru formarea profesională.

În ceea ce privește experiența din punct de vedere al materiei abordate, am aprofundat un subiect

interesant
și de
mare
interes în



momentul de față, respectiv delimitarea dintre Regulamentul Bruxelles I (bis) și Regulamentul European privind procedurile de insolvență. În cercetarea noastră, însă, am ajuns să aprofundăm multe chestiuni foarte interesante, care variază de la civilul pur până la regulile generale de Drept UE, fiind un exercițiu deosebit de util pentru un viitor magistrat.



În cadrul acestei experiențe, care dintre provocările concursului vi s-a părut cel mai greu de surmontat?

Echipa din semifinala B

Ne este greu să identificăm acum un astfel de moment. Poate și pentru că emoțiile concursului au rămas undeva în urmă și momentele plăcute s-au păstrat cu o intensitate mai mare. Credem că principalele bariere sunt cele autoimpuse și, probabil, adevăratul obstacol este să rămâi motivat și să reușești să păstrezi un nivel susținut al eforturilor, ceea ce presupune o foarte bună organizare a timpului pentru a gestiona în același timp și activitatea curentă în cadrul cursurilor și seminarelor.



Echipa semifinala C

Pentru noi, cele mai dificile au fost în cea mai mare parte aspectele privind găsirea unor soluții de natură instituțională pentru problemele curente identificate. Dacă în privința aspectelor ce țin strict de interpretarea și aplicarea legislației am avut destul de mult succes în a găsi soluții pe care le considerăm potrivite, propunerea unor noi structuri la nivel instituțional care să îmbunătățească situația a necesitat o cercetare mai aprofundată, care a depășit problemele legale, implicând analize financiare, logistice și chiar de politică a Uniunii.

Considerați că munca în echipă v-a ajutat în vreun fel să vă depășiți propriile limite?

Echipa din semifinala C

Cu siguranță. Am avut norocul să ne găsim. Deși nu ne cunoșteam foarte bine la început, am funcționat foarte bine ca echipă și fiecare dintre noi i-a ajutat pe ceilalți să se dezvolte și să-și pună în valoare calitățile.

Echipa din semifinala B

La fel ca și la colegii noștri din semi-finala C, credem că am reușit să ne depășim propriile limite prin efortul depus în comun, deoarece munca în echipă presupune întotdeauna provocări, implicând nevoia să te adaptezi unor reguli comune, unui ritm al grupului. Astfel de proiect care implică și destul de multă creativitate, flexibilitate, presupune și o serie de avantaje, schimbul de idei fiind unul foarte valoros.

Care considerați că este cea mai importantă plus valoare pe care ați dobândit-o pentru propria experiență prin relaționarea cu alți magistrați europeni?

Echipa din semifinala C

Cel mai important avantaj a fost faptul că am fost expuși la cultura juridică a unor oameni veniți din alte sisteme de drept și am putut să constatăm atât asemănări, cât și diferențe foarte mari în abordarea unor probleme de drept și chiar a unor chestiuni de principiu. Foarte multe dintre ideile la care am fost expuși pot fi implementate și în România, pentru a îmbunătăți funcționarea justiției.

Echipa din semifinala B

Și pentru noi partea de networking a fost importantă întrucât am aflat cum funcționează sistemele de drept din țările respective, direct de la magistrații europeni. Acest aspect îți oferă o altă perspectivă asupra sistemelor de drept din UE, pentru că dobândești o perspectivă completă prin prisma celor care se confruntă cu dificultățile care apar la nivel național.

Care considerați ca este cea mai grea chestiune cu care vă loviți în pregătirea pentru finala?

Echipa din semifinala B

Cred că pentru pregătirea pentru finală se pun aceleași dificultăți care au apărut și pentru pregătirea pentru semifinală, gestionarea timpului fiind principala provocare, al doilea semestru de la INM fiind scurt și încărcat. Totuși, nu este atât de solicitant pe cât sună și cu puțin efort suplimentar, pregătirea pentru Themis poate fi „împăcată” cu pregătirea continuă pentru cerințele de la Institut. Echipa de formatori asigură un suport real, iar din interacțiunea cu ei se resimte mai ales acest sprijin și nu un set copleșitor de așteptări, deci aș zice că acest aspect nu constituie un element în plus de presiune. În fine, cu privire la emoții, aș zice că ele sunt inerente participării la competiții în general, iar, în ceea ce mă privește, prin raportare la finala care urmează, cred că au un rol mai degrabă constructiv, ne ajută să rămânem motivați și să păstrăm un nivel ridicat de efort.

Echipa din semifinala C

Pentru noi, cel mai dificil aspect este probabil faptul că deși avem o idee generală privind ceea ce va urma, putem fi oricând surprinși de problemele de drept ridicate. Materia de studiu este foarte vastă și permite elaborarea unor spețe complexe, care să o străbată pe toată, dar să și includă chestiuni de detaliu, pe care ar fi bine să le știi.



În cadrul acestui concurs, care considerați că este cel mai frumos moment trăit?

Echipa din semifinala C

Probabil sentimentul de după ce am prezentat în etapa semifinală și ne simțeam foarte mulțumiți de cum a decurs totul, mai ales că materia pe care a pregătit-o pentru concurs, ținând cont de specificul acestei semifinale a fost deosebit de tehnică și a presupus foarte mult efort atât în ceea ce privește scrierea lucrării, cât și pentru pregătirea pentru discuția cu juriul. De aceea momentul în care am aflat că juriul ne-a acordat locul I a fost unul deosebit pentru noi, încununând practic efortul depus în tot acest timp.

De asemenea, un alt moment care a ieșit în evidență a fost cina festivă din ultima seară și discuțiile de la masă purtate cu colegii din alte țări, cred că e o ocazie minunată să cunoști cu adevărat participanții, mai ales că emoțiile și tensiunea concursului rămân în urmă.

Echipa din semifinala B

Ne este destul de greu să alegem un singur moment pe care să-l descriem ca fiind cel mai frumos, ceea ce mă bucură pentru că înseamnă că au fost destul de multe, de la plimbările pe malul mării, la ieșirile în grup și activitățile desfășurate în cadrul concursului propriu-zis, totul a fost încărcat de energie pozitivă. La fel ca și la colegii noștri, alegerea evidentă pare momentul în care am aflat că vom participa la finala de la



Bordeaux, ne-am bucurat atât de reușită, cât și de ocazia de a profita de o nouă etapă din această experiență.

Totuși, cred că un moment cel puțin la fel de frumos s-a derulat într-un cadru mai puțin formal, la cina festivă organizată pentru toți participanții, în care am reușit să consolidăm relațiile de colaborare, trecând de cadrul cooperării judiciare și creând chiar relații de prietenie. În cazul nostru, acest lucru s-a realizat mai ales când echipele din diferite state au început să cânte o melodie reprezentativă pentru fiecare țară și ceilalți participanți se alăturau momentului muzical spontan iscat. E un moment care ne face să zâmbim când îl rememorăm.

Ce ați sfătui auditorii care doresc să participe la acest concurs?

Echipa din semifinala B

Să nu stea pe gânduri! Dacă doresc deja să participe, au făcut primul și cel mai important pas către un proiect care le poate face experiența de auditor de justiție și mai frumoasă. Cred că, așa cum reiese și din răspunsurile de până acum, i-am sfătui să rămână motivați în perioada de pregătire, keep up the good work, dar și să se bucure de tot ce aduce un concurs cum e Themis: lucrul în echipă și cu formatorii, interacțiunea cu colegii din alte state membre UE, exercițiul dobândit în susținerea unei prezentări și a unei dezbateri în fața unui public. Toate sunt parte din experiența inedită pe care o aduce participarea la acest concurs. Cu alte cuvinte, este o experiență care merită trăită!

Echipa din semifinala C

Pe lângă faptul că îi îndemnăm cu mare căldură să participe, vrem să îi sfătuim să nu își facă griji prea mari legate de ce implică participarea și să își depună candidaturile. Cu siguranță vor găsi metode să balanseze exigențele de la Institut cu cele de la Themis, întrucât este vorba despre o organizare corectă a timpului care poate fi deprinsă pe parcurs. Să nu se priveze de șansa de a participa din cauza gândului că *nu știu cum se vor descurca*, pe parcurs, cu siguranță, vor găsi soluții. Chiar dacă asta implică un efort suplimentar, din toate punctele de vedere, răsplata pentru munca investită o depășește.

INSTITUTUL NATIONAL AL MAGISTRATURII

Învată să judeci drept!

Învată să judeci drept!

