

**MINISTERUL PUBLIC
PARCHETUL DE PE LÂNGĂ ÎNALTA
CURTE DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE**

PRO LEGE NR. 1/2010

2
0
1
0

PRO LEGE

1





ROMÂNIA
MINISTERUL PUBLIC
PARCHETUL DE PE LÂNGĂ ÎNALTA
CURTE DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE
Secția de resurse umane și documentare

PRO LEGE

1/2010

PRO LEGE NR. 1/2010

CUPRINS

ANALIZE, STUDII, COMENTARII

*

I. DREPT PENAL ȘI PROCESUAL PENAL

		Pag.
Minodora Vladu	Prejudiciul cauzat prin infracțiuni împotriva libertății și vieții private	13
Constantin Sima	Criterii teoretice de diferențiere a intenției indirecte de culpă	48
Anca Jurma	Practica judiciară română în materia răspunderii penale a persoanei juridice. Exemplul rechizitoriului nr. 168/P/2008 al Direcției Naționale Anticorupție	53
Liviu Popescu	Un caz de opoziție între norma comunitară și dreptul național..	64
Daniela Eugenia Bădica	Prezentarea materialului de urmărire penală unor inculpați arestați în străinătate.....	71
Valerică Dabu Petre Dragoș Voinescu	Investigator sub acoperire. Martor. Neconstituționalitate..	74

Cătălin Popescu	Declararea ca indezirabil – evoluție și controverse	118
	Controverse	
Liviu Popescu	Considerații privind problema multiplei înregistrări penale a unei cauze	147
Ion Băcan	Modul de soluționare a unei noi plângeri penale, având identitate de obiect și persoane, cu o plângere anterioară în care s-a dispus neînceperea urmăririi penale	156
Constantin Sima	Conexarea plângerilor penale ulterioare la cauza soluționată inițial	162

II. DREPT CIVIL ȘI PROCESUAL CIVIL

Vasile Bâc	Regimul juridic și efectele nulității actelor de procedură civilă	165
Marius Neculcea Daciana Bianca Vidrean	Modalități alternative privind soluționarea conflictelor	181
Laura-Gabriela Iancu	Măsura plasamentului	210

III. VARIA

		Pag.
George Bălan	Tendențe actuale în evoluția sistemelor judiciare ale Uniunii Europene	226
Otilia Micloșină	Interpretare și lacună juridică ..	233

PRO LAW NO. 1/2010

CONTENTS

ANALYSIS, STUDIES, COMMENTS

*

**I. CRIMINAL LAW AND
CRIMINAL PROCEDURAL LAW**

		Page
Minodora Vladu	The prejudice caused by offences against the liberty and the private life.....	13
Constantin Sima	Theoretical criteria for differentiating the indirect intention of fault.....	48
Anca Jurma	Romanian judicial practice in matters of criminal liability of the legal person. Example: Indictment no. 168/P/2008 of the National Anti-Corruption Directorate	53
Liviu Popescu	A case of opposition between the Community standard and the national law.....	64
Daniela Eugenia Bădica	The presentation of the prosecution material on several defendants arrested abroad.....	71
Valerică Dabu Petre Dragoş Voinescu	The undercover investigator. The witness. Unconstitutionality.....	74

Cătălin Popescu	The declaration of a person as undesirable: evolution and controversies.....	118
	Controversies	
Liviu Popescu	Considerations on the problem of multiple criminal registration of a case.....	147
Ion Băcan	How to handle a new criminal complaint, identical as object and people with a previous complaint in which a non-prosecuting decision was dictated.....	156
Constantin Sima	Linkage of subsequent criminal complaints to a case solved previously.....	162

II. CIVIL LAW AND PROCEDURAL LAW

Vasile Bâc	The legal regime and the consequences of nullity of acts of civil procedure	165
Marius Neculcea	Alternative ways of resolving conflicts	181
Daciana Bianca Vidrean		
Laura-Gabriela Iancu	The placement measure.....	210

III. VARIA

		Page
George Bălan	Actual trends in the evolution of the UE judicial systems.....	226
Otilia Micloșină	Interpretation and loopholes....	233

PRO LOI NO. 1/2010

SOMMAIRE

ANALYSES, ETUDES, COMMENTAIRES

*

I. DROIT PENAL ET PROCESSUEL PENAL

		Page
Minodora Vladu	Le préjudice causé par des infractions contre la liberté et la vie privée.....	13
Constantin Sima	Critères théoriques de différencier de l'intention indirecte de la faute.....	48
Anca Jurma	La pratique judiciaire roumaine dans la matière de la responsabilité pénale de la personne juridique. L'exemple du réquisitoire no. 168/P/2008 de la Direction Nationale Anticorruption.....	53
Liviu Popescu	Un cas d'opposition entre la norme communautaire et le droit national.....	64
Daniela Eugenia Bădica	La présentation du matériel de poursuite pénale de certains inculpés arrêtés à l'étranger.....	71

Valerică Dabu Petre Dragoș Voinescu	L'investigateur infiltré. Le témoin. La non constitutionalité.....	74
Cătălin Popescu	La déclaration d'une personne comme indésirable – évolution et controverses.....	118
	Controverses	
Liviu Popescu	Considérations sur le problème du multiple enregistrement pénal d'une cause.....	147
Ion Băcan	La manière de résoudre une plainte pénale qui a le même objet et les mêmes personnes impliquées qu'une plainte antérieure dans laquelle on a dicté une décision de non commencement de la poursuite pénale.....	156
Constantin Sima	La connexion des plaintes pénales ultérieures à la cause solutionnée antérieurement.....	162

II. DROIT CIVIL ET PROCESSUEL CIVIL

Vasile Bâc	Le régime juridique et les effets de la nullité des actes de procédure civile.....	165
-------------------	--	-----

Marius Neculcea Daciana Bianca Vidrean	Modalités alternatives concernant la solution des conflits	181
Laura-Gabriela Iancu	La mesure du placement	210

III. VARIA

George Bălan	Tendances actuelles dans l'évolution des systèmes judiciaires de l'Union Européenne.....	226
Otilia Micloșină	Interprétation et lacune juridique.....	233

COLEGIUL DE REDACȚIE

DR. CONSTANTIN SIMA,
procuror șef
al Serviciului de Documentare și Statistică Judiciară

VALERIU DUMITRU PETROVICI,
procuror șef
al Biroului de Statistică Judiciară

LIVIU POPESCU,
procuror la Biroul de Documentare

I. DREPT PENAL ȘI PROCESUAL PENAL

PREJUDICIUL CAUZAT PRIN INFRAȚIUNI ÎMPOTRIVA LIBERTĂȚII ȘI VIEȚII PRIVATE

Dr. Minodora Vladu
Procuror general adjunct
Parchetul de pe lângă
Curtea de Apel Timișoara

Freedom is one of the fundamental rights of human beings. The right to freedom is recognized in several international documents: the Universal Declaration of Human Rights adopted by UN General Assembly on December 10, 1948, the International Covenant on Civil and Political Rights, ratified by Romania by the Decree no. 112/1974 which is considered a multilateral treaty, the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, ratified by Law no. 30/1994.

The content of international treaties underlines the idea that everyone has the right to liberty and security, can not be subjected to torture, degrading treatment or punishment, inhuman, can not be held in slavery, is entitled to respect for his private life, family, home and correspondence.

1. Considerații privind infracțiunile îndreptate împotriva libertății și vieții private.

Libertatea este unul dintre drepturile fundamentale ale ființei umane. Dreptul la libertate este recunoscut în mai multe documente internaționale: Declarația Universală a Drepturilor Omului adoptată de Adunarea Generală a Națiunilor Unite la 10 decembrie 1948, Pactul Internațional asupra Drepturilor Civile și Politice, ratificat de România prin Decretul nr. 112/1974, care este considerat un tratat multilateral¹, Convenția Europeană privind protecția Drepturilor Omului și Libertăților Fundamentale, ratificată prin Legea nr. 30/1994².

Din conținutul tratatelor internaționale se desprinde ideea că orice persoană are dreptul la libertate și siguranță, nu poate fi supusă torturii, pedepselor ori tratamentelor degradante, inumane, nu poate fi ținută în sclavie, are dreptul la respectarea vieții sale private, de familie, a domiciliului său și a corespondenței.

Fiind un drept fundamental, dreptul la libertate se afirmă ca element central a condiției umane³, starea de libertate fiind o valoare ocrotită prin reglementări juridice, negarea sau suprimarea libertăților individuale echivalează cu oprirea persoanei și deci cu frânarea evoluției și progresului social⁴.

¹ A se vedea **D. Micu**, *Garantarea drepturilor omului*, Editura All Beck, p. 12.

² A se vedea Legea nr. 30 din 18 mai 1994, Monitorul Oficial nr. 135 din 21 mai 1994, partea I.

³ A se vedea **C. Barbu**, *Ocrotirea persoanei în dreptul penal al R. S. România*, Editura Scrisul Românesc, Craiova p. 177.

⁴ **V. Dongoroz** și alții, *Explicații teoretice ale Codului Penal Român*, Editura Academiei 1971, p. 268.

Constituția României consacră în articolele 23, 25, 30 dreptul la libertate al cetățeanului român, înțeles în toate ipostazele sale de manifestare.

Dreptul la libertate are caracter complex cunoscând un palier amplu de manifestare, de aceea și acțiunile prin care i se poate aduce atingere sunt variate. Libertatea ființei umane semnifică posibilitatea oricărui individ de a circula fără îngrădiri, de a se manifesta fără restricții conform voinței sale, dar până la limita în care nu aduce atingeri drepturilor altuia prin acțiunile sale. Îngrădirile și interdicțiile care pot fi uneori impuse trebuie să fie justificate de interese majore și cu caracter general.

O garanție suplimentară a dreptului la libertate o constituie faptul că limitarea lui poate fi justificată de situații de excepție care sunt reglementate în mod expres și limitativ de lege⁵.

Importanța deosebită a acestui drept fundamental justifică garanțiile legale recunoscute pentru asigurarea respectării sale neîngrădite. Ca un corolar al acestor garanții, legiuitorul român a incriminat ca infracțiuni mai multe acțiuni prin care se aduce atingere dreptului la libertate ce sunt prevăzute în partea specială, capitolul III, titlul II al Codului penal român. Din categoria infracțiunilor prin care este lezat dreptul la libertate enumerăm: lipsirea de libertate în mod ilegal (art. 189 C.p.), sclavia (art. 190 C.p.), supunerea la muncă forțată sau obligatorie (art. 191 C.p.) , violarea de domiciliu (art. 192 C.p.), amenințarea (art. 193 C.p.), șantajul (art. 194 C.p.), violarea secretului corespondenței (art. 195 C.p.), divulgarea secretului profesional (art. 196 C.p.), violul (art. 197 C.p.), raportul sexual cu o minoră (art. 198

⁵ A se vedea **D. Micu**, *op. cit.*, p. 44.

C.p.), perversiunea (art. 201 C.p.), incestul (art. 203 C.p.), hărțuirea (art. 203¹ C.p.).

Dreptul la libertate este lezat și prin infracțiunile de trafic de persoane adulte sau minore incriminate de Legea nr. 678/2001⁶.

Fiecare dintre faptele amintite anterior aduce atingere diferitelor forme de manifestare a dreptului la libertate. Lipsirea de libertate în mod nelegal, sclavia, supunerea la muncă forțată sau obligatorie, traficul de persoane adulte, traficul cu minori aduc atingere dreptului la libertate în sens fizic și psihic. Atingerile aduse libertății persoanei pot consta în limitarea persoanei în sens spațial prin sechestrare într-un anumit loc unde este constrânsă să locuiască, uneori în condiții necorespunzătoare și este lipsită de dreptul de a lua legătura cu alții.

Restrângerea libertății presupune alteori obligarea ființei umane să efectueze anumite activități degradante, neremunerate ori remunerate inferior.

Violarea de domiciliu, violarea secretului corespondenței, divulgarea secretului profesional, încălcarea prin orice mijloace de interceptare a dreptului la viață privată aduc atingere intimității, vieții private a persoanei, secretului ei, inviolabilității domiciliului.

Amenințarea, șantajul aduc atingere libertății psihice, voinței persoanei și constituie o altă fațetă a dreptului la libertate, a manifestării libere și fără constrângeri a persoanei.

Violul, raportul sexual cu o minoră, perversiunea, corupția sexuală, incestul, seducția, hărțuirea aduc atingere libertății vieții sexuale, o altă coordonată a existenței libere a ființei umane.

⁶ Publicată în Monitorul Oficial Partea I, nr. 783 din 11.12.2001.

Încercarea de a clasifica faptele care aduc atingere libertății ființei umane în modul arătat anterior este relativă și am relevat-o cu scopul de a trata diferențiat prejudiciul care îl antrenează.

Specific infracțiunilor de acest gen este faptul că aduc atingere dreptului la libertate care aparține patrimoniului moral al persoanei și constituie prelungirea acestuia⁷. Din punct de vedere al dreptului civil, infracțiunile contra libertății cauzează persoanei lezate un prejudiciu, în mod frecvent, nepatrimonial, dar uneori și unul patrimonial. Am fi tentanți să susținem că prejudiciul cauzat este în mod exclusiv moral pentru că dreptul lezat este unul nepatrimonial, dar atingerile aduse libertății generează și prejudicii economice.

2. Prejudiciul cauzat prin fapte ilicite îndreptate împotriva libertății fizice și psihice

Acestei categorii de fapte i se circumscriu infracțiunile de lipsire de libertate (art. 198 C.p.), sclavie (art. 190 C.p.), supunere la muncă forțată și obligatorie (art. 191 C.p.), traficul de persoane adulte și minore (art. 12-13 din Legea nr. 678/2001). Prin incriminarea ca infracțiuni se urmărește ocrotirea relațiilor sociale care garantează libertatea de mișcare în sens fizic a ființei umane, libertatea individuală împotriva actelor samavolnice de punere sau menținere în stare de sclavie, exploatării, obligarea la desfășurarea anumitor activități împotriva voinței persoanei, la prestarea unor munci degradante, istovitoare care constituie expresia supremă a desconsiderării omului și a constrângerii⁸.

⁷ A se vedea **I. Albu, V. Ursa**, „Răspunderea civilă pentru daune morale”, Editura Dacia, Cluj-Napoca, p. 90.

⁸ Pentru mai multe detalii a se vedea **V. Dongoroz** și alții, *op. cit.*, vol. III, p. 285-305

Prejudiciul moral cauzat printr-una dintre faptele incriminate mai sus se concretizează în suferințele la care este expusă victima căreia i-a fost limitată în sens fizic și anihilată voința de a acționa liberă, de a-și putea direcționa energia și voința în scopul dorit de ea. Suferințele psihice ale victimei care se vede în imposibilitate de a se manifesta liber, de a lua legătura cu persoanele apropiate, de a se comporta firesc așa cum o putea face în lipsa faptelor de constrângere, cauzează șocuri emoționale care generează consecințe negative asupra sănătății fizice și psihice.

Uneori fapta are caracter complex în sensul că înglobează în conținutul său și consecințe vătămătoare asupra sănătății victimei, un prejudiciu nepatrimonial concretizat în suferințe fizice, dar și un prejudiciu economic antrenat de cheltuielile pentru refacerea sănătății.

Prejudiciul psihologic al persoanelor care sunt victime ale acestor fapte ilicite constă în temeri, angoase, manifestări depresive care uneori împing victima spre suicid și are o dimensiune subiectivă pentru fiecare persoană. De pildă, răpirea unui minor de vârstă mică poate să cauzeze suferințe psihice intense cu consecințe care se pot extinde pe o perioadă îndelungată de timp.

Când această traumă determină manifestări neuro-psihice, putem afirma că ea constituie un prejudiciu psihologic, care face ca victima să se integreze foarte greu într-o viață normală. Pentru o persoană cu o sensibilitate ridicată, lipsirea de libertate poate genera un prejudiciu psihologic uneori de nerecuperat. O astfel de persoană poate să rămână pentru tot restul vieții cu anumite traume, poate să aibă coșmaruri, fobii, să se teamă ori de câte ori întâlnește persoane necunoscute, călătorește în locuri necunoscute. Tabloul foarte variat al

suferințelor psihice ale persoanei conturează prejudiciul psihologic pe care-l resimte.

Punerea în evidență a prejudiciului se va face printr-o expertiză medicală care va fi efectuată de experți medico-legiști sau printr-un raport de evaluare psihologică efectuat de un psiholog. Ameliorarea stării victimei presupune cheltuieli pentru medicamente, tratamente și alte terapii și ele conturează prejudiciul economic care se alătură celui moral.

Lipsirea victimei de libertate poate alteori produce un prejudiciu patrimonial care este mult mai extins decât cel nepatrimonial. Când lipsirea de libertate, răpirea victimei a fost determinată de scopul de a obține o sumă importantă de bani de la aparținători ori de a o împiedica să participe la o tranzacție importantă care i-ar fi adus avantaje economice deosebite, prejudiciul patrimonial este marcant. Victima care nu a putut finaliza o anumită activitate ori nu și-a putut exercita prerogativele unei profesii, care în mod cert i-ar fi adus avantaje financiare, va putea pretinde repararea prejudiciului încercat prin pierderea unei șanse reale și serioase de a obține beneficiile patrimoniale care i se cuveneau⁹. Prejudiciu urmează să fie reparat de către autorul faptei ilicite.

În jurisprudența română se întâlnesc relativ puține soluții prin care să se fi luat în discuție și să se fi tranșat problema reparării prejudiciului moral cauzat prin faptele ilicite incriminate ca infracțiuni de lipsire de libertate, trafic cu persoane adulte sau cu minori prin care s-a adus atingere dreptului la libertate. De regulă victimele se mulțumesc cu sancționarea penală a autorului.

⁹ Pentru mai multe detalii, a se vedea **F. Chabas**, *La perte d'une chance en droit français*, în „Développements récents du droit de la responsabilité civile”, Geneve, 1991

Atunci când o persoană a fost reținută, arestată sau i s-a interzis dreptul de a părăsi localitatea sau țara și ulterior, s-a dispus revocarea măsurii ori scoaterea de sub urmărire penală cu consecința încetării măsurii preventive sau când instanța a dispus achitarea și punerea în libertate, legiuitorul a dat posibilitatea celui care a fost privat de libertate să solicite repararea prejudiciilor suferite (art. 504-507 C.p.p.). În consonanță cu dispozițiile legale și cu Convenția Europeană a Drepturilor Omului, s-a cristalizat o bogată jurisprudență cu caracter reparator și compensator a daunelor morale și economice pe care le antrenează¹⁰. Problematika excede studiului nostru, deoarece privarea de libertate în astfel de ipoteze a fost consecința unei erori judiciare și nu a unei infracțiuni. Când măsura preventivă a fost luată abuziv și abuzul îmbracă forma unei infracțiuni, lipsirea de libertate cauzează un prejudiciu moral, în unele cazuri, și unul economic care antrenează repararea lui.

3. Prejudiciul cauzat prin fapte ilicite îndreptate împotriva vieții private și intimității.

Noțiunea de „*viață privată*” este dificil de conturat¹¹ pentru că sintagma în sine ne duce spre ideea că ea are o conotație proprie fiecărei persoane.

În literatura străină¹² se arată că prin viață privată înțelegem dreptul fiecărui individ de a trăi retras și în anonimat, conform voinței sale. Această încercare de a contura termenul de „*viață personală*” sau „*privată*” nu

¹⁰ A se vedea, cu titlu de exemplu, **D. G. Matei**, *Daunele morale. Practică judiciară*, Editura Hamangiu, București, 2007, p. 186-214.

¹¹ A se vedea **I. Albu, V. Ursa**, *op. cit.*, p. 90.

¹² A se vedea **R. Lindon**, „*Les droit de la personnalité*”, Dalloz, Paris, 1974, p. 166.

redă decât aspectul pur subiectiv¹³ al dreptului, dimensiunea sa psihologică. În mod concret, s-a subliniat în doctrină că prin „*viață privată*” trebuie să înțelegem modul personal de existență a individului, nivelul economic, sursele de venit, impozitele și taxele care-i incumbă, felul în care-și organizează și petrece timpul liber, viața profesională, sănătatea¹⁴.

Delimitarea strictă a noțiunii de viață privată nu poate fi epuizată, fiind un concept sintetic¹⁵ care înglobează tot ceea ce privește viața individuală a persoanei în toate ipostazele de manifestare. Având un pronunțat caracter subiectiv, conceptul de „*viață privată*” a parcurs un drum sinuos până la conturarea ca drept inerent ființei umane, care trebuie ferită de orice ingerință, imixtiune, divulgare a aspectelor existenței sale¹⁶ sau de orice alte acte vătămătoare provenite din partea altor persoane, ce se pot prezenta ca indiscreții, dezvăluiri etc.

Fiind un drept care se înscrie în categoria drepturilor personalității, face parte din patrimoniul moral¹⁷ și alături de alte drepturi de aceeași natură, dreptul la imagine, dreptul la nume, onoare, protecția propriului corp, dreptul la integritate fizică, psihică și morală, inviolabilitatea domiciliului definește personalitatea socială a omului. Conturarea noțiunii de

¹³ A se vedea **G. Vintilă, C. Furtună**, *Daunele morale. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Editura All Beck, București, 2002, p. 30.

¹⁴ A se vedea **R. Lindon**, *op. cit.*, p. 15-16.

¹⁵ A se vedea **I. Urs**, „*Repararea daunelor morale*”, Editura Lumina Lex, București, p. 145.

¹⁶ A se vedea: **R. Savatier**, *Le droit, l'amour et liberté*, Paris 1963; **S. Warren, L. Brandeis**, *Dreptul la intimitatea vieții private* apud **F. Stone** în *Institutions fondamentales du droit des États Unis*, Paris, 1925 apud **G. Vintilă, C. Furtună**, *op. cit.*, p. 31.

¹⁷ A se vedea **I. Albu, V. Ursa**, *op. cit.*, p. 90;

„drept la viață privată” s-a realizat în doctrina¹⁸ și jurisprudența străină¹⁹ care au subliniat ideea protejării speciale a lui.

Esența vieții private a unei persoane ni se înfățișează ca un domeniu în care nimănui nu-i este îngăduit să pătrundă fără acordul ei²⁰. Aceeași idee de reprezentare extensivă a dreptului la viață privată se degajă și din Rezoluția nr. 428 adoptată de Adunarea Consultativă a Consiliului Europei la 23 ianuarie 1970 în care se arată: „dreptul la respectul vieții private constă în posibilitatea persoanei de a-și duce viața așa cum dorește, cu un minim de ingerințe. Acest drept se referă la viața privată, viața de familie și la aceea a căminului, la integritatea fizică și morală, la onoare și reputație, la faptul de a nu fi prezentat într-o lumină falsă, la nedivulgarea unor fapte inutile și jenante, la publicarea fără autorizare a fotografiilor private, la protecția împotriva spionajului și a indiscrețiilor nejustificate, inadmisibile, la protecția împotriva utilizării abuzive a comunicărilor private, la protecția împotriva informațiilor confidențiale comunicate sau primite de către un particular. Nu se pot prevala de dreptul la protecția vieții private persoanele care, prin propriile lor activități au încurajat indiscrețiile de care se plâng”²¹.

¹⁸ Conținutul noțiunii este amplu analizat în doctrina străină: **R. Lindon**, *op. cit.*, p. 13-20; **P. Kayser**, *La protection de la vie privée. Protection du secret de la vie privée*, tome 1, Economica, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1984, p. 9-13.

¹⁹ A se vedea: Curtea de apel Paris, hotărârea din 13.05.1965, Tribunalul de Mare Instanță Seine, hotărârea din 23 și 25 iunie 1966 apud **R. Lindon**, *op. cit.*, p. 20.

²⁰ A se vedea **J. Rivero**, *Les libertés publiques. Le régime des principales libertés*, Collection Thémis, Presses Universitaires de France, Paris, 1989, p. 76, apud **C. Jugastru**, „Repararea prejudiciilor nepatrimoniale”, Editura Lumina Lex, București, p. 97.

²¹ A se vedea **I. Albu, V. Ursa**, *op. cit.*, p. 91, nota de subsol nr. 106.

Înțelegerea extensivă a dreptului la protecția vieții private se degajă și din legislația americană din care rezultă „*dreptul omului de a fi lăsat în pace*” în sensul că dispozițiile legale trebuie să-i garanteze individului acest drept atât în raport cu alți indivizi, dar și în raport cu administrația²².

Cu referire la aspectele care caracterizează viața privată a persoanei, unii autori²³ au subliniat că pot fi grupate în patru categorii: respectul comportamentului, respectul anonimatului, respectul vieții relaționale a persoanei, respectul identității.

Alți autori²⁴ au arătat că dreptul la intimitate, la viața privată presupune aspecte referitoare la identitatea persoanei, intimitatea amintirilor personale, a relațiilor interpersonale în afara căminului, intimitatea sănătății fizice și psihice, intimitatea deplasărilor, a petrecerii timpului liber, secretul afacerilor, dreptul la imagine personală.

Constituția României reglementează în categoria drepturilor fundamentale dreptul la viață intimă, familială și privată menționând că acesta poate fi opus oricărei persoane, autorităților publice care sunt datorate să îl respecte și să-l protejeze. În doctrina de drept constituțional, cu referire la respectarea vieții private, s-a

²² A se vedea **M. Runcan**, *Introducere în etica și legislația presei*, Editura All, București, 1998, p. 134-135 care-i citează pe L. Brandeis și S. Warren reprezentanții teoriei asupra dreptului la viață privată în sistemul de drept american.

²³ A se vedea: **I. Dogaru**, **C. Dănișor**, *Drepturile omului și libertățile publice în sistemul de drept american*, Editura Zamolxe, Chișinău, 1998, p. 145 și urm.; **D. Gomien**, *Introducerea în Convenția Europeană a Drepturilor Omului*, Editura All Beck, București, 1996, p. 23-24.

²⁴ A se vedea **I. Albu**, **V. Ursa**, *op.cit.*, p. 92-95.

subliniat dificultatea de definire a conceptului precum și varietatea interpretărilor date acestuia²⁵.

Dreptul la viață personală este definit ca „*recunoașterea unei sfere mai restrânse de libertate în cadrul căreia persoana să-și exercite dreptul la singurătate, la secretul gândurilor, planurilor, dorințelor, o sferă în care aceasta să se manifeste în modul în care dorește necenzurată de nimeni unde să-și exprime gândurile cele mai ascunse față de persoane în care are deplină încredere, să-și desfășoare în mod liber activitățile domestice într-un spațiu determinat, să fie stăpână pe propria-i viață pe o anumită durată de timp neinfluențată și nedominată de nimeni*”²⁶.

Problema dreptului la viață personală, privată, la intimitate a constituit obiect de preocupare și a doctrinei străine, dar și al celei române²⁷. Din studiul doctrinei în materie, se desprinde ideea că sunt cunoscute două modele de abordare a vieții private: modelul american și modelul european.

Modelul american presupune două paliere de abordare a noțiunii de *viață privată*, unul bazat pe ideea de căsătorie și familie, celălalt centrat pe ideea de autonomie individuală a persoanei²⁸. Acest model pare a

²⁵ A se vedea: **M. Constantinescu, I. Deleanu, A. Iorgovan, I. Muraru, F. Vasilescu, I. Vida**, *Constituția României comentată și adnotată*, Editura Regia Autonomă Monitorul Oficial, București, 1997, p. 64; **M. Voicu**, *Ultima speranță pentru o justiție deplină, Curtea Europeană a Drepturilor Omului*, Editura Juridică, București, 2001, p. 53-54.

²⁶ **E. Tanislav**, *Ocrotirea penală a dreptului la intimitate*, „Revista de Drept Penal” nr. 3/1998, p. 42;

²⁷ A se vedea, cu titlu de exemplu: **E. Tanislav**, *Dreptul la intimitate*, Editura Eminescu, București, 1997; **R. Carp, S. Șandru**, *Dreptul la intimitate și protecția datelor cu caracter personal*, Editura All Beck, București, 2004.

²⁸ A se vedea: **A.J. Richards**, *The individual, the Family and the Constitution. A Jurisprudential Perspective*, New York, „University Law Review”, 1980, p. 1-62; **J. A. Eichbaum**, *Toward and Autonomy – Based*,

fi mult prea excesiv, uneori autonomia individuală presupunând limite mult prea largi.

Modelul european privește în mod extensiv, dar nu excesiv, conceptul de *viață privată* cu multiplele sale atribute și îl ocrotește atât prin normele de drept public, cât și privat. Conceptul de *viață privată* semnifică viața intimă a individului, cea familială și cea privată în sine. Cele trei aspecte, fiecare cu formele sale concrete, cu atributele personale de manifestare, nu se confundă, fiind supuse protecției juridice în mod distinct de normele constituționale²⁹.

Viața privată este un concept larg și sintetic, cum s-a subliniat, care presupune viața familială, dar și viața intimă, acest ultim element fiind „*cea mai restrânsă formă de viață personală*”³⁰.

a. Viața de familie presupune tot ceea ce aparține acesteia ca și comunitate restrânsă socio-juridică și moral-creștină³¹. Familia este formată de grupul de persoane între care sunt statornicite drepturi și obligații. În sens restrâns, familia include soții și copiii lor, și în sens larg, presupune includerea și a altor persoane între care există relații de rudenie. Indiferent de înțelesul noțiunii de *familie*, viața acesteia trebuie să se desfășoare fără nici un fel de intruziuni, imixtiuni³², la adăpost de tumultul social și de viața colectivității în genere.

Theory of Constitutional Privacy: Beyond the Ideology of Familial Privacy, Harvard Civil Rights and Civil Liberties „Law Review”, 1979, p. 361-384; **D. J. Johnen**, *The Creations Of Fetal Rights: Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty Privacy and Equal Protection*, Yale „Law Journal”, vol. 95, 1986, p. 599 apud **I. Urs**, *op. cit.*, p. 148.

²⁹ A se vedea **M. Constantinescu, I. Deleanu, A. Iorgovan, M. Muraru, F. Vasilescu, I. Vida**, *op. cit.*, p. 64.

³⁰ **E. Tanislav**, *op. cit. (Ocrotirea...)*, p. 44.

³¹ A se vedea **M. Banciu**, *Dreptul familiei. Teorie și practică*. Editura Argonaut, Cluj-Napoca, 1998, p. 68.

³² A se vedea **C. Jugastru**, *op. cit.*, p. 101.

Funcțiile normale ale familiei nu pot fi îndeplinite decât într-un cadru privat: „*intimitatea căminului, viața conjugală, modul de petrecere a timpului liber și în ultimă instanță identitatea persoanei nu se pot regăsi decât în spațiul vieții private*”³³.

b. Viața intimă este dificil de departajat de viața privată deoarece prin natura sa are caracter privat³⁴. Intimitatea în sine presupune o gamă largă de manifestări, un spațiu în care individul se manifestă așa cum dorește în conformitate cu propriile-i convingeri. Ea presupune și libertatea gândurilor, a sentimentelor, a relațiilor cu alte persoane, a comportamentului sexual etc.

Conceptul de intimitate este dificil de conturat³⁵ el cuprinzând manifestări diverse și inepuizabile. Convenția Europeană a Drepturilor Omului nu utilizează *expressis verbis*, în articolul 8, termenul de „*viață intimă*”. Curtea Europeană a Drepturilor Omului, în conținutul unor hotărâri, recunoaște în mod tacit includerea noțiunii de „*viață intimă*” în sfera noțiunii de „*viață privată*” în conținutul unor hotărâri pronunțate³⁶.

Intimitatea presupune și protecția datelor cu caracter personal care este garantată tuturor persoanelor, de toate instituțiile statului și entitățile sociale publice sau private³⁷ care au obligativitatea de a lua măsurile necesare pentru a preveni orice încălcări, divulgări neautorizate etc. În spiritul asigurării dreptului la

³³ *Ibidem* p. 102.

³⁴ A se vedea **C. Constantinescu, I. Deleanu, A. Iorgovan, I. Muraru, F. Vasilescu, I. Vida**, *op. cit.*, p. 65.

³⁵ A se vedea **E. Tanislav**, *op. cit. (Ocrotirea...)*, p. 44.

³⁶ A se vedea Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului, în cazul *J. Dugeron versus Marea Britanie* apud **V. Duculescu**, *Protecția juridică a drepturilor omului. Mijloace interne și internaționale*, Editura Lumina Lex, București, 1998, p. 120.

³⁷ A se vedea **R. Carp și S. Șandru**, *op. cit. (Dreptul la intimitate...)*, monografie consacrată acestei problematice.

intimitate, prin dispozițiile Legii nr. 677 din 2001³⁸ s-a instituit cadrul legal de protecție a datelor cu caracter personal care presupune obligații specifice în sarcina persoanelor care prelucrează astfel de date, măsuri de protecție și sancțiuni pentru încălcările prescripțiilor legale.

Dreptul la intimitate semnifică și dreptul la izolare al persoanei, la singurătate, la un spațiu care să fie numai al ei care să nu fie încălcat ori atins în vreun fel prin interceptări, ascultări, captări, transmițeri de orice fel, contactări, supravegheri etc.

Cu toate conotațiile specifice, dreptul la viață privată nu este unul absolut, pentru că deasupra intereselor private se pot situa interesele generale care determină restrângeri ale drepturilor individuale pe de o parte și, pe de altă parte, exercitarea exagerată a acestui drept excede unei protecții raționale și impune restrângerea lui.

Persoana căreia îi este garantat dreptul la viață privată poate ea însăși să renunțe la exercitarea acestuia din diferite motive³⁹.

Am încercat să evidențiem câteva dintre coordonatele multiple de manifestare a vieții private a individului. Putem adăuga că pe lângă conotația strict subiectivă pe care o presupune dreptul la respectul vieții private, el are și o dimensiune care este legată de poziția individului în societate⁴⁰: profesia, notorietatea, funcția pe care o ocupă într-o structură a aparatului de stat, în cadrul altei entități publice sau private ce desfășoară o activitate socio-economică sau culturală cu caracter public etc. Viața privată a unui actor cunoscut, a unui

³⁸ Publicată în Monitorul Oficial nr. 790 din 12.12.2001, partea I.

³⁹ A se vedea **E. Tanislav**, *op. cit.*, p. 50.

⁴⁰ A se vedea **G. Vintilă, C. Furtună**, *op. cit.*, p. 33.

politician, a unei personalități care s-a făcut remarcată într-un anumit domeniu și se bucură de o reală apreciere presupune o restrângere, datorată notorietății ori importanței sociale a activității. Astfel de persoane sunt supuse dezvăluirii publice a unor aspecte ale vieții personale, în special cele care lezează simțul moral ori încalcă ordinea publică.

Dreptul la viață privată este ocrotit și prin învinovățirea ca infracțiuni a unor fapte prin care se aduce atingere unuia ori mai multor elemente care caracterizează acest drept. În legislația română faptele penale, acțiuni ilicite care aduc atingere vieții private pot fi grupate, în opinia unor autori,⁴¹ în două categorii: cele prin care se lezează dreptul la intimitate, care presupun intromisiuni, imixțiuni care violează intimitatea, și cele care constau în aducerea la cunoștința altora a unor aspecte ale vieții intime, prin care se divulgă informații, date cu caracter personal ce vizează viața personală sau de familie.

Din prima categorie de fapte fac parte violarea de domiciliu (art. 192 C.p.), violarea secretului corespondenței (art. 195 C.p.), încălcarea prin orice mijloace de interceptare a dreptului la viață privată, prin care climatul familial și intimitatea persoanei sunt lezate.

În cea de a doua categorie este inclusă divulgarea secretului profesional (art. 196 C.p.), faptă prin care se aduce la cunoștința altor persoane a unor aspecte strict personale, intime ale vieții particulare a unei persoane determinate.

1. Pătrunderea fără drept în locuința unei persoane, produce un prejudiciu moral concretizat în sentimente de teamă, de insecuritate pe care ea le trăiește, că spațiul în care înțelege să se manifeste așa cum dorește

⁴¹ A se vedea G. Vintilă, C. Furtună, *op. cit.*, p. 34.

este nesigur. Aceste sentimente îi pot determina suferințe psihice, șocuri traumatice.

2. În aceiași termeni credem că se pune problema și în cazul violării secretului corespondenței, când persoana este supusă unor suferințe determinate de jena pe care o resimte gândindu-se că o altă persoană a luat cunoștință de gândurile sale, de sentimentele exprimate cuiva, de faptul că libertatea de exprimare îi este violată.

3. Interceptarea prin orice mijloace a coordonatelor care caracterizează viața personală determină suferințe psihice, temeri că aspectele vieții intime care o privesc doar pe acea persoană vor fi aduse la cunoștința publică.

4. Divulgarea unor aspecte sau componente ale vieții private de către cei care le-au cunoscut în cadrul profesiei sau funcției exercitate, apreciem că determină un prejudiciu moral constând în suferințele resimțite de victimă. Suferințele constau în sentimente de jenă, temeri că persoanele cu care victima întrețineau relații de prietenie o vor evita și va fi constrânsă la izolare, că o vor pune într-o situație de inferioritate.

Dacă am arătat că, în genere, atingerile aduse vieții private generează un prejudiciu nepatrimonial. Credem că, uneori, pot genera și un prejudiciu economic. Dacă prin violarea secretului corespondenței ori prin divulgarea secretului profesional, prin interceptarea în orice fel a vieții private, persoana a fost pusă în situația de a nu mai putea să desfășoare o activitate profitabilă, de a nu mai încheie o tranzacție avantajoasă pentru că partenerii săi au renunțat ca urmare a dezvăluirilor de care au luat cunoștință. În astfel de situații considerăm că se poate invoca un prejudiciu patrimonial care justifică indemnizarea lui. De pildă, neangajarea unei persoane într-o anumită activitate salarizată superior ca urmare a

faptului că angajatorul a luat cunoștință prin intermediul unui terț, care la rândul său a cunoscut informația de la medicul de familie, că ea are o anumită orientare sexuală și practică în intimitate relații homosexuale, constituie un prejudiciu patrimonial. Înclinăm să credem că prin divulgarea unor aspecte de ordin intim, cum este orientarea sexuală a persoanei care a determinat neangajarea ei într-un post cu o retribuție superioară, constituie un prejudiciu patrimonial care justifică dezdăunarea.

Un aspect particular, soluționat de jurisprudența franceză, l-a constituit faptul dacă dreptul la respectul vieții private persistă și după decesul persoanei. Confruntându-se cu o astfel de situație, o instanță franceză⁴² a concluzionat că reprezintă o atingere a intimității fixarea oricărei imagini a unei persoane vii sau moarte. Analizând situația, un autor⁴³ reține că dreptul la respectul vieții private nu încetează prin moartea persoanei, ci se prelungește și dincolo de viață. În cazul menționat anterior s-au săvârșit două atingeri: una a vieții private a familiei și alta față de defunct, reprezentând o atingere adusă păcii celor dispăruți.

5. Lezarea vieții private se poate realiza și prin difuzarea către o altă persoană a unor informații privind anumite investigații efectuate în viața particulară sau familială, indiferent de natura lor, de stadiul și consecințele lor⁴⁴.

Sesizate cu astfel de fapte, instanțele trebuie să manifeste atenție, să analizeze toate atingerile care sunt aduse drepturilor persoanei și în consecință să rețină

⁴² A se vedea Tribunalul de Mare Instanță Paris, hotărârea din 13.01.1997 în „Recueil Dalloz” nr. 20/22.05.1997, p. 255-256.

⁴³ A se vedea **B. Beigner**, *Note la decizia din 02.07.1997 a Curții de Apel Paris*, în „Recueil Dalloz” nr. 43/4.12.1997, p. 598.

⁴⁴ A se vedea **P. Kayser**, *op.cit.*, p. 288.

prejudiciul pe care îl antrenează urmând să ia măsuri adecvate pentru înlăturarea sau compensarea lui.

Jurisprudența română actuală nu a pronunțat soluții semnificative prin care să fi dispus repararea civilă a prejudiciului moral sau patrimonial rezultat din încălcarea dreptului la viață privată. Situația este justificată, pe de o parte, de faptul că victima s-a mulțumit cu condamnarea penală a autorului și nu a înțeles să solicite și reparația prejudiciului încercat și, pe de altă parte, pe împrejurarea că protecția reală și eficientă a acestui drept în țara noastră este relativ nouă.

4. Prejudiciul cauzat prin fapte care aduc atingere libertății psihice.

Din această categorie de fapte incriminate ca infracțiuni fac parte amenințarea (art. 193 C.p.) și șantajul (art. 194 C.p.). Libertatea omului de a se manifesta în limite rezonabile fără vreo constrângere de vreun anumit fel constituie una dintre trăsăturile statului de drept⁴⁵. Prin aceste fapte, libertatea individului în sens psihologic este îngrădită. Persoana nu mai poate acționa așa cum și-ar fi dorit pentru că se află sub presiunea amenințării că ea sau ființele dragi ei ar putea suferi anumite consecințe vătămătoare. Celui amenințat sau șantajat i se induce o stare de insecuritate, de temere care-i pot modifica cursul firesc al vieții, îi limitează voința și acțiunile îi sunt direcționate în sensul de a adopta anumite conduite de a da, a face ori a nu face, care îi sunt impuse de un terț. Ambele fapte ilicite incriminate ca infracțiuni aduc atingeri libertății în sens psihic a ființei umane.

⁴⁵ A se vedea G. Nistoreanu, A. Boroș, I. Molnar, I. Dobrinou, I. Pascu, V. Lazăr, *Drept Penal. Partea specială*, Editura Europa Nova, București, 1997, p. 153.

1. În cazul amenințării, trebuie ca elementele de amenințare să fie serioase și persuasive. Prejudiciul antrenat este unul moral constând în temerile, angoasele, alte suferințe la care este supusă persoana amenințată că ea ori ființele dragi ei vor fi expuse unor consecințe vătămătoare vizând viața, sănătatea, onoarea, reputația etc.

Consecințele vătămătoare pot avea grade diferite, în funcție de amenințările proferate și de persoana asupra căreia sunt îndreptate.

Vătămarea produsă are o dimensiune subiectivă. Într-un fel va resimți prejudiciul o persoană singură și suferindă pentru care amenințarea poate să aibă o dimensiune mult mai amplă. Amenințările asupra vieții copiilor lipsiți de apărare pot antrena suferințe psihice intense pentru un părinte știind că oricând viața copilului său este expusă pentru că nu poate să fie lângă el tot timpul.

Amplitudinea amenințării și a prejudiciului psihologic antrenat se stabilește în mod concret în raport cu toate împrejurările care pot induce teama, insecuritatea, suferința psihică, cât și cu persoana căreia îi sunt adresate. Relevante pentru stabilirea amplitudinii prejudiciului sunt și aspectele de ordin personal: vârstă, sex, grad de dezvoltare, percepție și rezistență la stimulii perturbanți, alte aspecte care țin de profilul psihologic al persoanei. Credem că examinarea psihologică a victimei ar fi semnificativă. Valorizarea prejudiciului trebuie să se facă prin raportare strictă la persoana celui amenințat. Stabilirea în concret a dimensiunii prejudiciului se face în funcție de elementele concrete prin care s-a realizat amenințarea: mijloacele de care autorul a uzat pentru a săvârși fapta, consecințele la care s-ar expune cel amenințat ori ființele apropiate și amplitudinea acțiunii

de amenințare. Dacă aceste criterii sunt strict legate de acțiunea de amenințare în sine, un alt criteriu de apreciere a prejudiciului îl constituie impactul asupra victimei. Criteriu vizează persoana amenințată și va putea pune în evidență întinderea prejudiciului moral cauzat. În acest sens, semnificativă este expertizarea psihologică a victimei. Obiectivele expertizei medico-legale sau ale evaluării psihologice trebuie să se axeze pe conturarea personalității psihice a celui amenințat și a consecințelor antrenate: gradul de sensibilitate, particularități psihologice, consecințe asupra sănătății fizice și mentale precum și alte elemente.

Prejudiciul nepatrimonial cauzat este cert și impune repararea sa de către autorul faptei ilicite sau de persoana chemată să răspundă civil.

Uneori, amenințarea poate antrena și un prejudiciu patrimonial. Dacă victima, în urma temerilor induse de acțiunea de amenințare, ia măsuri de securitate, cheltuielile ocazionate constituie un prejudiciu economic care va fi suportat de autorul amenințării.

2. În cazul șantajului, victima este constrânsă să adopte o conduită strict determinată. Aceasta se concretizează printr-o acțiune comisivă de a da, a face ori printr-una omisivă constând într-o abținere impusă forțat victimei. Libertatea psihică a victimei este anihilată, acțiunile sale sunt dirijate de șantajist prin presiunea psihologică exercitată că, în cazul în care nu va da curs acțiunii impuse, ea sau o persoană apropiată va suporta consecințe vătămătoare de natură patrimonială sau nepatrimonială. Scopul urmărit de șantajist este acela de a obține pentru sine ori pentru altul un avantaj material, economic, injust. Acțiunea de șantaj în sine presupune două momente: în primul moment autorul amenință ori exercită violențe asupra victimei cu scopul

de a-i anihila voința prin inducerea de temeri, sentimente de panică, stare de insecuritate ori alte suferințe psihice. După ce s-a indus această stare, se consumă cel de-al doilea moment când victima, a cărei voință a fost anihilată, remite anumite bunuri, efectuează anumite prestații ori se abține de la o anumită conduită în beneficiul autorului șantajului ori al altuia. Infracțiunea de șantaj se consumă și prin simpla constrângere a victimei⁴⁶, dar când sunt remise bunurile, se efectuează prestațiile de natură financiară care i-au fost cerute, prejudiciul este bivalent: economic și moral.

Prejudiciul moral constă în suferințele psihice la care este expusă victima: simple temeri, sentimente de insecuritate induse de amenințare sau constrângere, dureri provocate de violențele la care a fost expusă. În cazul violențelor, ele pot cauza prejudicii specifice.

Suferințele psihice alterează voința victimei care se subordonează directivelor impuse de autorul faptei. Prejudiciul moral are o dimensiune subiectivă fiind conturat ca și în cazul amenințării în funcție de elementele concrete referitoare la modalitatea de săvârșire a faptei, cât și la cele privind persoana victimei; *mutatis mutandis* cele relevate în cazul amenințării își găsesc reflectarea și în ipoteza șantajului. Concretețea violenței ori amenințării, persoana împotriva căreia se îndreaptă sunt aspecte în funcție de care se determină prejudiciul moral. Profilul psihologic al victimei, gradul de sensibilitate, vârsta, sexul etc. sunt de natură să dimensioneze amplitudinea prejudiciului moral. Atât prejudiciul nepatrimonial, cât și cel patrimonial vor fi indemnizate de autorul faptei ilicite.

⁴⁶ Pentru mai multe detalii a se vedea V. Dongoroz ș.a., *op. cit.*, vol. III, p. 326.

În genere, victimele amenințe sau șantajate au solicitat repararea prejudiciului economic și mai puțin a celui moral, mulțumindu-se cu sancționarea penală a autorului⁴⁷.

5. Prejudiciul cauzat prin fapte ilicite îndreptate împotriva libertății vieții sexuale

Libertatea sexuală semnifică dreptul oricărei persoane de a întreține relații intime conform voinței sale. Își găsește expresia în dreptul inalienabil al omului de a dispune liber de corpul său în cadrul intim al practicării raporturilor sexuale în limitele stabilite de dreptul obiectiv și morală⁴⁸. Îngrădirea dreptului prin constrângerea materializată prin violență sau amenințare și obligarea la anumite practici sexuale este incriminată ca infracțiune⁴⁹.

Faptele prevăzute de legea penală aduc atingere dreptului subiectiv nepatrimonial al libertății vieții sexuale, dar pot leza și alte drepturi subiective. De pildă, dacă violențele exercitate cu scopul de a constrânge victima la anumite practici sexuale pe care ea nu le acceptă, cauzează vătămări ale sănătății fizice și psihice, fiind lezat și dreptul subiectiv la sănătate și integritate corporală.

⁴⁷ Curtea de Apel Timișoara, Secția penală, decizia nr. 78 din 19. 01. 2006, prin care o victimă, patron al unei societăți comerciale a fost șantajat să dea suma de 10 000 euro ca să nu fie reclamat la organele financiare sau la serviciul de investigare a fraudelor al I.P.J. Timiș, cu privire la anumite nereguli în contabilitatea firmei care i-ar fi atras sancționarea penală sau contravențională, nu s-a constituit parte civilă în procesul penal, ci a solicitat condamnarea exemplară a inculpaților (nepublicată).

⁴⁸ A se vedea **C. Barbu**, *op. cit.*, p. 126.

⁴⁹ Pentru detalii privind infracțiunile prin care se aduce atingere libertății vieții sexuale, a se vedea: **G. Nistoreanu** ș.a., *op. cit.*, p. 164-182; **V. Dongoroz** ș.a., *op. cit.*, vol. III, p. 327-377.

Legiuitorului a reglementat mai multe fapte prin care se încalcă libertatea vieții sexuale: violul (art. 197 C.p.), actul sexual cu un minor (art. 198 C.p.), seducția (art. 199 C.p.), perversiunea sexuală (art. 201 C.p.), incestul (203 C.p.), corupția sexuală (art. 202 C.p.), hărțuirea sexuală (art. 203¹ C.p.).

a. Faptele care aduc atingere libertății sexuale săvârșite prin constrângere sunt violul (art. 197 C.p.), perversiunea sexuală realizată prin constrângere (art. 201 C.p.), hărțuirea (art. 203¹ C.p.)

Atunci când constrângerea s-a realizat sub forma amenințărilor sau violențelor, dar care nu au adus vătămări sănătății sau integrității corporale, prejudiciul se prezintă sub formă nepatrimonială. Dauna morală se concretizează în suferințele psihice intense ale victimei care a fost implicată într-o relație sexuală firească sau nefirească, practici sexuale obținute prin constrângere.

Dacă victima a fost obligată să întrețină relații sexuale cu mai mulți parteneri care au fost aduse la cunoștința publică, prejudiciul este mai amplu întrucât onoarea, reputația victimei sunt grav vătămate. Prejudiciul nepatrimonial rezultă din lezarea demnității, onoarei și a dreptului la libertate sexuală⁵⁰.

Alteori prejudiciul nepatrimonial se poate concretiza prin anumite inhibiții, frustrări, suferințe la care este expusă victima, care nu se mai poate apropia de persoane de sex opus sau care este silită să rămână

⁵⁰ A se vedea: Curtea Supremă de Justiție, Secția penală, decizia nr. 927 din 06.04.1998 apud **G. Vintilă, C. Furtună**, *op. cit.*, p. 111; Curtea de Apel Bacău, Secția penală, decizia nr. 1999 din 04.12.1997 apud **A. Ungureanu**, *Jurisprudența penală a Curții de Apel Bacău*, Editura Lumina Lex, 1997, p. 229; în aceste spețe s-a reținut că victimele supuse unor acte de viol săvârșite în grup, despre care au luat cunoștință mai multe persoane, au fost expuse judecății opiniei publice, situație care le-a creat un puternic sentiment de jenă.

singură datorită imposibilității de a putea avea o viață intimă normală. De pildă, victima unui viol săvârșit la vârsta când a conștientizat gravitatea agresiunii sexuale poate suferi un șoc emoțional ireversibil care o face să nu se mai poată realiza în plan conjugal. Prejudiciu subzistă doar în ipoteza în care victima a acceptat să se supună unor terapii care să înlăture consecințele șocului, dar cu toate acestea, sechelele au persistat. Uneori, consecința îndepărtată a unei asemenea traume la care este supusă o astfel de persoană poate să se manifeste în imposibilitatea ulterioară de a avea o viață sexuală împlinită ori chiar în imposibilitatea de a întreține astfel de relații. Literatura de specialitate denumeste această vătămare „*prejudiciu sexual*”⁵¹. Sechele lăsate de actele de agresiune sexuală determină sentimente de puternică frustrare, generează suferințe psihice intense. Prejudiciul poate fi pus în evidență prin expertiza medico-psihiatrică a victimei. Deși este relativ rar întâlnită această consecință, când se produce, antrenează un prejudiciu specific cu caracter personal nepatrimonial care implică indemnizarea lui.⁵² O nuanțare trebuie făcută: în jurisprudență, uneori acest prejudiciu este considerat element al prejudiciului de agrement fiind înțeles ca imposibilitatea victimei de a se bucura de toate agrementele unei vieți firești,⁵³ alteleori

⁵¹ A se vedea: **M. Bourrie-Quenillet**, *Le préjudice sexuel, preuve, nature juridique et indemnisation*, Juris Classeur Périodique, 1996/I/3986; **H. Margeat**, *Le préjudice sexuel, une exploitation des banques et données juridiques*, Argus, Paris, 1985/I/1784 apud **M. Le Roy**, „*L'évaluation du préjudice corporel*”, Librairie de la Court de Cassation, Paris, p. 79.

⁵² A se vedea **M. Le Roy**, *op. cit.*, p. 79.

⁵³ A se vedea Curtea de Casație Franceză, Camera penală, hotărârea din 23.02.1998 apud **M. Le Roy**, *op. cit.*, p. 79.

poate fi considerat distinct în raport cu alte prejudicii, dar cu condiția să nu fie dublu indemnizat⁵⁴.

Creдем că prejudiciul sexual este consecința unei agresiuni sexuale săvârșite la vârsta la care victima conștientiza și valoriza elementele vieții: copil de vârstă școlară, la pubertate, adolescent sau tânăr, persoană adultă cu un grad de sensibilitate ridicat. Poate rezulta și din agresiunea sexuală săvârșită în grup care a avut urmări asupra integrității fizice și psihice și din cea comisă de o persoană în care victima avea deplină încredere și era chemată să-i asigure ocrotirea, confortul economic, spiritual și afectiv⁵⁵.

Prejudiciul moral cauzat de astfel de fapte poate să se manifeste și prin stări de suferință ale victimei care, prin actele de agresiune sexuală, este supusă oprobriului public și din aceste motive refuză să mai ducă o viață normală, se retrage în singurătate. Alteori, chiar în societate, membrii unor colectivități neevoluate, cu o educație precară și un nivel de instrucție liminar, manifestă în mod nejustificat o atitudine de sfidare, jignire, reținere marginalizând victimele unor agresiuni sexuale, aspecte care pot genera suferințe psihice intense⁵⁶. Datorită sentimentelor de jenă pe care le resimt

⁵⁴ A se vedea Curtea de Casație Franceză, Camera penală, hotărârea din 30.10.1995 în care se arată că singur prejudiciul sexual poate fi indemnizat cu sumă între 10.000 – 400.000 franci francezi, apud **M. Le Roy**, p. 79.

⁵⁵ Tribunalul Timiș, Secția penală, sentința nr. 548 din 5. 09. 2005 prin care s-au acordat unei minore de 14 ani despăgubiri bănești în sumă de 200.000.000 lei pentru repararea prejudiciului moral determinat de violul săvârșit de tatăl său și care i-a cauzat o traumă psihică majoră (depresie marcantă), cu imposibilitatea de a reveni în locuința părintească, fiind necesară internarea într-un centru de minori unde a fost supusă unui tratament medical și unei supravegherii continue (nepublicată).

⁵⁶ A se vedea Curte de Apel Bacău, Secția penală, decizia nr. 216 din 16.12.1997, apud **A. Ungureanu**, *op. cit.*, p. 244, unde se argumentează că este justificată acordarea unor despăgubiri semnificative pentru prejudiciul moral suferit de o victimă minoră de 12 ani care a fost supusă unui viol și a

persoanele supuse unor acte de constrângere la anumite practici sexuale sunt determinate, uneori, să-și schimbe domiciliul pentru ca să se poată reintegra în societate și să ducă o viață normală.

Faptele de natura celor prin care sunt aduse atingeri libertății sexuale, sănătății fizice și psihice ale persoanei, pot genera și prejudicii economice constând în cheltuielile făcute în scopul refacerii sănătății.

Prejudiciul moral se poate materializa și în tulburări psihice care împing victima la acte de sinucidere. Când actul sinucigaș a reușit, persoanele apropiate victimei vor suferi un prejudiciu afectiv, dar și unul economic. Dacă suicidul a eșuat, se impune introducerea victimei într-un program special de terapie medico-psihiatrică, care constituie prejudiciu economic concretizat în cheltuielile făcute pentru recuperarea psihică.

O problemă dificilă de stabilire a prejudiciului moral o ridică situația victimei care nu conștientizează consecințele violului datorită stării de alienație mentală. De pildă, ipoteza violului săvârșit asupra unei victime oligofrene gradul III ori care suferă de o altă boală psihică care îi afectează grav capacitatea de cunoaștere, valorizare, orientare etc. Existența violului este neîndoielnică câtă vreme victima se află în imposibilitate de a-și exprima voința⁵⁷. În abordarea noastră avem în vedere două situații: când agresiunea sexuală i-a cauzat

suferit o traumă psihică intensă atât în momentul săvârșirii faptei cât și ulterior în familie, societate, fiind cunoscut faptul că într-o comunitate rurală cu o educație precară modul de interpretare a unui astfel de fapt nu găsește înțelegerea adecvată.

⁵⁷ A se vedea **G. Antoniu, T. Vasiliu**, *Codul penal comentat și adnotat. Partea specială*, vol. I, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1975, p. 209.

victimei vătămări fizice și când agresiunea sexuală nu a avut astfel de consecințe.

1. În prima dintre ipoteze, când victimei bolnave psihic cronic i-au fost aduse vătămări fizice, reprezentantul legal poate invoca un prejudiciu moral, dar și un prejudiciu economic. Prejudiciul patrimonial îl constituie toate cheltuielile făcute pentru recuperarea sănătății fizice a victimei. Prejudiciul moral se poate manifesta prin suferințele de natură fizică la care este expusă victima, determinate de leziunile suferite ori de procedurile medicale la care a fost silită să se supună: intervenții chirurgicale, terapii dureroase etc.

Apreciem că prejudiciul psihologic constând în suferințe psihice care ar putea fi generate de actul sexual violent, în această situație, este discutabil. Dacă victima nu conștientizează acest prejudiciu, actul sexual chiar cu pluralitate de parteneri, nu-i poate produce victimei sentimente de frustrare, de jenă etc. pentru că datorită bolii psihice de care suferă este incapabilă de astfel de sentimente. Suntem tentați să credem că nu se poate invoca existența unui prejudiciu moral. Într-o atare situație prejudiciul psihologic este incert și modul de rezolvare profită autorului sau autorilor violului. Soluțiile doctrinale și jurisprudențiale în cazul inconștienței victimei cu referire la prejudiciul moral nu sunt unitare.

Unii autori în literatura română⁵⁸ au susținut ideea că victima aflată în stare de inconștiență suferă un prejudiciu moral a cărui existență obiectivă este de netăgăduit, pentru că este o ființă umană, un subiect de drept care trebuie să beneficieze de toate drepturile recunoscute și ocrotite celorlalte subiecte de drept. Alți

⁵⁸ A se vedea **M. Boar**, „Repararea daunelor morale în cazul unor persoane aflate în stare vegetativă cronică”, în „Dreptul” nr. 12/1997, p. 31.

autori⁵⁹ rețin că prejudiciul moral este exclus în cazul victimei inconștiente.

Jurisprudența română, deficitară și săracă în acest domeniu, se pare că înclină spre excluderea existenței prejudiciului moral în cazul victimei inconștiente⁶⁰. În motivarea soluției, s-a arătat că, victima a cărei stare psihică este complet deteriorată, nu resimte un astfel de prejudiciu.

Alteori, jurisprudența a reținut că prejudiciul moral în cazul victimei inconștiente este resimțit în realitate de părinții care sunt împovărați cu îngrijirea unei astfel de persoane și în consecință ei pot solicita repararea sa⁶¹.

În ce ne privește ne raliem opiniei potrivit căreia, în cazul victimei a cărei conștiință este grav afectată de o boală psihică ori de o altă afecțiune, nu se poate reține existența unui prejudiciu moral constând în suferințe psihice determinate de sentimente de jenă, frustrare ca urmare a agresiunii sexuale îndreptate împotriva sa.

2. În cea de a doua ipoteză, când agresiunea sexuală nu a produs consecințe vătămătoare asupra sănătății victimei, prejudiciul moral este discutabil. Victima, al cărei câmp de conștiință este restrâns, nu trăiește sentimente de jenă, de frustrare și în consecință nu poate invoca existența vreunui prejudiciu. Pentru a antrena reparația, prejudiciul trebuie să fi cert. Dacă victima, datorită stării psihice alterate nu resimte nici un fel de suferințe, certitudinea prejudiciului este îndoielnică. Credem că nu se poate face abstracție de

⁵⁹ A se vedea **I. Urs**, *op. cit.*, p. 133.

⁶⁰ A se vedea Tribunalul Militar Cluj, sentința penală nr. 172/16 octombrie 1992 apud **I. Urs**, *op. cit.*, p. 182.

⁶¹ A se vedea Curtea de Apel Timișoara, Secția penală, decizia nr. 885 din 19 decembrie 1996 apud **M. Boar**, *op. cit.*, p. 27.

starea de inconștiență, de lipsa atributelor de raportare conștientă a persoanei la realitate.

În această ordine de idei apreciem că trebuie să punem în discuție și ipoteza dacă persoanelor apropiate victimei aflate în stare de alienație mentală, care se ocupă în mod permanent de ea, ar putea invoca ele însele un prejudiciu moral. Problema trebuie analizată din două perspective: când violul produs asupra victimei a cauzat vătămarea gravă a sănătății fizice și accentuarea stării de handicap urmată de suferințe intense; când autorul a profitat de situația victimei care nu avea putința să-și exprime voința și nu a produs alte consecințe.

a. Dacă agresiunea a accentuat gradul de handicap și victima a rămas cu sechele foarte grave și total dependentă de membrii familiei, cei care o îngrijesc suferă un prejudiciu afectiv care justifică indemnizarea lui.

b. Dacă actul sexual s-a consumat fără să-i producă victimei inconștiente nici un fel de suferințe fizice, persoanele apropiate acestora nu pot ele însele să invoce un prejudiciu moral constând în suferințe și jene determinate de fapta ilicită săvârșită asupra victimei.

Aparent, aspectele referitoare la prejudiciul moral în situația unei victime căreia îi lipsește capacitatea de a percepe un astfel de prejudiciu ar crea un regim discriminatoriu care-l favorizează pe autorul faptei ilicite. În realitate, inconștiența victimei este incompatibilă cu prejudiciul moral,⁶² constând în suferințe psihice determinate de sentimente de jenă, frustrare etc.

b. Fapte care aduc atingere libertății sexuale săvârșite prin exploatarea imaturității psihologice și

⁶² A se vedea **D. Mazeaud**, notă la hotărârea din 22. 02. 1995 a Curții de Casație Franceze, în „Recueil Dalloz” nr. 27 din 10. 07. 1995 apud **I. Urs**, *op. cit.*, p. 129.

lipsei de experiență a victimei. În categoria acestor fapte se includ actele de perversiune sexuală (art. 201 C.p.) și incestul (art. 203 C.p.) care nu a fost săvârșite prin constrângere, raportul sexual cu o minoră (art. 198 C.p.), corupția sexuală (art. 202 C.p.), seducția (art. 199 C.p.). Comun acestor fapte este împrejurarea că autorul le practică împotriva unei persoane care nu-și pot exprima opoziția față de agresor datorită vârstei fragede sau lipsei de experiență, imaturității care le pune în imposibilitate de a evalua consecințele produse asupra lor.

1. Incriminarea raportului sexual cu o minoră care nu a împlinit vârsta de 15 ani este justificată de faptul că „victima nu are suficientă experiență și nici forță pentru a se apăra împotriva celui care îi exploatează naivitatea”⁶³. Pe de altă parte practicarea relațiilor intime la o vârstă fragedă poate avea consecințe negative asupra dezvoltării fizice și psihice a minorei⁶⁴. Fapta ilicită se realizează cu consimțământul victimei care datorită imaturității psihice, lipsei de experiență și autocontrolului, naivității consimte să întrețină raporturi sexuale.

Din punct de vedere al studiului nostru se pune problema dacă victima suferă un prejudiciu. Opinăm că nu putem exclude existența prejudiciului moral cauzat victimei. Astfel, prin fapta ilicită autorul a exploatat naivitatea specifică a victimei de vârstă relativ fragedă sau lipsită de experiență de viață, care din această perspectivă nu a putut aprecia consecințele implicării sale într-o astfel de relație. Dreptul la libertate sexuală al victimei a fost lezat.

⁶³A se vedea G. Nistoreanu ș.a., *op.cit.*, p 170.

⁶⁴ A se vedea G. Dănescu, E. Tomorug, *Probleme judiciare în psihiatrie*, Editura Medicală, București, 1973, p. 276-277.

Credem că în anumite situații, când actul sexual a cauzat vătămări sănătății prin transmiterea unei maladii specifice, prin apariția unor situații patologice postume (hemoragii, rupturi perineale etc.) prejudiciul poate avea o dimensiune mult mai amplă incluzând și suferințele la care este expusă victima. Într-o astfel de ipoteză, prejudiciul poate să se prezinte sub ambele fațete, economică și morală. Prejudiciul economic include cheltuielile implicate de tratarea victimei care urmează să fie supusă unei terapii ori proceduri medicale de recuperare și cel nepatrimonial se manifestă sub forma unor suferințe de natură fizică și psihică.

2. În cazul infracțiunii de seducție victima este implicată într-o relație intimă, prin recurgerea la mijlocul fraudulos al promisiunii mincinoase de căsătorie, prin exploatarea bunei credințe și a loialității ei. Victima consimte să aibă relații sexuale cu autorul care-i exploatează lipsa de experiență și naivitatea. Credem că victima unei infracțiuni de seducție poate invoca față de autor un prejudiciu moral care îmbracă forma unor suferințe psihice care pot avea un grad de intensitate diferit. Instanțele în fața cărora se invocă repararea prejudiciului moral constând în sentimente de jenă, frustrare etc. trebuie să-l accepte și să-l indemnizeze în raport cu criteriile generale de indemnizare a unor astfel de suferințe și anume: intensitatea lor, durata și alte consecințe colaterale pe care le implică.

Jurisprudența română este destul de săracă sub acest aspect. Instanța i-a acordat unei victime o sumă de bani cu titlu de despăgubire a prejudiciului moral cauzat prin seducerea sa. Victima a acceptat să întrețină relații intime cu autorul în considerarea faptului că acesta i-a promis că va divorța de soție și se va căsători cu ea. Cei doi au întreținut o perioadă de timp relații de concubinaj,

pe care apoi le-au întrerupt întrucât victima a aflat că în realitate concubinul și-a retras acțiunea de divorț. Urmare acestei situații, victima a trăit o suferință psihică intensă determinată de sentimentele de jenă față de familie și societate care au făcut-o să ducă o viață retrasă⁶⁵.

3. Alte fapte prin care autorul exploatează imaturitatea psihologică a victimei sunt cele de corupție sexuală și perversiune, cu condiția să nu fi fost săvârșite prin constrângere. Corupția sexuală se realizează prin acte cu caracter obscen săvârșite asupra sau în prezența unui minor. Actele de perversiune constau în acte nefirești privitoare la viața sexuală practicate cu o persoană minoră. Incriminarea ca infracțiuni a unor astfel de acte este justificată de faptul că minorii trebuie ocrotiți de contactul nefiresc, brutal ori intempestiv și cinic prin care sunt dezvăluite aspecte intime ale vieții sexuale, efectuat într-un moment nepotrivit, față de persoane care nu sunt pregătite să evalueze corect aceste manifestări și care pot avea consecințe grave asupra dezvoltării lor ulterioare⁶⁶. Faptele de corupție sexuală pot genera asupra unui copil sentimente negativiste, angoase, pot determina apariția unor stări de surescitare ori alte suferințe psihice. Credem că alterările de natură psihică constituie un prejudiciu nepatrimonial care este temei al obligației de reparare. Prejudiciul va exista doar atunci când actele de perversiune au produs anumite consecințe vătămătoare asupra psihicului minorului. Acestea sunt strâns legate de personalitatea și profilul psihologic al copilului, de vârstă, sex etc. Prejudiciul va fi pus în evidență prin expertiza medico-psihiatrică a victimei sau raportul de evaluare psihologică. Atunci când pentru înlăturarea acestor traume psihice, victima va fi supusă

⁶⁵ Judecătoria Făget, sentința penală nr. 342 din 21. 12. 2000 (nepublicată).

⁶⁶ A se vedea C. Barbu, *op. cit.*, p. 217.

unui tratament medical ori altor terapii complementare care implică cheltuieli, prejudiciul va avea și formă mixtă, patrimonială și morală.

4. Dreptul la libertate sexuală este lezat și prin infracțiunea de incest. Incriminarea faptei este determinată de necesitatea ocrotirii din punct de vedere biologic a speciei umane, dar și pentru că aduce o gravă atingere moralei⁶⁷.

Atunci când se realizează prin constrângere, incestul coexistă cu violul aflându-se în concurs ideal⁶⁸. Nu vom aborda prejudiciul antrenat în ipoteza realizării incestului prin constrângere pentru că a fost analizat anterior. Incestul se poate săvârși fără constrângere, când victima nu a manifestat opoziție fie datorită imaturității psihice care nu i-a permis să valorizeze consecințele negative ale acestui act, fie datorită vieții promiscue pe care o duce. Imaturitatea se datorează vârstei fragede ori unei boli psihice care afectează capacitatea de a discerne, lipsei de experiență. Viața promiscuă pe care o duce victima nu-i permite să conștientizeze gradul de imoralitate a unei astfel de practici.

Consecințele psihologice ale actelor de această natură săvârșite asupra unor minori sau persoane tinere au fost subliniate în lucrările de psihologie⁶⁹. Ele pot produce anomalii în dezvoltarea psiho-socială a victimei, pot genera suferințe fizice și psihice intense, stări de inadaptare, pot constitui debutul unor boli psihice. Credem că victima suferă în mod indiscutabil un prejudiciu moral concretizat în suferințe fizice și psihice, dar și unul economic constând în cheltuielile de refacere a sănătății fizice sau psihice. Existența prejudiciului

⁶⁷ A se vedea **G. Nistoreanu ș.a.**, *op. cit.*, p. 88; **C. Barbu**, *op. cit.*, p. 218.

⁶⁸ A se vedea **G. Antoniu, T. Vasiliu**, *op. cit.*, p. 233.

⁶⁹ A se vedea **G. Dănescu, E. Tomorug**, *op. cit.*, p. 207-209.

moral poate fi pusă în evidență de expertizarea medico-legală a victimei.

Atunci când victima consimte la practicarea de relații sexuale cu o rudă directă sau colaterală cum este un părinte, un frate sau soră, datorită vieții promiscue pe care o duce și care nu-i permite să valorizeze dimensiunea imorală a faptei, se pune problema dacă ea poate invoca existența vreunei vătămări. Dacă victima este un minor care nu are capacitatea de a discerne asupra imoralității faptei săvârșită asupra sa, dar i-a cauzat dureri fizice, prejudiciul are natură nepatrimonială. Când s-au cauzat și vătămări ale sănătății fizice și psihice, prejudiciul este mixt, moral și patrimonial. Existența prejudiciului este de necontestat într-o astfel de situație.

Prejudiciului este dificil de stabilit în cazul victimei care duce o viață profund imorală și practică relații intime cu orice persoană și a consimțit să întrețină astfel de raporturi și cu rude apropiate. Considerăm că victima nu poate invoca existența vreunui prejudiciu. Implicarea unei persoane în mod voluntar într-o relație incestuoasă datorită vieții imorale pe care o duce, nu-i produce nici un fel de suferințe. Într-o astfel de ipoteză cele două persoane care sunt rude și au întreținut relații intime vor fi sancționate penal și nu pot invoca una față de alta existența unui prejudiciu.

Am încercat să surprindem exhaustiv câteva dintre coordonatele care caracterizează prejudiciile antrenate de infracțiuni contra libertății și vieții private a persoanei, fără însă a avea pretenția că am epuizat această problematică complexă și în același timp deosebit de sensibilă.

CRITERII TEORETICE DE DIFERENȚIERE A INTENȚIEI INDIRECTE DE CULPĂ

Dr. Constantin Sima
Procuror șef serviciu la
Parchetul de pe lângă
Înalta Curte de Casație și Justiție

To determine whether an act is committed intentionally or by negligence is not always a simple legal operation. The author sets out several criteria useful for practitioners.

Parchetul de pe lângă Judecătoria Sector 1 București a fost sesizat în legătură cu producerea unui accident de muncă soldat cu decesul a trei persoane și rănirea unei a patra în cadrul lucrărilor de realizare a unui pasaj intern.

Inspectoratul de stat pentru construcții Ilfov a sesizat parchetul pentru începerea urmăririi penale pentru săvârșirea infracțiunii prevăzute de art. 31 alin. 2 din Legea nr. 10/1995.

Parchetul de pe lângă Judecătoria Sector 1 a solicitat un punct de vedere cu privire la forma de vinovăție cu care poate fi săvârșită această infracțiune, întrucât dacă fapta este săvârșită cu intenție, competența aparține tribunalului, în conformitate cu prevederile art. 27 alin. 1 lit. b C.p.p.

Potrivit art. 31 alin. 1 din Legea nr. 10/1995 „(1) Constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 5 la 10 ani și interzicerea unor drepturi proiectarea, verificarea, expertizarea, realizarea unei construcții ori executarea de modificări acesteia, fără respectarea

reglementărilor tehnice privind stabilitatea și rezistența, dacă acestea ar putea produce una sau mai multe dintre următoarele consecințe: pierderi de vieți omenești, vătămare gravă a integrității corporale ori a sănătății uneia sau mai multor persoane, distrugerea totală sau parțială a construcției, distrugerea ori degradarea unor instalații sau utilaje importante, ori alte consecințe deosebit de grave.

(2) Fapta prevăzută în alineatul precedent se pedepsește cu închisoarea de la 10 la 20 de ani și interzicerea unor drepturi, în cazul în care a avut drept urmare distrugerea totală sau parțială a construcției, moartea sau vătămarea gravă a integrității corporale ori a sănătății uneia sau mai multor persoane, distrugerea sau degradarea unor instalații sau utilaje importante, ori alte consecințe deosebit de grave.”

În conformitate cu prevederile art. 19 C.p. fapta este săvârșită cu intenție când infractorul:

a) prevede rezultatul faptei sale, urmărind producerea lui prin săvârșirea acelei fapte

b) prevede rezultatul faptei sale, și deși nu-l urmărește acceptă posibilitatea producerii lui.

Elementul material al laturii obiective constă într-o acțiune: „proiectarea, verificarea, expertizarea, realizarea unei construcții ori executarea de modificări a acesteia, fără respectarea reglementărilor tehnice...”, și nu într-o omisiune.

Așadar ne aflăm în prezența unei acțiuni unitare, în care un subiect calificat efectuează o lucrare într-un anumit mod, fără respectarea reglementărilor tehnice.

Subiectul este calificat pentru că el nu poate fi un necunoscător, ci o persoană cu calificarea și autorizarea

necesare pentru a efectua lucrări de proiectare, verificare, expertizare, etc.

Legiuitorul nu a folosit expresia: „proiectarea, verificarea, expertizarea omițând să țină seama de reglementările tehnice”, ci pur și simplu „fără respectarea reglementărilor tehnice” de unde se desprinde concluzia că autorul infracțiunii a prevăzut care sunt consecințele nerespectării reglementărilor tehnice și a acceptat eventualitatea producerii lor.

Limita dintre un rezultat urmărit și acceptat este extrem de sensibilă și nu totdeauna evidentă. „Modalitatea intenției indirecte este posibilă numai în cazul acțiunilor sau inacțiunilor care, prin felul lor sau datorită modului în care sunt efectuate, ar fi susceptibile de a produce eventual mai multe rezultate. În atari cazuri cel care urmărește unul dintre rezultate, dar prevede ca posibile și celelalte rezultate, și totuși efectuează acțiunea sau inacțiunea respectivă, implicit acceptă riscul eventualei produceri a rezultatelor neurmărite.

A accepta eventualitatea producerii unui rezultat prevăzut, dar neurmărit, înseamnă, deci, abordarea unei atitudini de indiferență față de eventualitatea producerii acelui rezultat. Această atitudine constituie, în raport cu rezultatul eventual, o intenție indirectă”¹.

Deosebirea dintre cele două modalități ale intenției este dată de modul diferit în care se manifestă factorul intelectual față de rezultatele ilicite proprii infracțiunii comise. La intenția directă rezultatele ce caracterizează infracțiunea comisă formează chiar obiectul scopului vizat, iar la intenția indirectă ele se situează în afara obiectului scopului săvârșirii faptei².

¹ V. Dongoroz și colaboratorii, *Explicații teoretice ale Codului penal român*, Editura All Beck, București, 2003, p 106.

² I. Mircea, *Vinovăția în dreptul penal*, Lumina Lex, 1998, p. 115

În cazul culpei urmările caracteristice infracțiunii săvârșite fie sunt percepute numai ca rezultate posibile ale faptei și nu sub aspect infracțional, fie nu sunt percepute deloc.

În cazul culpei fără prevedere subiectul nu va avea față de urmările caracteristice infracțiunii comise nici un fel de poziție sub aspect psihic - volitiv, adică nu își va manifesta nici dorința, nici împotrivirea asupra producerii rezultatului socialmente periculos.

La culpa cu ușurință subiectul are o atitudine negativă, de neacceptare a eventualității producerii unui rezultat care poate întruni elementele unei infracțiuni³.

În doctrina penală se discută de un sens restrâns al noțiunii de rezultat (și care coincide cu rezultatul descris în norma de incriminare) și de un sens larg al noțiunii de rezultat, care constă din simpla săvârșire a infracțiunii. Acest sens larg al noțiunii de rezultat este avut în vedere și de legea penală română la definirea intenției și culpei⁴.

În aceste condiții acceptarea săvârșirii elementului material al infracțiunii așa cum este descris în norma de incriminare echivalează cu acceptarea rezultatului infracțiunii⁵.

*

* *

Cu toate acestea considerăm că textul art. 31 din Legea nr. 10/1995⁶ nu este aplicabil la situația în cauză.

³ I. Mircea, *op. cit.*, p.166.

⁴ G. Antoniu, *Vinovăția penală*, Editura Academiei Române, București, 1995, p.92

⁵ A se vedea Constantin Sima, *Infracțiuni prevăzute în legi speciale*, Lumina Lex, București, 2002, p.186

N. Conea, E. Tanislav, *Infracțiuni prevăzute în legi speciale*, Editura Semne, București, 2000, p.218.

⁶ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 12 din 24 ianuarie 1995.

Astfel, din cuprinsul art. 2 al Legii nr. 10/1995 rezultă că legea se aplică construcțiilor de orice categorie și instalațiilor aferente acestora precum și lucrărilor de modernizare, modificare, transformare, consolidare și de reparații ale acestora.

Utilizarea greșită a unor schele sau retragerea prematură a unor parapete de protecție – cum pare să se fi întâmplat în cazul de față, nu constituie o încălcare a legii privind calitatea în construcții, ci a normelor de protecția muncii.

**PRACTICA JUDICIARĂ ROMÂNĂ ÎN MATERIA
RĂSPUNDERII PENALE A PERSOANEI JURIDICE.
EXEMPLUL RECHIZITORIULUI NR. 168/P/2008 AL
DIRECȚIEI NAȚIONALE ANTICORUPȚIE**

Anca Jurma
Procuror șef serviciu
Direcția Națională Anticorupție

Criminal liability of a legal person is a new and current institution in the Romanian criminal law and it requires attention and interest from the legal bodies.

După intrarea în vigoare a Legii nr. 278/2006 și până în prezent, practica judiciară în materia aplicării dispozițiilor legale privind răspunderea penală a persoanei juridice este foarte restrânsă, neexistând, după cunoștința noastră decât o singură hotărâre definitivă și o hotărâre nedefinitivă, precum și câteva rechizitorii împotriva unor persoane juridice¹.

Tipurile de infracțiuni pentru care au fost până în prezent trimise în judecată și respectiv condamnate unele persoane juridice sunt:

¹ Sent. pen. nr. 105/3.06.2009; Sent. pen. nr. 126/1.07.2009 ale Tribunalului Sibiu, secția penală, rămasă definitivă prin Dec. pen. nr. 4661/85/2008 a Curții de Apel Alba Iulia; Dintre rechizitoriile avute în vedere ca bază pentru analiză, menționăm: rechizitoriile nr. 622/P/2008 din 22.09.2008 și nr. 763/P/2008 din 29.11.2008 ale Parchetului de pe lângă Tribunalul Constanța; rechizitoriul nr. 168/P/2008 din 9.12.2008 al Direcției Naționale Anticorupție; rechizitoriul nr. 65/P/2009 din 3.04.2009 al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de urmărire penală și criminalistică, Serviciul pentru coordonarea activității Ministerului Public în domeniul drepturilor de proprietate intelectuală.

- infracțiuni de piraterie informatică prevăzute de Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe;
- evaziune fiscală
- spălare de bani
- înșelăciune.

Încercând să evidențiem elementele comune ale angajării răspunderii penale a persoanei juridice reținute în sentințele și rechizitoriile menționate, putem constata următoarele:

- în toate cazurile au fost trimise în judecată persoane juridice de drept privat, mai precis societăți comerciale, de regulă, de mici dimensiuni;
- în toate cazurile, răspunderea penală a persoanei juridice a fost atrasă de acțiunea unui organ (asociat, administrator) al acesteia;
- în toate cazurile, fapta/faptele au fost săvârșite în realizarea obiectului de activitate al persoanei juridice;
- în toate cazurile au fost trimise în judecată, respectiv condamnate împreună persoana juridică și persoanele fizice ce au contribuit la săvârșirea aceleiași/acelorași infracțiuni;
- în ambele sentințe pronunțate, singura pedeapsă aplicată a fost amenda.

Vom analiza în continuare modul de aplicare a dispozițiilor privind răspunderea penală a persoanei juridice în rechizitoriul prin care a fost trimisă în judecată o persoană juridică de către Direcția Națională Anticorupție în anul 2008.

1. Rechizitoriul nr. 168/P/2008 al DNA

Prin rechizitoriul din decembrie 2008, DNA a trimis în judecată cinci inculpați - persoane fizice și o inculpată – persoană juridică, pentru săvârșirea infracțiunii de înșelăciune cu consecințe deosebit de grave, în formă continuată, prevăzută de art. 215 alin. 1, 2, 3 și 5 C.p. cu aplicarea art. 41 alin. 2 C.p. În sarcina inculpaților persoane fizice s-a reținut și infracțiunea de inițiere și constituire a unui grup infracțional organizat în scopul comiterii infracțiunii de înșelăciune și obținerii directe de beneficii financiare.

2. Situația de fapt

Procurorii au reținut următoarea situație de fapt. Inculpații A, B și C, persoane fizice, cu antecedente penale legate de comiterea unor infracțiuni în domeniul financiar – bancar, l-au cooptat în activitatea lor infracțională pe inculpatul D, asociat unic și administrator al *societății comerciale cu răspundere limitată X* pentru ca, prin intermediul acestei societăți, să obțină profituri frauduloase din înșelarea unor societăți de leasing, prin efectuarea de vânzări fictive de utilaje industriale către acestea.

Modul de operare al inculpaților, așa cum a fost reținut în rechizitoriu, reprezintă o schemă de fraudare de tip carusel, foarte complex, în care erau implicate societăți comerciale așa-zis „furnizoare” ale acelor utilaje, societatea așa-zis „proprietară” (societatea X), societățile de leasing (prejudiciate prin comiterea acestor infracțiuni) și societățile așa-zis „beneficiare” ale utilajelor (majoritatea fiind societăți fără activitate economică reală). Inculpații A, B și C care, deși nu aveau nicio poziție oficială în cadrul societății X, controlau această societate, cu știința și participarea

administratorului acesteia, inculpatul D, care semna toate documentele, dețineau totodată și controlul asupra administratorilor așa-ziselor societăți beneficiare și furnizoare pe care îi plăteau pentru participarea lor la schema infracțională.

În concret, societatea X, care dispunea de un anumit număr de utilaje industriale (concasoare, excavatoare, boldo-excavatoare), parte din ele fiind furate din Italia, parte fiind doar împrumutate de la adevărații proprietari doar pentru a fi expuse în show-room și arătate cumpărătorilor, încheia contracte de vânzare-cumpărare cu unele societăți de leasing, în favoarea altor societăți comerciale care ar fi urmat să devină beneficiarii contractului de leasing, să folosească utilajele și să plătească ratele aferente leasingului. Utilajele nu părăseau de fapt niciodată show-room-ul societății X, ci doar le erau schimbate plăcuțele cu seriile de identificare atunci când trebuiau vândute din nou. De îndată după semnarea contractelor cu societățile de leasing, acestea plăteau în contul societății X contravaloarea utilajului vândut. Societatea X transfera suma de bani în contul societății care „i-ar fi furnizat” utilajele respective, ca plată pentru o operațiune evident fictivă. Ulterior, inculpata A, folosind datele de identitate și ștampila societății „furnizoare”, retrăgea din contul bancar al acesteia sumele de bani astfel intrate, sume care rămâneau la dispoziția celor patru inculpați și societății X.

Pentru a nu ridica suspiciuni societăților de leasing, inculpații puneau la dispoziție societăților beneficiare anumite sume de bani pentru ca aceștia să-și plătească ratele de leasing. În același timp, societatea X, prin activitățile desfășurate de inculpații A, B, C și D, revindeau aceleași utilaje, schimbându-le plăcuțele cu

seria de identificare, aceluiași sau altor societăți de leasing, folosind același mecanism fraudulos. Beneficiind de pregătirea economică a inculpatei A, societatea X demonstrează partenerilor comerciali (societățile de leasing), prin documentația economică și bancară bine pusă la punct, că este o societate cu o bogată activitate economică și cu bonitate financiară. În acest fel, societatea X a încheiat 25 de contracte de vânzare-cumpărare prin care a vândut 28 de utilaje industriale, încasând suma de 3.392.000 €.

Prin rechizitoriu, s-a reținut răspunderea penală a societății comerciale X întrucât, „în realizarea obiectului de activitate și în numele acesteia, a fost folosită de către administratorul D în scopul înșelării societăților de leasing, acțiuni prin care s-a produs un prejudiciu în valoare totală de 14.678.646,63 RON, echivalentul a 4.036.480 €”, faptă care întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de înșelăciune cu consecințe deosebit de grave în formă continuată.

3. Elementele răspunderii persoanei juridice

a) Persoana juridică responsabilă

În speța de față, persoana juridică a cărei răspundere penală este pusă în discuție este o persoană juridică de drept privat, respectiv o societate comercială și, ca atare, nu face parte din categoriile persoanelor juridice exceptate de la răspundere conform art. 19¹ alin. 1 C.p.

b) Persoana – persoanele fizice care au atras răspunderea penală a persoanei juridice

După cum se menționează în rechizitoriu, răspunderea penală a societății X a fost atrasă de administratorul acesteia care „a folosit” societatea în scopul înșelării societăților de leasing.

Reamintim că art. 19¹ al Codului Penal român nu conține nici un criteriu de limitare a categoriei persoanelor fizice a căror conduită este de natură a antrena răspunderea persoanei juridice. Nu se precizează ce tip de raport juridic ar trebui să lege persoana fizică care comite fapta în realizarea obiectului de activitate sau în interesul ori în numele persoanei juridice de aceasta din urmă, motiv pentru care am considerat că poate atrage răspunderea penală a persoanei juridice orice persoană aflată sub autoritatea acesteia, orice prepus al acesteia sau chiar orice persoană s-ar afla într-o *relație de drept sau de fapt* cu persoana juridică și, în această calitate, ar acționa în realizarea obiectului de activitate, în interesul sau în numele ei.

Constatăm că procurorii au determinat răspunderea societății comerciale prin raportare la conduita unei persoane fizice care este în același timp *organ* al acesteia, respectiv *administratorul*, procedeu fără îndoială corect. Administratorul societății X, nu doar că a cunoscut activitatea desfășurată de cei inculpați A, B și C, dar a contribuit el însuși la comiterea faptelor, semnând actele care atestau efectuarea unor operațiuni economice fictive. Dacă suntem de acord cu punctul de vedere al procurorilor sub acest aspect, ne exprimăm în același timp opinia în sensul că, și dacă administratorul nu ar fi avut o *participare materială efectivă* la comiterea faptelor, răspunderea penală a societății X ar fi putut fi atrasă de faptele comise de cei trei inculpați care nu dețineau nicio poziție oficială în cadrul societății, dar, așa cum rezultă din probele din dosar, au acționat în permanență în numele acestei societăți. Din declarația unor martori rezultă că inculpata A se prezenta în relațiile cu societățile de leasing, societățile de asigurări și cu băncile ca *doamna A de la societatea X*. Este evident că,

în speță, inculpații A, B și C se aflau într-o *relație de fapt* puternică cu societatea X, exercitau *controlul real, de facto, asupra societății*, ceea ce constituie, după părerea noastră, un temei suficient pentru angajarea răspunderii penale a societății inculpate, desigur, în măsura în care sunt întrunite și celelalte condiții ale răspunderii.

c) Săvârșirea faptei în realizarea obiectului de activitate, în interesul sau în numele persoanei juridice

Pentru ca societatea X să poată fi sancționată penal, persoana fizică, în cazul nostru inculpatul D, trebuie să fi acționat fie în realizarea obiectului de activitate al societății, fie în interesul ori în numele acesteia. În speță, obiectul principal de activitate al societății X, așa cum a fost declarat la Registrul Comerțului, este „*Activități de închiriere și leasing cu mașini și echipamente pentru construcții*”. În realitate, faptele pentru care urmează să fie angajată răspunderea societății X nu au fost comise în legătură cu activități de închiriere sau de leasing, ci de vânzare a unor mașini și echipamente industriale. Considerăm că diferența între *obiectul de activitate al societății* declarat și activitatea în desfășurarea căreia aceasta a comis infracțiunea este nesemnificativă, fiind vorba de forme ale aceluiași domeniu, comercializarea de echipamente industriale. Ca atare, putem spune că infracțiunea a fost săvârșită în realizarea obiectului de activitate al societății. În ceea ce privește condiția alternativă a comiterii infracțiunii *în interesul persoanei juridice*, este discutabil dacă faptele au fost săvârșite în interesul societății X, având în vedere că, așa cum rezultă din rechizitoriu, în contul acestei societăți au fost găsite, cu ocazia instituirii sechestrului asigurator, numai aproximativ 12.000 Euro și 3.000 lei.

Este evident în schimb, din modul de operare descris în rechizitoriu, că în speță, societatea X a fost folosită de inculpații persoane fizice ca un *vehicul* pentru obținerea de către aceștia a unor profituri frauduloase. Dintre cele trei condiții alternative cerute de lege pentru angajarea răspunderii penale a societății, cea mai aproape de situația de fapt este săvârșirea infracțiunii *în numele* acesteia. În mod neîndoielnic, atât inculpatul D, administratorul societății X, cât și inculpații A, B și C au desfășurat toate operațiunile frauduloase prevalându-se de numele societății X, angajând contractual societatea X.

d) Latura subiectivă

Forma de vinovăție cerută de lege pentru existența infracțiunii de înșelăciune este *intenția*. Pentru a analiza săvârșirea de către societatea comercială X a infracțiunii de înșelăciune cu forma de vinovăție prevăzută de lege, trebuie să ne întoarcem la persoana fizică a cărei acțiune este de natură să atragă răspunderea societății. În rechizitoriu, această persoană a fost reținută ca fiind inculpatul D, administratorul societății. Așa cum am mai arătat, în situația în care persoana fizică a cărei acțiune sau inacțiune atrage răspunderea persoanei juridice este chiar *organul* acesteia, vinovăția organului (existența și forma cerută de lege a vinovăției) este și vinovăția persoanei juridice. În speță, inculpatul D a comis infracțiunea de înșelăciune cu intenție, fiind de altfel și trimis în judecată pentru acest fapt. În consecință, putem aprecia că, prin reflex, societatea X a comis infracțiunea de înșelăciune cu intenție. Dacă, așa cum am precizat mai sus, procurorul ar fi apreciat că răspunderea în acest caz a societății X este atrasă de acțiunile inculpaților A, B și C care se află într-o relație de fapt cu

societatea, atunci vinovăția acesteia ar fi trebuit să fie determinată de măsura în care organul de conducere al societății, respectiv același inculpat D, asociat unic și administrator al societății a *acceptat, tolerat, încurajat comiterea faptei*. Și aceste elemente sunt întrunite în situația de fapt dată, așa cum rezultă din probele dosarului.

e) Concursul între răspunderea persoanei juridice și cea a persoanei fizice-agent

Potrivit art. 19¹ alin. 2 C.p., răspunderea penală a persoanei juridice nu exclude răspunderea penală a persoanei fizice care a contribuit, în orice mod, la săvârșirea aceleiași infracțiuni. În cazul dat, procurorii au trimis în judecată atât persoana juridică – societatea X, cât și persoanele fizice care au contribuit la săvârșirea aceluiași infracțiuni, respectiv inculpații A, B, C și D. Trimiterea în judecată a societății X ar fi fost posibilă chiar și fără trimiterea în judecată a inculpatului D, în legătură cu care s-a reținut că a atras prin actele sale răspunderea societății, dacă, prin ipoteză, acesta s-ar fi sustras urmăririi penale.

f) Reprezentarea judiciară și citarea

Conform art. 479² C.p.p., persoana juridică este reprezentată la îndeplinirea actelor procesuale și procedurale de reprezentantul său legal, iar dacă urmărirea penală este începută și față de acesta pentru aceeași faptă sau fapte conexe, reprezentarea persoanei juridice este făcută de un mandatar ales de aceasta. În speță, reprezentantul legal al societății X, administratorul și asociatul unic al societății a fost trimis în judecată pentru aceeași faptă, alături de persoana juridică, motiv pentru care nu putea asigura reprezentarea societății în

fața procurorului și a instanței penale. Societatea X nu și-a ales un mandatar pentru a o reprezenta. În această situație, în baza art. 479² alin. 4 C.p.p., procurorul a desemnat un practician în insolvență autorizat de lege, respectiv o societate de lichidare judiciară. Procurorul a indicat ca loc de citare a inculpatei persoană juridică, sediul social al mandatului – societatea de lichidare judiciară.

În ceea ce privește reprezentarea societății de către un practician în insolvență (un lichidator judiciar), în cursul judecării s-au ridicat câteva probleme datorate caracterului de noutate al acestei prevederi legale. Astfel, s-a pus problema dacă lichidatorul judiciar desemnat de procuror să reprezinte societatea ar trebui să asigure totodată și supravegherea sau administrarea societății pe parcursul procesului. În mod corect instanța a decis că legea nu îi dă practicianului în insolvență acest drept. Singurul rol pe care îl are practicianul în insolvență, atunci când este chemat să reprezinte persoana juridică învinuită sau inculpată, este de a asigura participarea „personală” a entității colective în fața organelor judiciare, de a fi interlocutorul organelor judiciare la îndeplinirea actelor procedurale și procesuale care privesc persoana juridică a cărei răspundere penală se află în discuție. Mai mult decât atât, dacă, în paralel cu procesul penal pornit împotriva unei persoane juridice s-ar desfășura și o procedură civilă de faliment, nu poate fi desemnat același practician în insolvență atât ca administrator judiciar sau lichidator în procedura de faliment, cât și ca mandatar al aceleiași persoane juridice învinuite sau inculpate în procesul penal, întrucât s-ar afla într-o situație de conflict de interese. Nu poți reprezenta în același timp și interesele creditorilor și pe cele ale persoanei juridice aflate într-o dublă dificultate.

g) Măsuri preventive, măsuri asigurătorii

În cursul urmăririi penale nu a fost luată împotriva societății X nicio măsură preventivă. În cursul judecății însă, fiind informată cu privire la desfășurarea în paralel a unei proceduri civile de faliment, declanșată de creditorii societății X, instanța a dispus măsura prevăzută de art. 479⁵ alin. 1 lit. a), respectiv suspendarea procedurii de dizolvare sau lichidare a persoanei juridice.

În cursul urmăririi penale, a fost în schimb luată măsura sechestrului asupra sumelor de bani existente în contul acesteia, în vederea asigurării recuperării prejudiciului produs prin infracțiune.

UN CAZ DE OPOZIȚIE ÎNTRE NORMA COMUNITARĂ ȘI DREPTUL NAȚIONAL

Liviu Popescu

Procuror la

Parchetul de pe lângă

Înalta Curte de Casație și Justiție

The author examines the implications of the Decision no. 1258 dated 8/10/2009 of the Constitutional Court which established the unconstitutionality of the general frame of the *Law no. 298/2008 on the retention of data generated or processed by the providers of electronic communications services* as well as of the amendment to the *Law no. 506/2004 on the processing of personal data and privacy in the electronic communications sector*.

În analiză, implicațiile Deciziei Curții Constituționale nr. 1258 din 8.10.2009 prin care s-a constatat neconstituționalitatea, *în ansamblul ei*, a Legii nr. 298/2008, privind reținerea datelor generate sau prelucrate de furnizorii de servicii de comunicații electronice destinate publicului sau de rețele publice de comunicații, precum și pentru modificarea Legii nr. 506/2004 privind prelucrarea datelor cu caracter personal și protecția vieții private în sectorul comunicațiilor electronice.

*

* *

I. În conformitate cu dispozițiile art. 147 alin. (1) din Constituție „*Dispozițiile din legile și ordonanțele în*

vigoare, precum și cele din regulamente, constatate ca fiind neconstituționale, își încetează efectele juridice la 45 de zile de la publicarea deciziei Curții Constituționale dacă, în acest interval, Parlamentul sau Guvernul, după caz, nu pun de acord prevederile neconstituționale cu dispozițiile Constituției. Pe durata acestui termen, dispozițiile constatate ca fiind neconstituționale sunt suspendate de drept.”

Așadar, raportul dintre deciziile Curții Constituționale și lege, sub aspectul efectelor juridice, este simplu. Problema, însă, se complică, în speță, pentru că Legea nr. 298/2008 transpune, în plan național, Directiva 2006/24/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 15 martie 2006 (anexată).

Prin urmare, *oposiție* între legislația comunitară și decizia națională.

II. În conformitate cu dispozițiile art. 189 (249) alin. (3) din Tratatul asupra Uniunii Europene, „*directiva impune oricărui Stat Membru rezultatul care trebuie atins, lăsând instanțelor naționale competențele utilizate în acest scop*”¹.

În funcție de *acuratețea* actului de legiferare, sunt posibile două variante:

1. parlamentul național adoptă acte și măsuri legislative care, urmărind „*rezultatul care trebuie atins*” fixat prin directiva europeană, *trădează*, totuși, spiritul acesteia.

2. normele adoptate pe plan intern reflectă *fidel* norma europeană (uneori, chiar *mot a mot*).

1. Presupunând că actul normativ adoptat de către legiuitorul național (în speță, Legea nr. 298/2008) aduce cu sine *nuanțe străine* directivei europene care, tocmai

¹ **Marcu, V.** ș.a., „*Instrumente judiciare fundamentale ale Uniunii Europene*”, Lumina Lex, Buc., 2003, p. 165 (art. 189/249).

acestea, sunt declarate neconstituționale, este sarcina parlamentului să revină asupra legii, în vederea concilierii obiectivelor comunitare cu exigențele constituționale.

2. Dacă, însă, legea adoptată reflectă cu fidelitate norma europeană și, totuși, este declarată neconstituțională, în esența ei, se naște un **veritabil conflict** între dreptul comunitar și cel intern.

Rezolvare:

În conformitate cu dispozițiile art. 147 alin. (4) din Constituție, deciziile Curții Constituționale sunt **general obligatorii**. Nu mai există, actualmente, niciun instrument juridic de invalidare a deciziilor instanței constituționale, cum era cel prevăzut în Constituție *anterior* revizuirii din 2003 (e drept, doar pentru procedura verificării legilor *înainte* de promulgare)².

Tocmai pentru necesitatea conformării deciziilor naționale la deciziile comunitare a fost introdus, de exemplu în materie penală, un nou caz de *revizuire*, cel prevăzut de art. 408¹ C.p.p..

Așadar, pe fondul inexistenței unui instrument juridic de anulare a deciziilor Curții Constituționale, trebuie creat unul și anume doar prin modificarea Constituției.³

Până la revizuirea Constituției, statul riscă *amenda*⁴. Cu alte cuvinte, *sanctiuni nepolitice*.

² Conform art. 145 alin. (1) din Constituția României, *anterior* revizuirii, „în cazurile de neconstituționalitate constatate potrivit art. 144 lit. a și b, legea sau regulamentul se transmite spre reexaminare. Dacă legea este adoptată în aceeași formă, cu o majoritate de cel puțin două treimi din numărul membrilor fiecărei Camere, obiecția de neconstituționalitate este înlăturată, iar promulgarea devine obligatorie”.

³ Desigur, procesul de revizuire poate fi inițiat, dar nimeni nu poate garanta că sufragiul popular va consolida intenția politică, în sensul restrângerii drepturilor fundamentale.

⁴ **Marcu, V. ș.a.**, *op. cit.*, p. 156 (art. 171/228).

În conformitate cu normele constituționale actuale, într-un singur caz – art. 20 alin. 2 (excepțiile sunt de strictă interpretare) reglementările internaționale prevalează asupra normelor interne și anume în materialele tratatelor internaționale privind drepturile omului și doar dacă acelea sunt mai favorabile (ceea ce, în speță, nu e cazul, *ba chiar dimpotrivă*).

Per a contrario, articolul 20 alin (2) din Constituție stipulează **prevalența normelor naționale** asupra reglementărilor internaționale în materia drepturilor fundamentale ale omului, dacă acelea sunt mai favorabile.⁵

În ceea ce privește *celelalte* obligații asumate de către România prin tratate internaționale (*altele* decât în materia drepturilor fundamentale, mai favorabile) sunt aplicabile dispozițiile art. 11 alin. (2) din Constituție care stipulează:

„Tratatele ratificate de Parlament, potrivit legii, fac parte din *dreptul intern*”.

Așadar, *se supun Constituției și nu invers*, în conformitate cu dispozițiile art. 1 alin. (5) din Constituție care consacră **principiul supremației Constituției** în dreptul intern.

III. **Pe fond**, trebuie gândită problema restrângerii drepturilor fundamentale ale omului (viața privată, secretul corespondenței) în raport de **garanțiile** consacrate constituțional (prezumția de nevinovăție – art. 23 alin. (11) și principiul proporționalității restrângerii drepturilor fundamentale – art. 53 alin. (2)).

Două probleme:

⁵ Art. 20 alin. (2) din Constituție consacră: „Dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și legile interne, *au prioritate* reglementările internaționale, cu *excepția cazului în care Constituția sau legile interne conțin dispoziții mai favorabile*.”

1. Filosofia Directivei 2006/24/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 15 martie 2006 (și, subsecvent, a Legii nr. 298/2008) e simplă: în scopul combaterii infracționalității, e util ca aparatul de presiune să dispună de informații privind legăturile personale ale **tuturor** cetățenilor. Aceste informații trebuie stocate la operatorii de comunicații și accesate după trebuință, de către stat.

Trei obiecțiuni:

a) *Posibilul înlocuiește realul* și devine temei pentru acțiunea politică (de legiferare).

În realitate, imensa majoritate a cetățenilor este inocentă și bună plăitoare de taxe și impozite (din care trăiește statul), iar infractorii reprezintă o infimă minoritate. Directiva 2006/24/CE schimbă raporturile: toți cetățenii sunt *posibili infractori* și deci trebuie supravegheați ca să poată fi trași la răspundere. Este abolită realitatea (că imensa majoritate a cetățenilor sunt onești și ar trebui să se bucure de integralitatea drepturilor fundamentale) și, împreună cu aceasta, *prezumția de nevinovăție*. În numele **zeului eficienței** instituționale, este sacrificată, la nivel de politică de stat, demnitatea umană și înlocuită cu *prezumția de vinovăție potențială a fiecărui individ*.

b) *Proporționalitatea* dintre măsurile restrângătoare de drepturi și situația care le-a generat (art. 53 alin. (2) din Constituția României și jurisprudența constantă a C.E.D.O. în aplicarea art. 8 al Convenției Europene a Drepturilor Omului⁶) nu este justificată. Nu o anumă situație a generat o anumă restrângere *ut singuli*, ci avem de a face cu o declarație de principiu a statelor care se recunosc ineficiente în combaterea, cu mijloace

⁶ Vz. **Bîrsan, Corneliu** „Convenția Europeană a Drepturilor Omului”, vol. I, Ed. C.H. Beck, Buc., 2005, p. 686 – 695.

tradiționale, a infraționalității și, invocând propriile neputințe și refuzând să le remedieze, *pretind instrumente sporite de supraveghere generalizată*. Până unde se poate merge cu o astfel de filosofie?

Până la microcipuri implantate în corpul uman pentru a se ști exact toate *traseele* pe care circulă orice persoană? Până unde vor să ajungă *paznicii cetății*, până la *controlul minții* tuturor cetățenilor, prefigurat în literatura lui George Orwell, în numele „*binelui comun*”?

Să nu fi învățat nimic umanitatea din istoria dictaturilor pe care le-a traversat, și anume că **toate** și-au afirmat *bunele intenții* numai și numai pentru a realiza mai temeinic *controlul* asupra propriilor cetățeni, pentru a le suprima *libertatea*?

c) În plus față de filosofia Directivei 2006/24/CE, legiuitorul român are și un *ciudat simț al umorului*, lăsând toate cheltuielile ocazionate de stocarea imensă a tuturor datelor personale pe seama persoanelor supravegheate (*și supravegheate și cu banii luați*), nu a statului (care este singurul beneficiar), ceea ce echivalează cu un impozit indirect.

2. Pe baze consensuale (contractuale), **și acum** operatorii de servicii (companii de internet și telefoane, biblioteci publice, policlinici și spitale, bănci etc.) stochează datele personale ale utilizatorilor, fără ca această practică să ridice suspiciuni de poliție politică. Diferența față de actele normative în discuție este că practica de până acum era consensuală și nu obligatorie prin lege, precum și faptul că, în esență, aceleași măsuri (de stocare) își schimbă *finalitatea* (dintr-una comercială pe baze consensuale într-una de combatere a fenomenului infrațional), ceea ce pune într-o *lumină nouă* felul în care statul își privește proprii cetățeni și anume ca pe niște posibili infractori. Într-o asemenea nouă viziune, în

viitor orice măsură nouă de supraveghere (microcipul implantat în corpul uman) va putea fi argumentată. Inteligenți care să o justifice se vor găsi.

**PREZENTAREA MATERIALULUI DE
URMĂRIRE PENALĂ UNOR INCULPAȚI
ARESTAȚI ÎN STRĂINĂTATE**

Daniela Eugenia Bădica

Procuror șef birou la
Parchetul de pe lângă
Înalta Curte de Casație și Justiție

In general, investigation of criminal cases that imply foreign elements have a greater degree of difficulty and complexity. One of the problems often encountered in recent years is that of the presentation of the prosecuting material to the accused arrested in the territory of a foreign state, where he/she executes a custodial sentence.

În general, instrumentarea cauzelor penale cu elemente de extraneitate prezintă un grad sporit de dificultate și complexitate. Una dintre problemele destul de des întâlnite în ultimii ani este aceea a prezentării materialului de urmărire penală inculpatului arestat pe teritoriul unui stat străin, aflat în executarea unei pedepse privative de libertate.

Instrumentele juridice internaționale existente în domeniul cooperării judiciare internaționale în materie penală oferă câteva soluții, care deși nu acoperă toate situațiile pe care practica le poate întâlni, trebuie analizate și utilizate de la caz la caz în vederea asigurării unei soluționări operative, dar și legale și eficiente a cauzelor.

Astfel, o primă soluție existentă este aceea a **transferului de proceduri**, permis și reglementat atât de Legea nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală modificată și republicată (art. 109-113), cât și de o serie de tratate bilaterale și convenții multilaterale, care stabilesc o serie de condiții pentru admisibilitatea cererii statului solicitant, dar și obligații în sarcina statului solicitat. Situația transferului de proceduri într-o cauză în care inculpatul este arestat pe teritoriul altui stat este de altfel expres reglementată în Convenția europeană privind transferul de proceduri în materie penală, adoptată la Strasbourg la 15 mai 1972, ratificată prin O.G. nr. 77 din 30 august 1999 (art. 8 alin. 1 pct. c).

O a doua soluție oferită de legislația internațională este cea a **predării/transferării temporare a persoanei**, reglementată atât de Cel de-al doilea Protocol Adițional la Convenția europeană de asistență judiciară în materie penală, adoptat la Strasbourg la 08.11.2002 (art. 3), cât și de Convenția europeană de extrădare, adoptată la Paris la 13 decembrie 1957 (art. 19 alin. 2), cât și de Decizia-cadru 2002/584/JAI a Consiliului din 13 iunie 2002 privind mandatul european de arestare și procedurile de predare între statele membre (art. 24 alin. 2).

În ceea ce privește practica unităților de parchet din țara noastră, soluția cea mai des utilizată în ultima vreme pare a fi prezentarea materialului de urmărire penală prin comisie rogatorie internațională, cu asistarea reprezentanților organelor de cercetare penală române. Trebuie subliniat faptul că legislația existentă nu reglementează această formă de cooperare, dar nici nu o interzice. Prin urmare, în cadrul întâlnirilor Rețelei Judiciare Române în materie penală am supus dezbaterii

această posibilă soluție pentru a afla opinia membrilor acestei rețele, judecători și procurori cu atribuții în domeniul cooperării judiciare internaționale și nu numai.

Au fost conturate trei puncte de vedere:

1. au existat opinii care au respins categoric o astfel de soluție motivând faptul că ea nu este reglementată și recunoscută de procedura penală română;

2. au existat practicieni care s-au exprimat în sensul admiterii din punct de vedere legal a unei astfel de soluții, dar au respins-o din punct de vedere al ineficienței ei pe termen lung, în sensul că, în situația în care, foarte probabil, inculpatul va fi trimis în judecată, acesta nu se va putea prezenta la judecarea cauzei;

3. au existat magistrați care au apreciat ca legală și utilă o astfel de soluție, cu condiția ca inculpatului să îi fie respectat pe deplin dreptul la apărare.

Așa cum precizăm mai sus, apreciez că legislația existentă, deși nu reglementează în mod expres, nici nu interzice prezentarea materialului de urmărire penală prin comisie rogatorie internațională. Trebuie însă avut în vedere faptul că, pe de o parte nu toate legislațiile străine cunosc instituția prezentării materialului de urmărire penală, putând apărea dificultăți de înțelegere a obiectului cererii, iar pe de altă parte, asigurarea dreptului la apărare poate genera interpretări diferite (este obligatorie asigurarea asistenței juridice a inculpatului? de către un avocat al statului solicitat sau solicitant?) și chiar tergiversări și cheltuieli uneori nejustificate (transportul, cazarea, diurna anchetatorilor români, traducerea cererii de comisie rogatorie internațională și a dosarului cauzei atât în limba statului solicitat, cât și, atunci când este cazul, în limba vorbită de inculpat etc.).

INVESTIGATOR SUB ACOPERIRE. MARTOR. NECONSTITUȚIONALITATE

Valerică Dabu

Conferențiar universitar doctor
Doctorand **Petre Dragoș Voinescu**
Prim procuror adjunct al
Parchetului de pe lângă
Tribunalul București

The authors address the undercover investigator's institution in terms of fair trial rights and the principles of the criminal trial, thus showing that limiting this right in certain circumstances and particularly in the case of hearing as a witness for the undercover investigator must be balanced by effective and efficient safeguards to ensure fairness and balance as appropriate. In their opinion authors criticize the current regulations of the hearing as a witness to the undercover investigator, in terms of constitutionality by actually showing some guarantees are lacking in this respect. It is claimed that witness protection should be effective and efficient but hiding the identity should be made only until the actual moment of the hearing and after the hearing by changing the residence, home, workplace, etc. The authors argue that the hearing should be made public and under real identity by ensuring the necessary and sufficient protection measures both physical and mental.

Positive obligation of the state is truly achieved only if these conditions ensure the physical, physical and legal protection of the anonymous witness in line with the requirements of the other principles of law. In the case of the undercover investigator, he took some risks and is prepared and equipped to face them, including the case when hearing is made with the disclosure of the real identity and only in exceptional situations some protection is required. The authors make some interesting proposals *de lege ferenda*, bringing text connected arguments based on reason and on legal practice mainly of European Court but also of Romanian courts.

Abstract

Autorii abordează instituția investigatorului sub acoperire prin prisma dreptului la un proces echitabil și principiile procesului penal evidențind că limitarea acestui drept în anumite situații și în mod deosebit al audierii ca martor al investigatorului trebuie să fie compensată de garanții efective și eficiente pentru a asigura echitatea și respectiv echilibru după caz. În opinia lor autori critică actualele reglementări a audierii investigatorului sub acoperire, ca martor, sub aspectul constituționalității arătând concret câteva garanții ce lipsesc în acest sens. Se susține că protecția martorului să fie efectivă și eficientă, însă ascunderea identității să fie până în momentul audierii și după audiere prin schimbarea acesteia, reședință, domiciliu, loc de muncă etc. Ei susțin că audierea să fie publică și sub identitatea reală cu asigurarea măsurilor de asigurare a protecției

fizice și psihice necesare și suficiente. Obligația pozitivă a statului este cu adevărat realizată dacă asigură în aceste condiții protecția fizică, psihică și chiar juridică a martorului anonim. În cazul investigatorului sub acoperire acesta și-a asumat niște riscuri și este pregătit și dotat să le înfrunte, iar numai în situații de excepție necesită o anumită protecție din partea statului. Autorii fac și unele propuneri *de lege ferenda* interesante aducând argumente de text, de rațiune cât și de practică judiciară în special a Curții Europene, dar și a unor instanțe române.

Întrucât în practică au apărut cazuri când organele de urmărire penală audiază ca martori investigatorii sub acoperire, nu cu identitatea reală, ci sub o altă identitate valabilă pe o perioadă limitată prevăzută în autorizație, în cele ce urmează vom aborda câteva probleme legate¹ de aceasta și implicațiile ei inclusiv constituționalitatea unor dispoziții în materie. Nu vom aborda expres problemele apărute referitor la constituționalitatea dispozițiilor privind audierea martorului cu o altă identitate atribuită, și nici la ascultarea martorului „prin intermediul unei rețele de televiziune cu imaginea și vocea distorsionate, astfel încât să nu poată fi recunoscut.” De aceea ne vom limita la analiza sub aspectul constituționalității a unor dispoziții ale art. 86¹ pct. 7 și art. 86² C.p.p. respectiv la audierea investigatorilor sub acoperire „ca martori cărora li s-a atribuit o altă identitate.”

¹ Pentru alte probleme legate de investigatorii sub acoperire a se vedea: **Daniel Voica**, *Investigatorul sub acoperire, o nouă instituție a dreptului procesual penal român*, și **Angela Hărăstășanu, Ovidiu Predescu**, *Investigatorul sub acoperire. Rolul instanțelor de judecată privind activitatea acestuia*, ambele în Revista Dreptul nr. 5/2004, **I. Lascu**, *Investigatorii acoperiți*, în R.D.P. nr. 3/2003;

Credem că într-o societate democratică² măsurile de protecție a investigatorului sub acoperire nu trebuie să afecteze *aflarea adevărului, drepturile și libertățile victimei*, dar nici *dreptul la apărare* al inculpatului și cerințele unui *proces echitabil*³. În doctrină se cere ca „procedura în ansamblu trebuie să prezinte un *caracter echitabil* între acuzare și apărare”⁴, dar și o *protecție egală prin lege* atât a victimei cât și a făptuitorului⁵. De aceea socotim că *este necesar un echilibru* între măsurile de protecție și procedurile prevăzute pentru a se *respecta concomitent și în egală măsură* atât pentru făptuitor cât și pentru victimă principiul aflării adevărului, dreptul la

² Curtea Europeană a Drepturilor Omului a subliniat în mod repetat că dreptul la un proces echitabil ocupă un „loc eminent într-o societate democratică” fiind „un ideal de justiție adevărată, care respectă drepturile omului.” **Jean-François Renucci**, *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Editura Hamangiu, București, 2009, p. 378.

³ Potrivit art. 21 pct. 3 din Constituția României și art. 6 din C.E.D.O. dreptul la un proces echitabil este un drept fundamental, dar și o puternică garanție procedurală de nivel constituțional în protejarea drepturilor omului. S. Guinchard susține că procesul echitabil este o garanție formală și un drept substanțial. **S. Guinchard**, *Le procès équitable, garantie formelle ou droit substantiel*, Compediu Farjat, Philosophie du droit et droit économique: quel dialogue?, ed. Frison-Roche 1999, p.39. Referindu-se la dreptul la un proces echitabil într-o speță Înalta Curte de Casație și Justiție a dispus: „Potrivit dispozițiilor art. 6 parag. 3 lit. d) din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, referitoare la dreptul la un proces echitabil, orice acuzat are dreptul, între altele, să întrebe sau să solicite audierea martorilor acuzării. În raport cu aceste dispoziții, dacă martorii acuzării au fost audiați numai în cursul urmăririi penale, în lipsa inculpatului, iar în cursul judecății acești martorii nu au fost audiați, instanța neputând mijloacele legale pentru aducerea lor spre a fi audiați în prezența inculpatului, nu sunt respectate exigențele dreptului la un proces echitabil, prevăzute în art. 6 parag. 3 lit. d) din Convenție. Î.C.C.J., Secția pen., decizia nr. 5023 din 26 octombrie 2007, în *B.J. Culegere de decizii pe anul 2007*, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 840.

⁴ **Jean-François Renucci**, *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Editura Hamangiu, București, 2009, p. 514.

⁵ În art.7 din Declarația Universală a Drepturilor Omului se dispune: „Toți oamenii sunt *egali în fața legii* și au, fără nicio deosebire, dreptul la o *egală protecție a legii*.”

apărare, dreptul la un proces echitabil, principiul egalității armelor, principiul contradictorialității, principiul cercetării judecătorești de către o instanță independentă, obiectivă și imparțială, principiul rolului activ în strângerea și administrarea probelor în apărare cât și în acuzare, principiile criminalistice și tacticii criminalistice a administrării, interpretării și aprecierii probelor și nu în ultimul rând principiul legalității administrării probelor. Fără discuție actuala reglementare a instituției investigatorului sub acoperire *conține unele garanții procesuale* pentru evitarea eventualelor abuzuri și a arbitrariului în respectarea principiilor mai sus arătate și respectiv a garanțiilor constituționale, *însă în opinia noastră sunt insuficiente, și ca urmare unele dispoziții în materie sunt susceptibile de neconstituționalitate*. De asemenea noi nu negăm necesitatea și utilitatea investigatorului sub acoperire, dar socotim că trebuie acompaniată de o serie de garanții procesuale necesare și suficiente.

I. Astfel o primă problemă ar fi legată de *garanțiile care trebuie să asigure imparțialitatea* investigatorului sub acoperire atât în calitatea de investigator, dar și în aceea de eventual martor la ceea ce a perceput în această misiune, garanții pe care în actuala reglementare le considerăm insuficiente astfel:

a) având în vedere apartenența la poliția judiciară a celui numit ca investigator sub acoperire, subordonarea, controlul și directivarea dublă⁶ a acestuia (administrativă

⁶ Într-un studiu recent se arată: „Martorii anonimi care fac parte din organele poliției sunt cunoscuți sub denumirea de „agenți infiltrați”. Curtea Europeană a adoptat o atitudine mai strictă în privința asigurării contradictorialității cu ocazia administrării declarațiilor „agenților infiltrați”, deoarece, spre deosebire de „martorii anonimi obișnuiți”, aceștia au o *îndatorire generală de subordonare față de autoritățile executive statale*, în special față de Ministerul public, ceea ce impune utilizarea lor doar în

și procesual-penală) socotim că trebuie instituite garanții care să asigure o *imparțialitate, obiectivitate* a investigatorului, precum și unele *limite clare, precise* de acțiune sau inacțiune conform principiilor dreptului; din acest punct de vedere constatăm că din păcate se face o separare de funcții numai între organele de cercetare penală și investigatorii sub acoperire din cadrul poliției judiciare. Potrivit art. 224¹ pct. 2 C.p.p. investigatorii sub acoperire sunt *lucrători operativi* din *cadru poliției judiciare*, care pot fi folosiți numai pe o perioadă determinată, în limitele autorizării date de procuror pentru a „culege date și informații”⁷ în condițiile prevăzute de art. 224² și 224³ C.p.p. Din aceste dispoziții rezultă că nu pot fi investigatori acoperiți, organele de cercetare ale poliției judiciare și nici alți polițiști sau salariați civili *ce nu fac parte din poliția judiciară*. Este normal să fie așa deoarece această incompatibilitate este instituită pentru a asigura de asemenea imparțialitatea și

circumstanțe excepționale și, pe de altă parte, *este de natura îndatoririlor acestora, să depună mărturie în ședință publică.*” **Mihail Udroi, Ovidiu Predescu**, *Protecția europeană a drepturilor omului și procesul penal român*, Tratat, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 758.

⁷ Unii autori definesc *data* ca fiind descrierea cifrică sau letrică a unui proces, fenomen, obiect. „În ceea ce ne privește socotim că prin *date* înțelegem o convenție care exprimă acele elemente de raportare temporală, spațială, materială, obiectuală, virtuală între două sau mai multe entități. Acestea se exprimă în cifre, fracții, formule, expresii matematice, fizice, informatice etc. În informatică numim *dată* reprezentarea convențională codificată a unei relații, raport, comparație, a entităților care permite un tratament electronic. Când datele necunoscute sunt aduse la cunoștință cuiva, conținând elemente de noutate, de înlăturare a unei incertitudini, atunci *acestea devin informații pentru subiectul în cauză*. Ca urmare în doctrină *informația este definită ca acea dată care aduce receptorului un plus de cunoaștere, privind direct sau indirect procesul, fenomenul sau obiectul pe care îl descrie*. Iar atunci când o informație conține date imprecise, falsificate, incomplete, poate duce la eroare, eroare provocată, dezinformare, manipulare, înșelăciune cu toate consecințele ce decurg din acestea.” **V. Dabu**, *Etica și dreptul comunicării*, Editura SNSPA, CD, București, 2009, p. 38.

obiectivitatea organului de cercetare penală în activitatea de cercetare penală. Aceasta este în concordanță cu dispozițiile art. 207 C.p.p. potrivit căruia *cercetarea penală se efectuează de organele de cercetare penală ale poliției judiciare*. *Per a contrario* lucrătorii operativi din cadrul poliției judiciare nu au competența să efectueze cercetarea penală ei având în primul rând misiunea de a strânge date și informații și nu de a administra probe. Pe de altă parte observăm că legiuitorul, din păcate, a instituit *expres* o garanție contra subordonării, controlului și directivării șefilor ierarhici ai Poliției sau M.A.I., numai pentru organele de cercetare penală⁸ ale poliției judiciare nu și pentru lucrătorii operativi ai acesteia prin art. 219 pct. 1 teza a II-a C.p.p. Astfel constatăm că față de subordonarea, controlul și directivarea investigatorului sub acoperire derivată din calitatea de lucrător operativ în

⁸ În art. 219 pct. 1 teza a II-a din C.p.p. se dispune: „În cazul organelor de cercetare ale poliției judiciare, organele ierarhic superioare ale acestora nu pot să le dea îndrumări sau dispoziții privind cercetarea penală, procurorul fiind singurul competent în acest sens.” Socotim că această dispoziție trebuie coroborată cu cele ale art. 224² pct. 1 C.p.p. în care se dispune: „Persoanele prevăzute în art. 224¹ pot efectua investigații numai cu autorizarea motivată a procurorului care efectuează sau supraveghează urmărirea penală”. Credem că de aici rezultă că investigatorul sub acoperire poate fi folosit legal într-o cauză în care pe lângă alte condiții trebuie să fie începută urmărirea penală pentru cel puțin una din infracțiunile prevăzute de art. 224¹ C.p.p. Dar nu putem să nu observăm că această garanție prevăzută în art. 219 pct. 1 teza a II-a C.p.p. se referă numai la „organelor de cercetare ale poliției judiciare” nu și la lucrătorii operativi din poliția judiciară din rândul cărora se numesc investigatorii sub acoperire. Observând că din această expresie lipsește cuvântul „penală” cuvânt care ar constitui diferența specifică între „cercetare” și „cercetare penală” s-ar putea interpreta că această garanție se aplică și lucrătorilor operativi din poliția judiciară. Pe de altă parte când lucrătorul operativ din poliția judiciară este numit investigator sub acoperire acesta efectuează numai activități de culegere de date și informații și nu de cercetare. Ca urmare și sub acest aspect dispozițiile menționate sunt susceptibile de neconstituționalitate dacă nu sunt interpretate că în sintagma „organe de cercetare ale poliției judiciare” sunt incluse și investigatorii cu identitate reală sub acoperire din poliția judiciară.

poliția judiciară, dispozițiile art. 224¹⁻³ C.p.p. nu prevăd garanțiile necesare imparțialității și obiectivității acestora fiind susceptibile de neconstituționalitate⁹. Pe de altă parte inculpatul necunoscând identitatea adevărată și respectiv că martorul este lucrător operativ în poliția judiciară și este ascultat sub o altă identitate nu poate să ridice îndoiala ce apare din calitatea acestuia ce derivă din subordonarea, controlul și directivarea lui în poliția judiciară.

b) conform art. 224 pct. 2 C.p.p., pot efectua acte premergătoare începerii urmăririi penale și „lucrătorii operativi din Ministerul de Interne ...”, or această expresie include și „*lucrători operativi* din cadrul poliției judiciare” așa cum rezultă din art. 201 pct. 3 C.p.p. și art. 1 din Legea nr. 218/2002.¹⁰ Ca urmare lucrătorul

⁹ Într-o speță Curtea Europeană a decis: „Curtea apreciază că *echilibrarea intereselor apărării* cu argumentele care susțin menținerea anonimatului martorilor ridică *probleme deosebite* dacă respectivii *martori aparțin forțelor polițienești ale statului*. Dacă interesele acestora din urmă, ca și cele ale familiilor lor, sunt protejate de Convenție, trebuie recunoscut însă că *situația lor diferă într-o anumită măsură de cea a unui martor dezinteresat sau a unei victime*, întrucât ei au o *obligație generală de a respecta dispozițiile autorităților executive ale statului* și au, în general, legături cu Ministerul Public. Chiar și numai pentru motivele menționate, *aceste persoane nu ar trebui folosite ca martori anonimi decât în situații excepționale*. În plus, este în firea lucrurilor ca printre îndatoririle lor, îndeosebi în cazul ofițerilor de poliție investiți cu efectuarea de arestări, să se numere și aceea de a depune mărturie în cadrul unei audieri publice (C.E.D.O., Hotărârea din 30 octombrie 1997, § § 54, 56” www.echr.coe.int.) Profesorul Gheorghică Mateuț într-un studiu arată: „În fine, considerăm că noua lege privind organizarea și funcționarea poliției judiciare nu conține suficiente garanții de independență și imparțialitate a poliției judiciare, fiind evidentă imixtiunea executivului în exercitarea atribuțiilor acesteia, potrivit legii. Acest lucru se reflectă atât în menținerea dublei subordonări a polițiștilor în cadrul poliției judiciare (față de organul administrativ ierarhic superior și față de procuror), cât și în însăși procedura lor de numire.” **Gheorghică Mateuț**, *Tratat de procedură penală, Partea generală*, Vol. I, Editura C.H. Beck, București, 2007, p. 289.

¹⁰ În art. 1 din Legea nr. 218/2002 se dispune: „Poliția Română face parte din Ministerul de Interne și este instituția specializată a statului, care exercită

operativ din cadrul poliției judiciare atâta timp cât nu are și calitatea legală de investigator sub acoperire, poate efectua în principiu *orice act premergător* începerii urmăririi penale pentru orice infracțiune de competența sa. Însă atunci când lucrătorul operativ din cadrul poliției judiciare dobândește calitatea de investigator sub acoperire competența lui trebuie strict reglementată dat fiind posibilitățile acestuia când se află în mijlocul faptelor ilicite, posibilități care pot include și o predispoziție sau tentație pentru fapte ce ar putea constitui un abuz¹¹. De aceea prin art. 224¹⁻⁴ din C.p.p. investigatorului sub acoperire i s-a prevăzut un statut juridic special ce presupune o competență specială limitată prin lege, dar și prin autorizația emisă de procuror.

c) competența *lucrătorului operativ* din cadrul poliției judiciare în momentul dobândirii calității de investigator sub acoperire *trebuie și este limitată* în domeniul efectuării actelor premergătoare numai la unele acte¹², numai la anumite infracțiuni, și numai în limitele autorizației date potrivit legii de către procurorul

atribuții privind apărarea drepturilor și libertăților fundamentale ale persoanei, a proprietății private și publice, prevenirea și descoperirea infracțiunilor, respectarea ordinii și liniștii publice, în condițiile legii.”

¹¹ Este cunoscut că poliștii sunt cultivați și instruiți să lupte contra actelor antisociale, iar în situația când percep nemijlocit actul infracțional, dimensiunile reale ale acestuia, prezența suferințelor victimei, raportat la replica societății și limitele acesteia poate apărea tentația de „justițiar” de a face el dreptate fiind sub impulsurile de moment și să sacrifice astfel principiile de drept.

¹² În art. 224¹ C.p.p. denumit „Actele premergătoare efectuate de investigatori sub acoperire” legiuitorul le circumscrie prin expresia „strângerii datelor privind existența infracțiunii și identificarea față de care există presupunerea că au săvârșit o infracțiune”. De pildă investigatorii sub acoperire nu pot efectua: a) acte premergătoare pentru alte infracțiuni decât cele prevăzute în art. 224¹ pct. 1 C.p.p.; b) actele încheiate de unele organe de constatare conform art. 214 C.p.p., și altele ce le sunt interzise de lege.

competent care trebuie să includă printre altele și „*activitățile* pe care le poate desfășura investigatorul sub acoperire;” evident că autorizarea trebuie dată de procuror cu respectarea strictă a legii. Potrivit reglementărilor actuale credem că „*activitățile* pe care le poate desfășura investigatorul sub acoperire” trebuie limitate de prevederile legale referitoare la *scopul* acestora „în vederea strângerii datelor privind existența infracțiunii și identificarea persoanelor față de care există presupunerea că au săvârșit o infracțiune”¹³ și *materializarea scopului* în „datele și informațiile obținute de investigatorul sub acoperire”¹⁴, iar *modalitatea* de obținere este definită prin cuvântul „*culege*”¹⁵. Or socotim că expresia „*activitățile* pe care le poate desfășura investigatorul sub acoperire” nu este suficient de clară și precisă¹⁶. În acest sens, într-o speță Curtea europeană „reamintește că este necesară o procedură clară și previzibilă de autorizare a măsurilor investigative, ca și supervizarea corespunzătoare a acestora, astfel încât să se asigure buna-credință a autorităților și respectarea unor obiective corespunzătoare de către autoritățile statului.”¹⁷ Astfel considerăm că procurorul nu îl poate delega pe investigatorul sub acoperire să efectueze acte de cercetare penală deoarece legiuitorul nu i-a acordat o astfel de competență investigatorului sub acoperire neavând calitatea de organ

¹³ Art. 224¹ pct. 1 C.p.p.

¹⁴ Art. 224³ C.p.p.

¹⁵ Art. 224¹ pct. 3. C.p.p.

¹⁶ De pildă investigatorul sub acoperire poate și trebuie să salveze, conserve probele de la actele de distrugere preconizate sau efectuate de persoanele implicate? Credem că da, dar recoltarea, ambalarea, examinarea, expertizarea trebuie făcută de organele competente cu respectarea garanțiilor procedurale.

¹⁷ Cauza Khudobin c. Rusiei, C.E.D.O., Hotărârea din 26 decembrie 2006, §§ 130, 133, 135, 137, www.echr.coe.int

de cercetare penală.¹⁸ Ca urmare credem că art. 217 pct. 4 C.p.p. în care se dispune că procurorul „poate dispune prin ordonanță ca anumite acte de cercetare penală să fie efectuate de către organele poliției judiciare” trebuie interpretat în concordanță cu dispozițiile art. 201 și art. 207 C.p.p. referitor la instituirea în cadrul poliției judiciare a polițiștilor cu statut special pentru efectuarea cercetării penale denumite „organele de cercetare penală ale poliției judiciare” și nu la lucrătorii operativi din poliția judiciară. A interpreta altfel înseamnă a încălca dispozițiile imperative ale art. 201 și art. 207 C.p.p. Pe de altă parte socotim că nimic nu împiedică procurorul să îl delege pe lucrătorul operativ din poliția judiciară să efectueze *acte premergătoare* începerii urmăririi penale în temeiul art. 219 pct. 2 C.p.p., *dar în afara calității și misiunii de investigator sub acoperire.*

d) conform art. 224¹ pct. 3 C.p.p. investigatorul sub acoperire trebuie doar să „culegă date și informații” numai în limitele legii și ale autorizației legal emise de procurorul competent; deci el *nu strânge mijloace de probă, nu administrează probe* în sensul art. 64 și 65 C.p.p., ci *află date și informații* referitoare la acte și fapte în legătură cu infracțiunile prevăzute în art. 224¹ pct. 1 și 224³ C.p.p. respectiv: când, cine, cu cine, ce, unde, cine mai cunoaște, etc. Eventualele înregistrări neautorizate, ridicări de eșantioane din produsul infracțiunii etc., efectuate de investigatorul sub acoperire nu pot fi folosite

¹⁸ Într-o notă la o decizie a Î.C.C.J se arată: „Este adevărat că investigatorul sub acoperire și colaboratorul pot fi ascultați ca martori în cursul urmăririi penale și al judecării, situație în care declarațiile acestora constituie mijloc de probă în sensul art. 64 C.p.p., însă datele și informațiile obținute de către aceștia și consemnate în faza actelor premergătoare nu pot constitui declarații ale martorilor, ca mijloc de probă.” Î.C.C.J., decizia nr. 5826 din 12 oct. 2006, *Î.C.C.J. B.J. Culegere de Decizii pe anul 2006*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 720.

ca probe, deoarece s-ar încălca dispozițiile legii privind garanțiile și legalitatea administrării probei cum ar fi cele din art. 91¹-91⁶, art. 96-111 C.p.p. Este adevărat că astfel de înregistrări neautorizate, ridicări de eşantioane din produsul infracțiunii etc., acte lovite de nulitate ca probe, ar putea furniza date referitoare la locurile unde sunt ascunse produsele infracțiunii, instrumentele folosite, potențiale mijloace de probă, autorii și ceilalți participanți ai infracțiunii, în funcție de care să se aleagă procedurile legale de administrare a probelor, resursele materiale și umane de folosit precum și momentul oportun al acestor activități procesual penale. Pe de altă parte credem că unele măsuri de conservare a probelor cât îi permite riscul de a nu se autodemasca față de infractori și persoanele urmărite pot fi luate¹⁹ de investigatorul sub acoperire urmând ca ridicarea, prelevarea, analizarea, expertizarea să fie efectuată ulterior de organele competente cu respectarea procedurilor și garanțiilor prevăzute de lege.

e) potrivit art. 224¹ pct. 3 C.p.p. investigatorul sub acoperire *pune, în totalitate*, la dispoziția procurorului, *datele și informațiile culese* în baza autorizației emise conform art. 224² C.p.p.; întrucât denumirea marginală a art. 224¹ C.p.p. este „Actele premergătoare efectuate de investigatorii sub acoperire” înseamnă că potrivit acestei dispoziții coroborate cu cele ale art. 224 pct. 3 C.p.p. datele și informațiile culese se consemnează într-un proces-verbal de constatare a unor acte premergătoare ce

¹⁹ În art. 28 pct. 4 din Legea nr. 218/2002 se dispune: „Polițistul este obligat să intervină și în afara orelor de program, a atribuțiilor sale de serviciu și a competenței teritoriale a unității din care face parte, când ia cunoștință de existența unei infracțiuni flagrante, precum și pentru conservarea probelor în cazul altor infracțiuni a căror cercetare va fi efectuată de organele competente.”

poate constitui mijloc de probă, dacă s-a respectat legea²⁰ și dacă acestea sunt concludente, utile și pertinente. Trebuie făcută distincție între procesele-verbale de acte premergătoare speciale întocmite de investigatorul sub acoperire care *pot* constitui mijloc de probă, și procesele-verbale încheiate de organele de urmărire penală sau de instanța de judecată care potrivit legii *sunt mijloace de probă*. Este evidentă distincția făcută de legiuitor între cele două situații prin folosirea celor două cuvinte diferite *pot* și *sunt*. Inițial în art. 33 pct. 1 din Legea nr. 218/2002 se prevedea că informațiile culese de polițiștii sub acoperire puteau fi folosite „*ca probe în timpul unui proces în instanță*”: „art. 33.-(1) Pentru prevenirea și combaterea corupției, a criminalității transfrontaliere, a traficului de ființe umane, terorismului, traficului de droguri, spălării banilor, infracțiunilor informatice și a crimei organizate, la propunerea inspectorului general al Inspectoratului General al Poliției Române, cu aprobarea ministrului de interne și cu autorizarea procurorului desemnat de procurorul general al parchetului de pe lângă Curtea de apel, Poliția Română poate să folosească informatori²¹ și polițiști sub acoperire pentru *culegerea de informații în vederea folosirii acestora ca probe în timpul unui proces în instanță*. Autorizarea procurorului va fi emisă în scris pentru o perioadă de maximum 60 de zile și poate fi prelungită în aceleași condiții pentru alte perioade de câte 30 de zile

²⁰ În art. 33 pct. 3 din Legea nr. 218/2002 se dispune: „(3) Prin activitatea de culegere, verificare și valorificare a datelor și informațiilor polițiștii nu trebuie în nici un fel să lezeze sau să îngreșească în mod ilegal drepturile și libertățile fundamentale ale cetățenilor, viața privată, onoarea sau reputația acestora.”

²¹ În actualul Cod de procedură penală nu este reglementată folosirea informatorului sub acoperire. Numai în art. 21-23 din Legea nr. 39/2003 se fac câteva referiri la informator, iar în art. 22 din Legea nr. 143/2000 se vorbește de colaboratorul polițistului.

fiecare. Toate aceste autorizații vor fi confidențiale și nu vor fi făcute publice.” Însă prin art. 4 pct. 2 din Legea nr. 281/2003, art. 33 pct. 1 din Legea nr. 218/2002 a primit o altă redactare în care nu se mai regăsește mențiunea: „*culegerea de informații în vederea folosirii acestora ca probe în timpul unui proces în instanță.*” De aceea socotim că expresia „*culegerea de date și informații*” impune consemnarea acestora numai sub forma „procesului-verbal de acte premergătoare” potrivit competenței speciale a investigatorului sub acoperire. O situație de excepție este cea prevăzută în domeniul traficului de droguri prin Legea nr. 143/2000 care în art. 21 prevede că „procurorul poate autoriza folosirea investigatorilor acoperiți pentru descoperirea faptelor, identificarea autorilor și *obținerea mijloacelor de probă*”²², iar în art. 22 pct. 2 „*actele încheiate de polițiștii și colaboratorii acestora, prevăzuți la alin. (1), pot constitui mijloace de probă.*”²³, dispoziții care în opinia noastră pot comporta discuții în raport cu principiile mai sus enumerate inclusiv cu practica CEDO, în special cele referitoare la „*obținerea mijloacelor de probă* de către investigatorii acoperiți” precum și „*actele încheiate de polițiștii și colaboratorii acestora*” care ar

²² Art. 21 din Legea nr. 143/2000 dispune: „(1) Procurorul poate autoriza folosirea investigatorilor acoperiți pentru descoperirea faptelor, identificarea autorilor și *obținerea mijloacelor de probă*, în situațiile în care există indicii temeinice că a fost săvârșită sau că se pregătește comiterea unei infracțiuni dintre cele prevăzute în prezenta lege. (2) Autorizarea este dată în formă scrisă pentru o perioadă de cel mult 60 de zile și poate fi prelungită pentru motive temeinic justificate, fiecare prelungire neputând depăși 30 de zile.”

²³ Art. 22 din Legea nr. 143/2000 dispune: „(1) Polițiștii din formațiunile de specialitate, care acționează ca investigatori acoperiți, precum și colaboratorii acestora pot procura droguri, substanțe chimice, esențiale și precursori, cu autorizarea prealabilă a procurorului, în vederea descoperirii activităților infracționale și a identificării persoanelor implicate în astfel de activități. (2) *Actele încheiate de polițiștii și colaboratorii acestora, prevăzuți la alin. (1), pot constitui mijloace de probă.*”

putea „*constitui mijloace de probă*”. Între aceste dispoziții și cele ale art. 1 lit. k din Legea nr. 143/2000 există diferențe, iar noi credem că reglementarea cea mai aproape de exigențele actuale este cea din art. 1 lit. k unde este definită sintagma „investigatori acoperiți” ca „polițiști special desemnați să efectueze, cu autorizarea procurorului, activități specifice în vederea strângerii datelor privind existența infracțiunilor și identificarea făptuitorilor și acte premergătoare, sub o altă identitate decât cea reală, atribuită pentru o perioadă determinată.” Totuși constatăm că fiind o lege specială se poate aprecia că ar constitui o derogare de la dispozițiile Codului de procedură penală, dar în raport de principiile mai sus enunțate și o serie de drepturi fundamentale avem îndoieli serioase cu privire la constituționalitatea acestor dispoziții. Deoarece nu fac obiectul prezentului articol nu vom mai face alte discuții referitoare la constituționalitatea acestor ultime reglementări.

f) din păcate legiuitorul *nu prevede obligația* pentru investigatorul sub acoperire de a *strânge* și acele *date și informații* care sunt *în apărarea făptuitorilor* și evident în aflarea exactă și completă a adevărului. Astfel conform art. 201 C.p.p. investigatorul sub acoperire nefiind organ de urmărire penală *nu are obligația expres prevăzută de lege de a aduna* „probele atât în favoarea, cât și defavoarea învinuitului sau inculpatului.” Or sub acest aspect *de lege ferenda* socotim că ar fi necesară instituirea unei astfel de obligații pentru investigatorul sub acoperire ca o garanție necesară. De asemenea art. 3 C.p.p., în care se consacră principiul aflării adevărului, se folosește expresia „În desfășurarea procesului penal trebuie să se asigure aflarea adevărului.” formulare care țârmurește acțiunea acestuia de limitele procesului penal ceea ce în opinia noastră nu este la adăpost de critică

deoarece și în faza actelor premergătoare ar trebui să existe obligația respectării acestui principiu.

g) Socotim că investigatorul sub acoperire trebuie să respecte, printre alte dispoziții legale care îi limitează activitatea, și dispozițiile art. 64 C.p.p. prin care este oprit a se întrebuița violențe, amenințări ori alte mijloace de constrângere, precum și promisiuni sau îndemnuri, în scopul de a se obține probe și totodată interzice folosirea în procesul penal a mijloacelor de probă obținute ilegal²⁴. Observăm că sunt interzise astfel de activități numai dacă sunt subordonate scopului de a obține probe ceea ce înseamnă că pot fi folosite în alte scopuri strict și limitativ prevăzute de lege cum ar fi în legitimă apărare, stare de necesitate, constrângerea fizică și morală etc. Pe de altă parte nu putem să nu observăm că trebuia reglementat și în procedura noastră penală *principiul preponderenței probei* în raport cu anumite încălcări ale legii în administrarea acesteia care nu sunt de natură a afecta conținutul probei și în mod deosebit al probelor vădite, evidente, notorii, etc. Credem că principiul aflării adevărului cere recunoașterea principiului preponderenței probei²⁵. Potrivit practicii judiciare penale americane de la regula excluderii probei obținute ilegal s-a admis *exceptia de bună credință* a

²⁴ A se vedea și „Chestiunea loialității în obținerea probelor”, în **Jean-François Renucci**, *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Editura Hamangiu, București, 2009, p 475. „Judecătorii europeni au insistat cu privire la acest aspect, menționând că, în orice ipoteză, dreptul la apărare trebuie să fie garantat: este motivul pentru care utilizarea unor elemente de probă adunate ca urmare a unor provocări ale poliției este contrară Convenției.”

²⁵ De pildă probele obținute în cazul infracțiunii flagrante constatate în cadrul unei percheziții neautorizate, sau ridicarea secretă de probe de droguri în cazul livrărilor supravegheate, etc. În dreptul procesual penal american există un astfel de principiu al preponderenței probei care asigură un echilibrul cu principiul legalității probei în cadrul procesului echitabil pentru toate părțile în proces.

autorității care a obținut proba precum și așa-zisă *preponderență a dovezii*. De pildă în cazul Nix V. Williams, Curtea Supremă Statelor Unite a susținut că dovida obținută prin încălcarea drepturilor inculpatului poate fi utilizată în proces, dacă procuratura poate arăta, prin *preponderența dovezii, că, în cele din urmă sau, în mod inevitabil, ar fi fost descoperite informațiile pe căi legale*.

h) De asemenea credem că investigatorul sub acoperire trebuie să respecte și dispozițiile art. 68 pct. 2 C.p.p. prin care este oprit a *determina*²⁶ o persoană să săvârșească sau să continue săvârșirea unei fapte penale, în scopul obținerii unei probe. Nu vom face alte comentarii pe marginea acestor dispoziții, ci vom observa că legiuitorul se referă la *determinare*²⁷ nu la favorizare

²⁶ În Cauza Edwards și Lewis c. Regatului Unit Curtea a decis: „Pentru a determina dacă acuzatul a fost sau nu victima unei provocări ilicite din partea poliției, judecătorul național a trebuit să examineze un număr de aspecte, în special motivul pentru care operațiunea poliției a fost organizată, natura și întinderea participării poliției la săvârșirea infracțiunii, natura determinării sau a presiunilor efectuate de poliție. Cum reclamanților li s-a refuzat accesul la unele probe, aceștia nu au avut posibilitatea de a dovedi în fața judecătorului că au fost determinați de către poliție în vederea săvârșirii de infracțiuni. În aceste condiții, Curtea apreciază că procedura urmată pentru stabilirea aspectelor legate de determinarea sau nu a reclamanților în vederea săvârșirii de infracțiuni nu a respectat nici exigențele necesare garantării caracterului contradictoriu al unei proceduri și nici egalitatea armelor, ea neoferind garanții care să permită protejarea adecvată a interesului reclamanților, încălcându-se, prin urmare art. 6 din Convenție. C.E.D.O., Hotărârea din 27 octombrie 2004, § 46, www.echr.coe.int.

²⁷ „Activitatea investigatorului sub acoperire nu poate consta în determinarea unei persoane să săvârșească sau să continue săvârșirea unei fapte penale în scopul obținerii unei probe - interzisă prin dispozițiile art. 68 alin. (2) C.p.p., ci numai în observarea modului în care se desfășoară activitatea infracțională și punerea la dispoziția organelor judiciare a datelor necesare pentru dovedirea faptelor și pentru tragerea la răspundere penală a făptuitorilor. Folosirea investigatorului sub acoperire în scopul surprinderii în flagrant delict a unei persoane pentru trafic de droguri nu constituie o încălcare a dispozițiilor art. 68 alin. (2) C.p.p., dacă făptuitorul a luat hotărârea de a comite și a comis în mod repetat acțiuni specifice traficului de droguri,

prin acțiune sau inacțiune. „*Determinarea*” poate consta în rugăminți insistente, inducere în eroare, insinuări, promisiuni false, amenințare, șantaj, hărțuire sau solicitări repetate bazate pe simpatii personale create în acest sens. Dacă pentru infracțiuni minore inacțiunea în prevenirea săvârșirii acestora ar fi justificată de necesitatea menținerii acoperirii și importanța misiunii, în cazul infracțiunilor deosebit de grave iminente problema acțiunii sau inacțiunii investigatorului sub acoperire este deosebit de delicată.²⁸ De aceea conținutul autorizației investigatorului sub acoperire trebuie să fixeze și câteva

înainte de începerea activității investigatorului sub acoperire.” Î.C.C.J., Secția pen., decizia nr. 5023 din 26 octombrie 2007, în *B.J. Culegere de decizii pe anul 2007*, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 798. „Folosirea unui investigator sub acoperire în scopul surprinderii în flagrant delict de trafic de droguri a făptuitorului nu constituie o încălcare a prevederilor art. 68 alin. (2) C.p.p., potrivit căreia este oprit a determina o persoană să săvârșească sau să continue săvârșirea unei fapte penale, în scopul obținerii unei probe. De vreme ce o persoană, consumatoare de droguri, a comis în mod repetat acțiuni specifice traficului ilicit de droguri, nu agentul sub acoperire este cel care o determină să săvârșească sau să continue săvârșirea acestora, rezoluția în acest sens fiind luată anterior de făptuitor. În atare caz, investigatorul acoperit acționează, în temeiul art. 224¹ și art. 224² C.p.p., precum și a art. 21 și art. 22 din Legea nr. 143/2000, numai în vederea strângerii datelor privind existența infracțiunii și identificarea făptuitorilor, între care și prin participarea sa la surprinderea acestora în flagrant delict.” Î.C.C.J., s. pen., dec. nr. 5169/2003, în R.D.P. nr. 1/2005, p.156. Pentru alte spețe privind agenții provocatori a se vedea și **Mihail Udroi**, **Ovidiu Predescu**, *Protecția europeană a drepturilor omului și procesul penal român, Tratat*, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 766-770.

„Există o *provocare polițienească* (în varianta provocare-comitere), de natură să antreneze *nulitatea probei*, când o situație presupus infracțională tinde a fi probată prin solicitări emanând de la o persoană ce avea sarcina să descopere infracțiunea ori atunci când există o *invitație directă* la comiterea unei infracțiuni din partea unui denunțator sau a unui martor anonim. Intervenția agenților provocatori sau a denunțătorilor privează *ab initio* și definitiv persoana acuzată de dreptul la un proces echitabil.” C. Ap. București, secția I penală, decizia nr. 161 din 3 mai 2007, definitivă prin decizia nr.4286 din 18 septembrie 2007) în *Culegere de practică judiciară în materie penală 2007*, Editura Wolters Kluwer, București, 2007, p. 509.

²⁸ A se vedea art. 28 pct. 4 din Legea nr. 218/2002.

coordonate clare și precise în acest sens inclusiv un sistem de legătură operativă pentru modificarea sau completarea autorizației ori alte situații neprevăzute. În scopul prevenirii abuzurilor Curtea Europeană recomandă: „Folosirea agenților sub acoperire trebuie să fie restricționată, iar garanțiile trebuie să fie acordate chiar și în cazul în care este vorba de lupta împotriva traficului de droguri, interesul public neputând justifica folosirea probei obținute ca urmare a unei provocări din partea poliției.”²⁹. Într-o altă speță Curtea Europeană a decis: „Când activitatea agentului sub acoperire pare să fi constat în determinarea săvârșirii unei infracțiuni și nu există niciun indiciu în sensul că infracțiunea s-ar fi comis și fără intervenția agentului, atunci aceasta a depășit activitatea specifică unui agent sub acoperire și poate fi calificată ca o instigare. Astfel de intervenții și folosirea lor în procedurile penale pot avea ca rezultat subminarea într-un mod iremediabil a cerințelor unui proces echitabil.”³⁰.

²⁹ Într-o astfel de ipoteză în cauza Teixeira de Castro c. Portugaliei Curtea Europeană a statuat: „Acțiunea celor doi polițiști a depășit acțiunea unui agent infiltrat – intervenția lor privându-l pe reclamant *ab initio* și definitiv de un proces echitabil.” C.E.D.O. Hotărârea din 9 iunie 1998, www.echr.coe.int.

³⁰ Cauza Vanyan c. Rusiei, C.E.D.O., Hotărârea din 15 decembrie 2005, §§ 46-49. www.echr.coe.int. Totuși într-o speță din 2002 Curtea Europeană a decis: „Cu toate acestea, trebuie să poată fi realizată o distincție între provocarea la săvârșirea unei infracțiuni care este interzisă întrucât este contrară principiului loialității și provocarea pentru obținerea unei probe a unei activități delictuoase care este admisibilă în combaterea criminalității organizate. (C.E.D.O., 21 martie 2002, Calabro c. Italia (dec), Culegere 2002-V, p. 9 și urm.) citată de **Jean-François Renucci**, *op. cit.*, p. 476. Observăm că în practica sa Curtea Europeană încearcă o distincție de tratament între criminalitatea în general când exigențele sunt sporite și criminalitatea organizată când în raport de dificultățile în probațiune admite unele excepții. Într-o speță chiar în domeniul traficului de droguri Curtea Europeană a manifestat exigență în cazul a doi polițiști infiltrați reținând că: „În aceste condiții, Curtea a ajuns la concluzia că activitatea celor doi

i) Din păcate legiuitorul în art. 224³ C.p.p. denumit „Folosirea datelor obținute de investigatorii sub acoperire” nu precizează dacă acestea sunt probe, indicii, sau pur și simplu date și informații utile și concludente pentru obținerea probelor în apărare sau acuzare. Credem că acest articol este constituțional numai în măsura în care datele și informațiile culese sunt folosite nu ca probe sau indicii, ci ca date și informații utile și concludente pentru obținerea probelor în apărare sau acuzare.

j) De asemenea legiuitorul nu a clarificat și nu a țăr murit limitele activității investigatorului sub acoperire respectiv între acte și fapte care formal sunt prevăzute de legea penală, dar din analiza laturii subiective sau obiective rezultă că lipsește vinovăția sau pericolul social și cele care sunt veritabile infracțiunii întrunind toate elementele constitutive ale acestora.

II. O a doua problemă ar fi legată de dispozițiile art. 86¹ pct. 7 C.p.p.: „pot fi audiați **ca martori** cărora li s-a atribuit o altă identitate și **investigatorii sub acoperire.**”, care, în opinia noastră, în actualele reglementări sunt susceptibile de neconstituționalitate. Unii autori susțin că „admiterea martorilor anonimi presupune, însă, îndeplinirea cumulativă a trei condiții: a) să existe alte probe; b) să intervină un judecător, care să verifice credibilitatea martorilor; c) apărarea să poată pune la îndoială declarațiile martorilor, ceea ce implică posibilitatea interogării acestora. Sub acest din urmă aspect, este necesar ca acuzatul să poată, de o manieră

polițiști a depășit pe cea a unor agenți infiltrați, deoarece ei au provocat infracțiunea și nimic nu indică faptul că, fără intervenția lor, aceasta ar fi fost comisă. Tocmai intervenția incriminată și utilizarea ei în procedura litigioasă au privat *ab initio* și definitiv pe reclamant de un proces echitabil.” C.E.D.O., 9 iunie 1998, Teixeira de Castro contra Portugaliei, în **Corneliu Bîrsan**, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului*, Vol. I, Editura All Beck, București, 2005 p. 521.

sau alta, să interogheze la un moment dat martorii acuzării.³¹

Noi credem că actualele reglementări privind ascunderea identității martorului și respectiv a investigatorului, în momentul cercetării judecătorești față de părți este de natură a limita posibilitățile de aflare a adevărului și constituie o încălcare a principiilor mai sus enunțate care garantează un proces echitabil.³² De aceea socotim că protecția martorului-investigator presupune numai *protecția fizică și psihică anterior și în momentul ascultării sub identitatea reală în cadrul procesului penal*, iar în afara acestuia protecția prin orice mijloc și modalitate necesară și suficientă prevăzute de Legea nr. 682/2002 inclusiv schimbarea înfățișării, a datelor de

³¹ A se vedea C.E.D.O., 4 iulie 2000, Kok contra Țările de Jos, apud **J. Pradel, G Corstens, *Droit pénal européen***, 2 édition, Édition Dalloz, Paris, 2002, p. 410. În același sens într-un studiu recent se arată: „Prin urmare, din jurisprudența Curții Europene rezultă că pentru a fi respectate exigențele art. 6 paragr. 1 și paragr. 3 lit. d) din Convenția europeană este necesar ca: autoritățile să justifice, pe bază de probe, date sau informații, necesitatea asigurării anonimatului unui martor anonim, acuzatul să poată confrunța și interoga martorul fie personal, fie prin intermediul apărătorului său, iar instanțele să nu își întemeieze hotărârea de condamnare în mod exclusiv sau într-o măsură determinantă pe declarații anonime (caracterul subsidiar și nedeterminant al acestor mijloace de probă). **Mihail Udrouiu, Ovidiu Predescu, *Protecția europeană a drepturilor omului și procesul penal român, Tratat***, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 759.

³² Jean-François Renucci arată: „În ceea ce privește, în mod deosebit, infiltrările, limitele sunt totuși foarte stricte: există încălcarea dreptului la un proces echitabil din moment ce orice confruntare este refuzată și dacă apărarea nu are cea mai mică ocazie să adreseze întrebări martorului acuzării și să pună la îndoială credibilitatea acestuia. Regula este că apărarea trebuie să poată, într-un mod sau altul, contrazice mărturiile care îi sunt defavorabile și că mărturiile anonime nu sunt decât elemente de probă subsidiare și, în mod cert, nu sunt determinante. În plus, este necesar ca interogatoriul martorului să fie efectuat de către un judecător care îi cunoaște identitatea. În fine, este sigur că rațiunile care au motivat admiterea declarațiilor martorilor anonimi la baza condamnării trebuie să fie echilibrate și controlate. În pofida celor menționate, această chestiune a martorilor anonimi generează incertitudini.” **Jean-François Renucci, *op. cit.***, p. 514.

identitate, relocarea etc. Persoana care depune mărturie trebuie să fie conștientă de responsabilitatea unei mărturii mincinoase, or când știe că nu i se cunoaște identitatea și nici nu i se poate afla ar putea fi tentată ca din răzbunare, ori de frica organelor judiciare, sau pur și simplu din interese pecuniare, or din ordin să declare altceva decât adevărul ceea ce ar putea duce la încălcarea altor drepturi și libertăți. Pe de altă parte inculpatul *este lipsit direct sau prin apărătorii săi* de „dreptul să interogheze sau să facă a fi interogați martorii acuzării și să obțină înfățișarea și interogarea martorilor apărării în aceleași condiții cu cele ale martorilor acuzării” drept recunoscut acestuia în Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice, ratificat prin Decretul nr. 212/1974.

În lumina acestor considerente vom aborda dispozițiile art. 86¹ C.p.p., susceptibile de *neconstituționalitate* în care se dispune: „Dacă există probe sau indicii temeinice că prin declararea identității reale a martorului sau a localității acestuia de domiciliu ori de reședință ar fi periclitată viața, integritatea corporală sau libertatea lui ori a altei persoane, martorului i se poate încuviința să nu declare aceste date, atribuindu-i-se *o altă identitate* sub care urmează să apară în *fața organului judiciar*. Această măsură poate fi dispusă de către procuror în cursul urmăririi penale, iar în cursul judecății de instanță, la cererea motivată a procurorului, a martorului sau a oricărei alte persoane îndreptățite. Datele despre identitatea reală a martorului se consemnează într-un proces-verbal, care va fi păstrat, la sediul parchetului care a efectuat sau a supravegheat efectuarea urmăririi penale ori, după caz, la sediul instanței, într-un loc special, în plic sigilat, în condiții de maximă siguranță. Procesul-verbal va fi semnat de cel care a înaintat cererea, precum și de cel care a dispus

măsura. Documentele privind identitatea reală a martorului vor fi prezentate procurorului sau, după caz, completului de judecată, în condiții de strictă confidențialitate. În toate cazurile, documentele privind identitatea reală a martorului vor fi introduse în dosarul penal numai după ce procurorul, prin ordonanță sau, după caz, instanța, prin încheiere, a constatat că a dispărut pericolul care a determinat luarea măsurilor de protecție a martorului.

Declarațiile martorilor cărora li s-a atribuit o altă identitate, redată în procesul-verbal al procurorului potrivit art. 86² alin. 5, precum și declarația martorului, consemnată în cursul judecării și semnată de procurorul care a fost prezent la ascultarea martorului și de președintele completului de judecată, potrivit art. 86² alin. 6, teza I, *pot servi la aflarea adevărului numai în măsura în care sunt coroborate cu fapte și împrejurări ce rezultă din ansamblul probelor existente în cauză.*

Pot fi audiați *ca martori* cărora li s-a atribuit o altă identitate și *investigatorii sub acoperire*. Dispozițiile prevăzute în alin. 1-6 se aplică și experților.

Acestea fiind dispozițiile credem că art. 86¹ C.p.p. este susceptibil *neconstituționalitate* deoarece:

1. Fraza „atribuindu-i-se o altă identitate sub care urmează să apară în fața organului judiciar.” din art. 86¹ pct. (1) C.p.p. este *neconstituțională* dacă se interpretează:

- că *exclue drepturile* învinuitului, inculpatului, părții vătămate, părții civile și ale apărătorilor acestora *de a participa* efectiv și eficient în aflarea adevărului la audierea martorului cu datele de stare civilă protejate și *a putea urmării direct, nemijlocit* exprimarea verbală și

nonverbală³³ a acestuia și respectiv a *aprecia veridicitatea mărturiei și formula apărării* în concordanță cu dispozițiile art. 21 pct. 3 (dreptul la un proces echitabil), art. 24 alin. 1 și 2 (dreptul la apărare și dreptul la asistență juridică), art. 31 pct. 1 din Constituție (dreptul la informație), art. 6 pct. 1 și pct. 3 lit. (d) din C.E.D.O. (dreptul la un proces echitabil); pe de altă parte *contravine și practici Curții Europene* în care s-a statuat: „*dacă apărarea nu cunoaște identitatea unui martor, ea se poate vedea privată de posibilitatea de a stabili dacă acesta este părțitor, ostil sau nedemn de încredere.*”³⁴, cum ar fi în cazul unui martor-investigator sub acoperire rudă a părții civile, ori în dușmănie, sau care a suferit o pagubă el ori o rudă de a lui, martor coinculpat care a negociat cu procurorul și a obținut anumite avantaje ce ridică semne de întrebare asupra obiectivității acestuia, sau alt caz de incompatibilitate, iresponsabilitate, mitoman, corupție, etc. De pildă socotim că nu sunt respectate *exigențele de independență și imparțialitate* în cazul când investigatorul sub acoperire este audiat ca martor în cauza în care a avut această calitate, cauză

³³ Este știut cât de important este limbajul trupului în depistarea minciuni, simulației și a-l invoca caracterului îndoielnic al declarației. A se vedea C.E.D.H., Hotărârea din 23 aprilie 1997, în cauza Van Mechelen ș.a. contra Olandei, paragrafele 55-60 în care se arată: „În cauză, polițiști audiați în calitate de agenți infiltrați s-au aflat în aceeași cameră cu judecătorul de instrucție, în timp ce acuzații și avocații lor se aflau în altă încăpere, comunicarea efectuându-se prin intermediul unei conexiuni sonore. *Apărarea nu a avut posibilitatea de a observa reacțiile agenților infiltrați la întrebările directe, ceea ce ar fi permis să controleze fiabilitatea lor.*” **Mihail Udroi, Ovidiu Predescu, Protecția europeană a drepturilor omului și procesul penal român, Tratat**, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 758.

³⁴ Este vorba de cauza Kostovski contra Olandei, „Condamnare bazată într-o măsură determinată pe declarațiile unor martori anonimi” CEDO prin Hotărârea din 20 noiembrie 1989 (Plenul Curții) (seria A nr. 166) în **Vincent Berger, Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului**, Ediția a 6-a ; Institutul Român pentru Drepturile Omului, București, 2008 p. 374.

instrumentată de colegii săi și supravegheată de același procuror care l-a numit.

- că *exclue drepturile* inculpatului, părții vătămate, părții civile și ale apărătorilor acestora *de a participa* - efectiv și eficient pentru stabilirea adevărului - la audierea martorului cu datele de stare civilă protejate și a putea în *mod direct, nemijlocit să pună întrebări martorului*³⁵, *de natură a lămurii cauza sub toate aspectele inclusiv al dreptului la apărare și la un proces echitabil prevăzute în Constituția României*;³⁶

³⁵ „Dreptul de a interoga martorii apărării sau ai acuzării nu poate fi respectat decât dacă acuzatul a cerut să-l exercite; nu interesează faptul că *cererea de confruntare* nu a fost făcută în forma cerută de norma națională, ci *primează asigurarea dreptului la apărare*.” **Corneliu Bârsan**, *Convenția europeană a drepturilor omului, Vol. 1*, Editura All Beck, București, 2005, p. 564. Avem unele rezerve referitoare la această teză deoarece în opinia noastră procedura confruntării este *obligatorie* și atunci când există contradicții între declarațiile persoanelor ascultate dacă aceasta este *necesară* pentru *lămurirea cauzei* conform art. 87-88, art. 62-63 și art. 65 C.p.p.

³⁶ În cazul Delta contra Franței CEDO prin Hotărârea din 19 decembrie 1990 (Cameră) (seria A nr. 191) în care s-a reclamat că *condamnarea s-a făcut exclusiv pe declarațiile făcute la poliție de către martori pe care nici el nici avocatul său nu au putut să-i interogheze* a statuat: „Din acest moment *nici petiționarul nici avocatul său nu au avut niciodată ocazia să interogheze martorii ale căror declarații au fost luate în considerare într-o manieră determinantă de către judecătorul de fond, dosarul neconținând nici un alt indiciu. Ei nu au putut controla credibilitatea acestor dispoziții și nici să arunce vreo îndoială asupra lor. Drepturile apărării au suferit astfel asemenea limitări încât domnul Delta nu a beneficiat de un proces echitabil. Pe scurt a existat încălcarea paragrafului 3 d) al art. 6 combinat cu paragraful 1 (unanimitate).*” De asemenea Î.C.C.J într-o speță a decis. „În cursul judecății, instanța are obligația de a verifica probele strânse în faza de urmărire penală, prin administrarea lor în ședință publică, oral, nemijlocit și în condiții de *contradictorialitate*, nerespectarea acestei obligații constituind o *încălcare a dreptului la un proces echitabil*, prevăzut în art. 6 paragraf 3 lit. d) din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.” Î.C.C.J., secția penală, decizia nr. 6827 din 22 noiembrie 2006 în *Î.C.C.J., Jurisprudența Secției penale pe anul 2006*, Editura Hamangiu, București, 2007, p. 154.

- că *exclde drepturile inculpatului, părții vătămate și părții civile de a fi confrunțați*³⁷ *cu martorul cu datele de stare civilă protejate în prezența apărătorilor lor*³⁸;

³⁷ În cauza Reineri și alții c. României Curtea a observat că *procedura confruntării* între un martor și acuzat s-a derulat în fața procurorului competent cu efectuarea urmăririi penale, care însă nu îndeplinește exigențele de independență și imparțialitate ale unui magistrat, și că reclamantul nu a beneficiat de asistența unui avocat. Or, un *element important al procesului echitabil este posibilitatea acuzatului de a se confrunța cu martorii decisivi în prezența judecătorului care este competent să pronunțe o hotărâre în cauza respectivă*. Prin urmare, Curtea a apreciat că o astfel de confruntare nu poate dispensa instanța de obligația de a audia martorii în prezența acuzatului. Pentru aceste considerente și având în vedere circumstanțele cauzei, Curtea a considerat că *dreptul apărării a suferit o asemenea limitare încât persoanele acuzate nu au putut beneficia de un proces echitabil* (C.E.D.O., Hotărârea din 27 septembrie 2007, §§ 74, 77, nedefinitivă, www.echr.coe.int).

³⁸ „Combinat cu § 3, § 1 al art. 6 obligă între altele statul să asigure acuzatului dreptul la apărare, el însuși sau cu asistența unui avocat, și să-i permită să interogheze sau să pună să fie audiați martorii acuzării. Acest din urmă drept nu implică numai un echilibru între acuzare și apărare, el reclamă, de asemenea, ca *audierea martorilor să fie în general în contradictoriu*. În afară de aceasta, elementele de probă trebuie să fie produse, în principiu, *în fața acuzatului cu prilejul unei audiențe publice și în vederea unei dezbateri în contradictoriu*....13. - Curtea a tras concluzia că *procedura*, luată în ansamblul său, *nu a răspuns exigențelor unui proces echitabil și public*. Așadar, a existat *încălcarea art.6 § 1* (10 voturi pentru, 8 împotriva).” Cazul Barbera, Messegue și Jabardo contra Spaniei, **Vincent Berger**, *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului*, Ediția a 6-a; Institutul Român pentru Drepturile Omului, București, 2008, p. 278. În cauza Brandstetter contra Austriei Curtea a statuat: „Principiul egalității armelor constituie un element al noțiunii mai cuprinzătoare de proces echitabil, care include și dreptul fundamental la caracterul contradictoriu al procedurii penale. Dreptul la un proces penal cu caracter contradictoriu presupune ca și acuzarea și apărarea să aibă posibilitatea de a lua la cunoștință observațiile sau elementele de probă produse de cealaltă parte și de a le discuta. Legislația națională poate asigura îndeplinirea acestei cerințe prin diverse modalități, dar metoda adoptată trebuie să garanteze că fiecare dintre cele două părți este la curent cu depunerea de observații și că are posibilitatea reală de a le comenta. (C.E.D.O., Hotărârea din 28 august 1991, § 67, www.echr.coe.int).

- că *exclde drepturile* învinuitului, inculpatului, părții vătămate, părții civile și ale apărătorilor acestora *de a verifica imparțialitatea martorului* prin evidențierea faptului că martorul investigator *nu a declarat adevărul* la întrebarea „dacă este soț sau rudă a vreuneia dintre părți și în ce raporturi se află cu acestea, precum și dacă a suferit vreo pagubă de pe urma infracțiunii” prevăzută de art. 84 pct. 3 C.p.p., precum și la întrebarea referitoare la „în ce mod a luat cunoștință despre cele declarate” prevăzută de art. 86 pct. 2 C.p.p.; este evident că necunoscând identitatea reală a celui care depune mărturie nu se poate ști dacă acesta a declarat adevărul la cele două întrebări, iar dacă nu a declarat a ascuns și parțialitatea sa respectiv interesul în cauză.

- că *împiedică* realizarea efectivă a *drepturilor* învinuitului, inculpatului, părții vătămate și părții civile de a formula plângere penală împotriva investigatorului-martor pentru *mărturie mincinoasă* conform art. 85 pct. 7 C.p.p.; de pildă în cazul investigatorului sub acoperire inculpatul nu poate afla cauzele mărturiei mincinoase, deoarece nu are elementele necesare ca urmare a ascunderii identității nu poate sesiza, și evidenția semnele mărturiei mincinoase în cazul comunicării non verbale nefiind față în față cu acesta în prezența instanței și a apărătorului său și astfel *este lipsit de posibilitatea* de proba încălcarea drepturilor sale.

Socotim că *excluderea acestor drepturi* ale inculpatului, părții vătămate, părții civile și ale apărătorilor acestora *constituie și o încălcare a principiului egalității armelor* părților în proces și în final a dreptului fundamental la un proces echitabil. În situații excepționale temeinic justificate limitarea acestor drepturi ale inculpatului *ar trebui compensate de prevederea unor garanții necesare și suficiente* pentru a

se asigura un proces echitabil, or acesta trebuie strict prevăzute în lege ceea ce în actuala reglementare nu satisface.

Astfel se poate ușor constata că în mod *neconstituțional* prin folosirea în articolul menționat a expresiei „în fața organului judiciar” *legiuitorul a exclus de la participarea la audiere a apărătorilor părților inclusiv a inculpatului, încălcând astfel drepturile constituționale mai sus arătate și în mod deosebit dreptul la apărare, la un proces echitabil și principiul aflării adevărului. În acest sens Curtea Europeană a Drepturilor Omului a sancționat în mod constant astfel de încălcări ale drepturilor omului. De pildă în cazul Kostovski contra Olandei, „Condamnare bazată într-o măsură determinată pe declarațiile unor martori anonimi” CEDO prin Hotărârea din 20 noiembrie 1989 (Plenul Curții) (seria A nr. 166) arată: „Petiționarul se plângea, în esență, că nu a beneficiat de un proces echitabil, raportul depozițiilor martorilor fiind folosit ca probă. Curtea începe prin a arăta că sarcina sa nu constă în a se pronunța asupra chestiunii de a ști dacă jurisdicțiile olandeze au admis și interpretat corect declarațiile în cauză, ci să cerceteze dacă procedura, considerată în ansamblul său, inclusiv modul de prezentare a mijloacelor de probă, a îmbrăcat un caracter echitabil. Elementele de probă trebuie, în principiu, amintește Curtea, să fie produse în fața acuzatului în audiență publică, în vederea unei dezbateri în contradictoriu. Depozițiile provenite în faza de instrucție pregătitoare pot totuși să fie utilizate ca probe, sub rezerva respectării drepturilor apărării; ca regulă generală, aceste drepturi impun să se acorde acuzatului, la unul sau altul din stadiile procedurii, o ocazie adecvată și suficientă de a contesta o mărturie în acuzare și să*

interogheze autorul. Or, în concepția Curții, dl. Kostovski nu a beneficiat de o asemenea ocazie. În nici unul din stadiile cercetărilor el și avocatul său nu au putut să-i interogheze ei înșiși pe martorii anonimi; în plus, întrebările pe care apărarea a putut să le pună persoanelor care i-au audiat pe martori și, indirect, unuia din aceștia din urmă, au fost limitate prin decizia de a păstra anonimatul martorilor respectivi. Acest aspect al cauzei a agravat dificultățile întâmpinate de petiționar: dacă apărarea nu cunoaște identitatea unui martor, ea se poate vedea privată de posibilitatea de a stabili dacă acesta este părtinitor, ostil sau nedemn de încredere. În afară de aceasta, Curtea nu apreciază că procedura urmată în fața judecătorilor de fond ar fi compensat obstacolele de care se lovea apărarea. Judecătorii amintiți nu au văzut martorii anonimi și nu au putut deci să-și formeze ei înșiși o opinie asupra credibilității lor. În plus, doar unul din aceștia a fost audiat de către un magistrat instructor care nu-i cunoștea totuși identitatea. Recunoscând greutatea referirilor guvernului olandez la intimidarea crescândă a martorilor și la necesitatea unui echilibru al intereselor aflate în joc, Curtea arată că dreptul la o bună administrare a justiției nu poate fi sacrificat oportunității. Folosirea declarațiilor anonime ca probe suficiente pentru a justifica o condamnare se distinge de faptul de a se sprijini, în stadiul instrucției pregătitoare, pe surse cum sunt informatorii misterioși. În speță, primul fapt a condus la restrângerea drepturilor apărării de o manieră incompatibilă cu garanțiile art. 6. Pe scurt, a existat încălcarea paragrafului 3 d) al art. 6 combinat cu paragraful 1 (unanimitate).”³⁹

³⁹ Vincent Berger, *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului*, Ediția a 6-a; Institutul Român pentru Drepturile Omului, București, 2008, p.

III. Aliniatul 3 al art. 86¹ C.p.p. respectiv: „Declarațiile martorilor cărora li s-a *atribuit o altă identitate*, redată în procesul-verbal al procurorului potrivit art. 86² alin. 5, precum și declarația martorului, consemnată în cursul judecării și semnată de procurorul care a fost prezent la ascultarea martorului și de președintele completului de judecată, potrivit art. 86² alin. 6, teza I, *pot servi la aflarea adevărului numai în măsura în care sunt coroborate cu fapte și împrejurări ce rezultă din ansamblul probelor existente în cauză.*”, este susceptibil de neconstituționalitate deoarece nu exclude coroborarea numai cu probe exclusiv îndoielnice⁴⁰ astfel:

- acestor declarații ale martorilor cărora li s-a atribuit o altă identitate le este recunoscută, pe bună dreptate, chiar de legiuitor o *anumită îndoială de veridicitate* și astfel condiționează folosirea lor în aflarea adevărului *numai în măsura în care sunt coroborate cu fapte și împrejurări ce rezultă din ansamblul probelor existente în cauză; socotim că aici era necesară precizarea că trebuie coroborate cu cel puțin o*

373. În același sens a se vedea și Curtea EDO, cauza Saidi c. Franței, Hotărârea din 20 septembrie 1993, seria A nr. 261-C, p. 56.

⁴⁰ „În vederea aflării adevărului, instanța de judecată este obligată, potrivit art. 62 C.p.p., să lămurească cauza sub toate aspectele, pe bază de probe, aprecierea fiecărei probe făcându-se, conform art. 63 din același cod, în urma examinării tuturor probelor administrate. Dacă între declarațiile investigatorului sub acoperire și ale colaboratorului date în cursul urmăririi penale și cele date de aceștia în cursul cercetării judecătorești există contradicții, care creează dubii privind situația de fapt cu care a fost sesizată instanța de judecată, iar în afara acestor declarații nu există nicio probă din care să rezulte participarea inculpatului la săvârșirea infracțiunii, instanța, achitând pe inculpat, a răspuns exigențelor art. 62 C.p.p. și a făcut o corectă aplicare a prevederilor art. 63 din același cod.” Î.C.C.J., decizia nr. 5826 din 12 oct. 2006, Î.C.C.J. B.J. *Culegere de Decizii pe anul 2006*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 717.

probă neîndoielnică. De pildă potrivit art. 69 C.p.p. declarațiile învinutului sau ale inculpatului pot servi la aflarea adevărului, *numai în măsura în care sunt coroborate cu fapte și împrejurări ce rezultă din ansamblul probelor existente în cauză*;⁴¹ deci și acestora le este recunoscută, pe bună dreptate, chiar de legiuitor o *anumită îndoială de veridicitate* și astfel *condiționează* folosirea lor. Or în opinia noastră nu se pot completa două probe îndoielnice⁴² și respectiv înlătura îndoiala⁴³ în condițiile *aliniatului 3 al art. 86¹ C.p.p.* care condiționează aprecierea de *ansamblul probelor existente în cauză pentru a se*

⁴¹ Declarațiile învinutului și inculpatului *pot fi îndoielnice* ca urmare a provocării, temerii, interese pecuniare, sau din alte motive ce afectează grav veridicitatea acestora.

⁴² „În domeniul penal, problema administrării probelor trebuie să fie avută în vedere conform §§ 2 și 3 din art. 6. Paragraful 2, care consacră principiul prezumției de nevinovăție, reclamând, între altele, ca *sarcina probelor să revină acuzării și ca dubiul să profite acuzatului*.” Cazul Barbera, Messegue și Jabardo contra Spaniei - Procedură penală în fața Audiencia Nacional contra unor persoane acuzate de un atentat terorist. **Hotărârea din 6 decembrie 1988 (plenul Curții)** (Seria A nr.146) **Vincent Berger**, *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului*, Ediția a 6-a, Institutul Român pentru Drepturile Omului, București, 2008, p. 278. În același sens Curtea EDO, cauza Colozza și Rubinat c. Italiei, Hotărârea din 12 februarie 1985, seria A nr. 89, p. 14, 16. **Dragoș Bogdan, M. Selegean**, *Drepturi și libertăți fundamentale în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului*, Editura All Beck, București, 2005, p. 290.

⁴³ „În condițiile în care administrarea probei cu înregistrarea pe bandă magnetică a convorbirilor purtate de denunțator cu inculpatele a fost nelegală, fără respectarea procedurii prevăzute de lege, în mod corect a constatat prima instanță că a fost încălcat principiul legalității administrării probelor, înregistrarea acestor convorbiri nu poate fi folosită ca probă în procesul penal. În lipsa acestei probe celelalte probe administrate în cursul cercetărilor nu sunt suficiente pentru a se pronunța o soluție de condamnare, având aplicabilitate cu evidență principiul *in dubio pro reo*. C. Ap. București, secția I penală, decizia nr. 161 din 3 mai 2007, definitivă prin decizia nr. 4286 din 18 septembrie 2007) în *Culegere de practică judiciară în materie penală 2007*, Editura Wolters Kluwer, București, 2007, p. 509.

*reține cu certitudine vinovăția.*⁴⁴ De asemenea, pentru identitate de rațiune socotim că coroborarea declarațiilor martorilor cărora li s-a atribuit o altă identitate nu se poate face numai cu *declarațiile înregistrate potrivit art. 91¹ C.p.p.* al căror conținut nu este obținut în condițiile garanțiilor necesare în fața unei autorități competente în cadrul procesului penal⁴⁵. Or

⁴⁴ Referindu-se la *prezumția de nevinovăție* Înalta Curte de Casație și Justiție a decis: „Această prezumție este strâns legată de *aflarea adevărului* și dovedirea corectă a împrejurărilor de fapt ale cauzei, în așa fel încât vinovăția să fie stabilită *cu certitudine*.” (Î.C.C.J., s. pen., decizia nr. 1387 din 3 martie 2006, www.scj.ro); „Cu alte cuvinte, în caz de condamnare trebuie să se *dovedească fără echivoc* vinovăția inculpatului. În consecință prezumția de nevinovăție nu poate fi *răsturnată* decât prin *certitudinea instanței asupra vinovăției* inculpatului, formată pe bază de *probe neîndoielnice*, iar câtă vreme nu s-au stabilit cu certitudine temeiurile răspunderii penale, *angajarea acesteia nu poate avea loc*.” (Î.C.C.J., s. pen., decizia nr. 921 din 13 februarie 2006, www.scj.ro); „Instanța de fond a constatat însă în mod corect că în cauză nu se poate dispune condamnarea inculpatelor pentru infracțiunea prevăzută de art. 254 C.p., în lipsa unor probe din care să rezulte cu certitudine că inculpatele se fac vinovate de comiterea faptei.” C. Ap. București, secția I penală, decizia nr. 161 din 3 mai 2007, definitivă prin decizia nr. 4286 din 18 septembrie 2007) în *Culegere de practică judiciară în materie penală 2007*, Editura Wolters Kluwer, București, 2007, p. 510.

⁴⁵ „Potrivit art. 6 pct. 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului învinuitul ori inculpatul are dreptul la tăcere în timpul procesului penal; orice ascultare, interceptare a învinuitului, inculpatului *provocată* prin informator în condițiile în care aceștia au ales dreptul la tăcere constituie o *încălcare* a acestui drept, arată Curtea Europeană a Drepturilor Omului în deciziile sale; Interceptarea conversațiilor poate fi ilegală sub aspectul *lipsei* de autorizare dar și al *caracterului conversației*; valoarea probatorie a înregistrării unei conversații depinde de: *caracterul liber al exprimării, de inexistența amenințărilor, a provocărilor, a promisiunilor, sau a altor mijloace interzise de lege a fi folosite în scopul de a se obține probe*; conversațiile înregistrate trebuie să fie legale, normale, neprovocate, în condiții de libertate de exprimare neviciate prin promisiuni, amenințări, violențe, influența unor substanțe care anihilează voința etc. pentru că altfel afectează dreptul la tăcere. Chiar în baza unei autorizații legale de interceptare, este important a se verifica dacă *recunoașterile* învinuitului sau inculpatului au fost făcute *voluntar, serios, neîndoielnic, precis, neexistând*

nicio capcană sau determinare a acestuia să vorbească în sensul de mărturisire(recunoaștere) se arată în practica Curții Europene a Drepturilor Omului. În cauza Allan contra Regatului Unit, Curtea Europeană a Drepturilor Omului Secția IV-a prin Hotărârea din 5 noiembrie 2002 a statuat o serie de cerințe și aprecieri legate de dreptul la tăcere și dreptul la un proces echitabil reglementate de art. 6 din Convenție astfel. „În cazul când învinuitul sau inculpatul reclamant a fost interceptat contrar dreptului său la tăcere, trebuie analizată „posibilitatea lui reală de a contesta autenticitatea probelor (obținute prin interceptarea convorbirilor sale), și de a se opune la folosirea lor” conform principiului contradictorialității, în măsura în care recunoașterile reclamantului în cursul conversațiilor sale au fost făcute voluntar, ca o expresie a realității, neexistând nicio capcană sau altă activitate prin care să determine asemenea mărturisiri, calitatea probei, inclusiv faptul dacă împrejurările în care a fost obținută mărturisirea generează îndoieli asupra certitudinii sau acurateței ei”.

„Cât privește privilegiul împotriva auto-incriminării sau dreptul la tăcere, Curtea reiterează că acestea sunt în general recunoscute de standardele internaționale, care le leagă de conținutul procedurii echitabile. Scopul lor este să îl protejeze pe acuzat de acțiunile necorespunzătoare ale autorităților și astfel, să se evite erorile judiciare. Dreptul la absența auto-incriminării vizează, în primul rând, respectarea voinței persoanei acuzate de a păstra tăcerea și presupune ca, în cauzele penale, acuzarea să facă dovada împotriva acuzatului, fără a obține probe prin metode coercitive sau opresive împotriva voinței acuzatului. În examinarea chestiunii dacă procedura de interceptare și folosire a interceptării, a vizat însăși existența privilegiului împotriva auto-incriminării, Curtea examinează natura și gradul obligațiilor, existența oricărei protecții relevante în cadrul procedurilor și modul în care au fost utilizate materialele astfel obținute.” În cauza Allan contra Regatului Unit, „Curtea amintește că înregistrarea reclamantului la sediul poliției și în penitenciar, făcută când el se afla în compania complicelui său (la alte infracțiuni), prietenei sale și a informatorului poliției, precum și mărturia informatorului constituie principalele probe ale acuzării împotriva sa. Curtea observă, în primul rând, că materialele obținute prin înregistrările audio și video nu sunt ilegale, în sensul că nu sunt contrare dreptului intern. De asemenea, nu există nici un indiciu că recunoașterile făcute de reclamant în discuțiile cu complicele său și cu prietena sa nu ar fi fost voluntare, în sensul că ar fi fost constrâns sau păcălit să le facă. Într-adevăr, reclamantul admite că era conștient de posibilitatea de a fi înregistrat la sediul poliției. Curtea amintește și faptul că avocatul reclamantului a contestat admisibilitatea probelor, iar instanțele s-au pronunțat după ce au analizat îndeaproape chestiunea. Prin urmare, Curtea nu este convinsă că utilizarea materialelor privindu-i pe complice și pe prietenă sunt contrare cerințelor procesului echitabil conform art. 6 paragraful 1. Cât privește utilizarea înregistrărilor discuțiilor purtate cu informatorul poliției, Curtea reține că dacă dreptul la tăcere și privilegiul împotriva auto-incriminării au în primul

aceste excepții nu sunt prevăzute de lege în dispoziția analizată ceea *ce echivalează cu lipsa garanțiilor necesare;*

rând rolul de protecție împotriva acțiunilor necorespunzătoare ale autorităților și a obținerii probelor prin metode coercitive sau opresive, contrar voinței acuzatului, sfera dreptului nu se limitează la cazurile în care s-au produs în acest fel suferința acuzatului ori acesta a fost făcut să sufere în mod direct în orice fel. Acest drept, pentru care Curtea a reținut că se află în centrul noțiunii de *proces echitabil*, servește în principiu pentru a proteja *libertatea unei persoane chemată să aleagă între a răspunde sau nu la întrebările poliției*. Această *libertate de alegere* este *subminată* în cazul în care, suspectul alegând să păstreze tăcerea în timpul interogatoriilor, autoritățile recurg la subterfugiul obținerii de mărturie de la suspect ori de alte declarații incriminatoare pe care nu au putut să le obțină în timpul interogatoriilor, iar aceste mărturisiri sau declarații sunt prezentate ca probe în proces. Aprecierea, în acest caz, a măsurii în care subminarea dreptului la tăcere se constituie într-o violare a art. 6 din Convenție depinde de *împrejurările* cazului individual. Anumite orientări în acest sens pot fi găsite în jurisprudența canadiană. În prezenta cauză, Curtea notează că, la interogatorii, conform sfaturilor avocatului, reclamantul a ales în mod constant să păstreze tăcerea. Un arestat, informator de lungă durată al poliției, a fost plasat în celula acestuia în scopul de a obține informații de la el privind implicarea în săvârșirea infracțiunii de care era suspectat. Probele prezentate la proces denotă că informatorul, a fost instruit de poliție să-l determine să facă mărturisiri, astfel că, *probele decisive în acuzare obținute pe această cale nu au fost făcute în mod spontan, voluntar, ci ele au fost determinate de întrebările persistente ale informatorului* care, sub îndrumarea poliției, a canalizat discuția spre împrejurările infracțiunii, aspect care poate fi privit ca *echivalentul* funcțional al *interogatoriului*, în **absența oricărei protecții** care există în cazul unui interogatoriu formal din partea poliției, incluzând *prezența unui avocat și avertizările obișnuite*. Dacă este adevărat că nu a existat vreo relație specială între reclamant și informator și nu s-a identificat nici un factor direct de coerciție, Curtea consideră că reclamantul a fost subiectul unor *presiuni psihologice*, care au influențat asupra *caracterului „voluntar”* al afirmațiilor făcute de reclamant informatorului: el era un suspect într-un caz de omor, aflat în detenție și sub presiunea directă a interogatoriilor poliției privind omorul, astfel încât era susceptibil să fie convins de informator, cu care a împărțit aceeași celulă mai multe săptămâni, să facă anumite confidențe. În aceste împrejurări *informațiile obținute prin utilizarea în acest mod a informatorului pot fi privite ca fiind contrare dreptului acuzatului la tăcere și privilegiului împotriva auto-incriminării*. Prin urmare, sub acest aspect, *art. 6 paragraful 1 din Convenție a fost violat.* V. **Dabu, A-M. Gușanu, Reflecții asupra dreptului la tăcere**, R.D.P. nr. 4/2004, p.70-72.

- Contravine art. 6 pct. 3 lit. d) din Convenția Europeană a Drepturilor Omului în care se dispune: „Orice acuzat are în special dreptul:... d) să întrebe sau să solicite audierea martorilor *acuzării* și să obțină citarea și audierea martorilor apărării *în aceleași condiții* ca și martorii *acuzării*.” Or potrivit art. 20 din Constituția României art. 6 pct. 3 lit. d) din Convenția Europeană a Drepturilor Omului având o reglementare mai favorabilă are prioritate în aplicare față de alineatul 3 al art. 86¹ C.p.p.

IV. Dispozițiile art. 86¹ pct. 7 C.p.p. sunt susceptibile de neconstituționalitate dacă se interpretează că dispozițiile art. 86¹ pct. 6 C.p.p. referitoare la ascultarea martorului cu altă identitate și aprecierea acestei probe numai prin coroborare cu alte probe, sunt de strictă interpretare și se referă numai la martorul cu altă identitate nu și în cazul ascultării ca martor a investigatorului sub acoperire. De aceea credem că pentru a asigura o aplicare unitară în spiritul principiilor dreptului procesual penal era necesară o prevedere specială a legiuitorului sau o precizare a Curții Constituționale cum că dispozițiile art. 86¹ pct. 7 din C.p.p. sunt neconstituționale dacă se interpretează că dispozițiile art. 86¹ pct. 6 din C.p.p., referitoare la ascultarea martorului cu altă identitate și aprecierea acestei probe numai prin coroborare cu alte probe, nu sunt aplicabile și în cazul ascultării ca martor a investigatorului sub acoperire.

V. Art. 86² C.p.p.⁴⁶ este de asemenea susceptibil de *neconstituționalitate* deoarece:

⁴⁶ Art. 86² - În situațiile prevăzute în art. 86¹, dacă există mijloace tehnice corespunzătoare, procurorul sau, după caz, instanța poate admite ca martorul să fie ascultat fără a fi prezent fizic la locul unde se află organul de urmărire

1. Prin acest mod de reglementare a ascultării martorului-investigator sub acoperire se încalcă unele reguli elementare consacrate în practica judiciară care prevăd că: *„elementele de probă trebuie, în principiu, să fie produse în fața acuzatului în audiență publică, în vederea unei dezbateri contradictorii; acest principiu nu funcționează fără excepții, însă acestea nu ar putea fi acceptate decât sub rezerva drepturilor apărării.”* Dar excepțiile de la un principiu trebuie să fie strict prevăzute de lege ceea ce în reglementarea actuală nu se regăsește cum ar fi de pildă imposibilitatea⁴⁷ audierii din cauze obiective deces, maladie, negăsirea acestuia, pericol efectiv și deosebit de grav ca urmare a aflării

penală sau în sala în care se desfășoară ședința de judecată, prin intermediul mijloacelor tehnice prevăzute în alineatele următoare. Luarea declarației martorului, în condițiile arătate în alin. 1, se face în prezența procurorului. *Martorul poate fi ascultat prin intermediul unei rețele de televiziune cu imaginea și vocea distorsionate, astfel încât să nu poată fi recunoscut.* Declarația martorului ascultat, în condițiile arătate în alin. 1 și 2, se înregistrează prin mijloace tehnice video și audio și se redă integral în formă scrisă. În cursul urmăririi penale, se întocmește un proces-verbal în care se redă cu exactitate declarația martorului și acesta se semnează de procurorul care a fost prezent la ascultarea martorului și de organul de urmărire penală și se depune la dosarul cauzei. Declarația martorului, transcrisă, va fi semnată și de acesta și va fi păstrată în dosarul depus la parchet, într-un loc special, în plic sigilat, în condiții de maximă siguranță. În cursul judecății, declarația martorului va fi semnată de procurorul care a fost prezent la ascultarea martorului și de președintele completului de judecată. Declarația martorului, transcrisă, va fi semnată și de martor, fiind păstrată în dosarul depus la instanță, în condițiile prevăzute în alin. 5. Casetele video și audio pe care a fost înregistrată declarația martorului, în original, sigilate cu sigiliul parchetului sau, după caz, al instanței de judecată în fața căreia s-a făcut declarația, se păstrează în condițiile prevăzute în alin. 5. Casetele video și audio înregistrate în cursul urmăririi penale vor fi înaintate la terminarea urmăririi penale instanței competente, împreună cu dosarul cauzei, și vor fi păstrate în aceleași condiții. Dispozițiile art. 78, 85 și ale art. 86 alin. 1 și 2 se aplică în mod corespunzător.

⁴⁷ A se vedea și **Mihail Udroi, Ovidiu Predescu, Protecția europeană a drepturilor omului și procesul penal român, Tratat**, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 761.

inculpatului în stare de libertate sau a complicilor acestuia etc. Aceste reguli sunt impuse de principiile anterior enunțate respectiv: principiul aflării adevărului, dreptul la apărare, dreptul la un proces echitabil, principiul egalității armelor, principiul contradictorialității, principiul cercetării judecătorești de către o instanță independentă, obiectivă și imparțială, principiul rolului activ în strângerea și administrarea probelor în apărare cât și în acuzare, principiile criminalistice și tacticii criminalistice a administrării, interpretării și aprecierii probelor și nu în ultimul rând principiul legalității administrării probelor.

2. În acest sens Curtea Europeană a Drepturilor Omului s-a exprimat în mai multe rânduri astfel:

A. În cazul Ludi contra Elveției – „Punerea sub ascultare, dublată de intervenția unui *agent infiltrat*, în cantonul Berna.” Curtea Europeană a statuat: „În baza art. 6 §§ 1 și 3 d), Curtea amintește mai întâi jurisprudența sa constantă în materie: *elementele de probă* trebuie, în principiu, *să fie produse în fața acuzatului în audiență publică*, în vederea unei *dezbateri contradictorii*; *acest principiu nu funcționează fără excepții*, însă acestea *nu ar putea fi acceptate decât sub rezerva drepturilor apărării*. Or, condamnarea celui în cauză nu se baza pe martori anonimi ci, îndeosebi, pe depozițiile scrise ale unui ofițer de poliție sub prestare de jurământ, a cărui misiune era cunoscută de judecătorul de instrucție. Pe de altă parte, *petiționarul îl cunoștea*, dacă nu prin identitatea sa reală, *cel puțin după fizic*, pentru că l-a întâlnit.

Totuși, nici magistratul, nici instanțele de judecată nu au putut sau *nu au vrut* să-l audieze pe agentul infiltrat și *să procedeze la o confruntare* destinată să compare declarațiile acestuia cu afirmațiile d-lui Ludi; în plus, *nici*

acesta din urmă, nici avocatul său nu au avut în nici unul din momentele procedurii ocazia să-l interogheze și să arunce o îndoială asupra credibilității sale. Aceasta s-ar fi putut face într-un mod care să țină seama de interesul legitim al autorităților de poliție într-un caz de trafic de stupefiante, de a păstra anonimatul agentului lor nu numai pentru a-l proteja, ci și pentru a-l mai utiliza în viitor.

În rezumat, *drepturile apărării au suferit asemenea limitări încât petiționarul nu a beneficiat de un proces echitabil. A existat deci încălcarea paragrafului 3 d) al art. 6 combinat cu paragraful 1 (8 voturi pentru, 1 împotriva).*⁴⁸ „Lucrurile stau astfel, în special atunci când acuzatul nu a avut, în nici un stadiu al procedurii anterioare, ocazia de a pune întrebări persoanelor ale căror declarații sunt citite la audiere. În esență, Curtea de apel și-a întemeiat condamnarea lui Unterpertinger pe declarațiile soției și fiicei vitrege date de către acestea la jandarmerie, care nu au fost considerate ca niște simple informații, ci ca probe ale exactității acuzațiilor pe care cele în cauză le-au adus în acea perioadă. Având în vedere că *petiționarul a fost declarat vinovat pe baza mărturiilor în fața cărora drepturile apărării se aflau în mod sensibil reduse, a existat încălcarea paragrafului 1 al art. 6, combinat cu principiile inerente paragrafului 3 d) (unanimitate).*”⁴⁹

⁴⁸ **Vincent Berger**, *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului*, Ediția a 6-a, Institutul Român pentru Drepturile Omului, București, 2008, p. 375.

⁴⁹ Cazul Unterpertinger contra Austriei - Condamnare întemeiată pe declarații făcute la jandarmerie de către rude apropiate ale învinutului și citite la audiere după refuzul (legal) al persoanelor în cauză de a depune mărturie. **Hotărârea din 24 noiembrie 1986** (Cameră) (seria A nr.110). **Vincent Berger**, *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului*, Ediția a 6-a, Institutul Român pentru Drepturile Omului, București, 2008, p. 369.

B. În cauza Doorson c. Olandei Curtea Europeană a statuat: „Este adevărat că art. 6 din Convenție nu impune în mod explicit să fie luate în considerare interesele martorilor, în general, și ale victimelor chemate să depună mărturie, în special. Cu toate acestea, se poate pune problema vieții, libertății sau siguranței acestor persoane, ca interese relevante din perspectiva art. 8 din Convenție. Astfel de interese ale martorilor și victimelor sunt protejate, în principal, în legătură cu alte drepturi substanțiale garantate prin Convenție, care presupun ca *statele membre să-și organizeze procedurile penale astfel încât acestea să nu fie puse în pericol fără a fi necesar*. În acest context, principiile procesului echitabil impun în egală măsură ca, în anumite situații interesele apărării să fie echilibrate cu cele ale martorilor sau victimelor chemate să depună mărturie (C.E.D.O., Hotărârea din 26 martie 1996, § 70, www.echr.coe.int).”

C. În cauza Krasniki c. Republicii Cehia Curtea Europeană a statuat: „Probele trebuie să fie administrate în mod *normal în audiere publică, în prezența acuzatului, care are posibilitatea să le conteste*. Există excepții de la acest principiu, dar ele nu trebuie să încalce dreptul la apărare. Ca regulă generală, *acuzatului trebuie să i se ofere oportunități adecvate pentru a putea contesta și contracara mărturia depusă împotriva sa, fie la momentul când această mărturie este depusă, fie ulterior (cauza Ludi c. Elveției, Hotărârea din 15 iunie 1992, § 49)*. *Folosirea declarațiilor martorilor anonimi trebuie să fie contrabalansată în mod suficient prin proceduri specifice impuse autorităților judiciare: persoana nu va fi împiedicată să analizeze credibilitatea martorului (cauza Kostovski c. Olandei, Hotărârea din 20 noiembrie 1989, § 42), iar condamnarea nu trebuie să se bazeze numai sau într-un mod decisiv pe mărturia*

anonime (cauza Van Mechelen și alții c. Olandei, Hotărârea din 30 octombrie 1997 § 54-55). În cauză, Curtea observă că autoritățile au luat în considerare mediul traficantilor de droguri, care folosesc în mod frecvent amenințări sau violență față de cei care depun mărturie împotriva lor, și *nu riscul concret* la care ar fi fost supuși martorii pentru a se justifica depunerea mărturiei sub anonim. În plus, Curtea observă că *aceste declarații au condus în mod decisiv la pronunțarea unei hotărâri de condamnare în cauză*, motiv pentru care *apreciază că procedura în totalitatea sa nu a fost corectă, încălcându-se prevederile art. 6 din Convenție* (C.E.D.O., Hotărârea din 28 februarie 2006, § § 75-86”, www.echr.coe.int).

D. În cauza Taal c. Estoniei Curtea Europeană a statuat: „Având în vedere faptul că *acuzatul nu a avut posibilitatea examinării martorilor anonimi* în niciun stadiu al procedurii și că *nici unul din martorii anonimi nu a fost niciodată examinat de instanțele judecătorești*, Curtea a apreciat că *drepturile apărării au fost încălcate într-un mod incompatibil cu garanțiile cuprinse în art. 6 din Convenție* (C.E.D.O., Hotărârea din 22 noiembrie 2005, § 55”, www.echr.coe.int).

E. În cauza Birutis și alții c. Lituaniei Curtea Europeană a statuat: „În această cauză, datorită naturii infracțiunii presupuse a fi comisă de reclamanți, și anume o revoltă în penitenciar, autoritățile au avut justificarea pentru *acordarea anonimatului martorilor, posibili co-deținuți ai reclamanților*. Totuși, această circumstanță, în sine, *nu poate justifica modul în care autoritățile au administrat mărturiile anonime*. În apărarea lor, reclamanții au *relevat inconsistența declarațiilor anonime*, invocând faptul că *martorii anonimi, posibil alți deținuți, au colaborat cu*

administrația penitenciarului pentru a obține un regim de detenție mai bun sau, având în vedere revolta pe scară largă ce avusese loc, evitarea unei urmăriri penale. În ciuda acestor susțineri cu privire la credibilitatea declarațiilor anonime, nici reclamanții și nici avocații acestora nu au putut pune întrebări martorilor anonimi. În plus, nici instanța națională nu a recurs, din oficiu, potrivit reglementărilor legale existente, la examinarea metodei și a circumstanțelor în care au fost obținute declarațiile anonime, declarațiile fiind citite în instanță astfel cum au fost ele luate de autoritățile investigative. *Faptul că instanța nu a interogat martorii anonimi și nu a efectuat un control al modului și circumstanțelor în care acestea au fost obținute a fost considerat de Curte ca inacceptabil din punct de vedere al respectării dreptului la apărare și la un proces echitabil pentru reclamanți, în conformitate cu art. 6 parag. 1 și 3 lit. d) din Convenție*” (C.E.D.O., Hotărârea din 28 martie 2002, § § 30, 33-34, www.echr.coe.int).

F. În Cauza Van Mechelen și alții c. Olandei Curtea a decis: „Dacă anonimatul martorului acuzării este menținut, apărarea va întâmpina dificultăți pe care procedura penală nu le presupune în mod obișnuit. Prin urmare, Curtea recunoaște că în astfel de cazuri art. 6 parag. 3 lit. d) din Convenție impune ca dificultățile apărării să fie compensate în mod suficient prin procedurile aplicate de autoritățile judiciare. Curtea apreciază că echilibrarea intereselor apărării cu argumentele care susțin menținerea anonimatului martorilor ridică probleme deosebite dacă respectivii martori aparțin forțelor polițienești ale statului. Dacă interesele acestora din urmă, ca și cele ale familiilor lor, sunt protejate de Convenție, trebuie recunoscut însă că situația lor diferă într-o anumită măsură de cea a unui

martor dezinteresat sau a unei victime, întrucât ei au o obligație generală de a respecta dispozițiile autorităților executive ale statului și au, în general, legături cu Ministerul Public. Chiar și numai pentru motivele menționate, aceste persoane nu ar trebui folosite ca martori anonimi decât în situații excepționale. În plus, este în firea lucrurilor ca printre îndatoririle lor, îndeosebi în cazul ofițerilor de poliție investiți cu efectuarea de arestări, să se numere și aceea de a depune mărturie în cadrul unei audieri publice (C.E.D.O., Hotărârea din 30 octombrie 1997, § § 54, 56, www.echr.coe.int).” Din păcate din actualele reglementări nu rezultă că folosirea martorilor anonimi trebuie să fie excepții, iar acestea să fie în *situații excepționale strict prevăzute de lege.*

G. În cauza Visser c. Olandei Curtea a statuat: „În examinarea chestiunii dacă folosirea mărturiei anonime poate fi considerată justificată în circumstanțele cauzei, Curtea a observat că martorul a susținut în fața judecătorului de instrucție, așa cum rezultă din consemnarea oficială a mărturiei aflate la dosarul cauzei, că nu îl cunoaște pe reclamant, dar că îi este frică de represalii, deoarece unul din coacuzatii reclamantului este cunoscut ca fiind violent, iar infracțiunea, în sine, constituia un act de răzbunare. Se pare că judecătorul de instrucție a luat în considerare reputația în general a coacuzatului, raportul său neprezentând modul în care magistratul a evaluat caracterul rezonabil al temerilor martorului, fie la momentul când acesta a fost audiat de poliție, fie atunci când martorul a fost audiat de judecătorul de instrucție, aproape 6 ani mai târziu. *Nici instanța de judecată nu a făcut o astfel de analiză în ceea ce privește seriozitatea și temeinicia motivelor acordării anonimatului martorului atunci când a decis să administreze ca probă a acuzării declarația acestuia*

făcută în fața judecătorului de instrucție. În aceste condiții, Curtea a apreciat că interesele martorului în a rămâne anonim nu au justificat limitarea dreptului apărării la modul în care acesta a avut loc. În plus, Curtea a observat că hotărârea de condamnare a reclamantului s-a bazat într-un mod decisiv pe mărturia anonimă, constatându-se, prin urmare, încălcarea art. 6 par. 1 și 3 lit. d) din Convenție.” (C.E.D.O., Hotărârea din 14 februarie 2002, § § 47, 48, 50, 52, www.echr.coe.int).

Art. 86² alin. 3 C.p.p. este *neconstituțional* și deoarece înlăturarea posibilității martorului de a fi cunoscut de părți și apărătorii acestora prin folosirea imaginii și vocii distorsionate, încalcă *drepturile* inculpatului, părții vătămate, părții civile și ale apărătorilor acestora *de a participa efectiv și eficient* la audierea martorului și *a putea urmării direct, nemijlocit* exprimarea verbală și nonverbală a acestuia și respectiv *a putea aprecia veridicitatea mărturiei și formula apărării inclusiv de a evidenția semnele neadevărului în tot complexul audierii* în concordanță cu dispozițiile art. 21 pct. 3, art. 24 alin. 1 și 2, art. 31 pct. 1 din Constituția României; pe de altă parte *contravine și practicii Curții Europene* în care s-a statuat: „*dacă apărarea nu cunoaște identitatea unui martor, ea se poate vedea privată de posibilitatea de a stabili dacă acesta este partinitor, ostil sau nedemn de încredere.*”⁵⁰, cum ar fi în cazul unei rude a părții civile, membru al bandei adverse, dușmănie, iresponsabil, mitoman, stare de ebrietate, sub acțiunea drogurilor, prezența constrângerii de către organul

⁵⁰ Kostosvski contra Olandei, „Condamnare bazată într-o măsură determinată pe declarațiile unor martori anonimi” CEDO prin Hotărârea din 20 noiembrie 1989 (Plenul Curții) (seria A nr. 166) în **Vincent Berger**, *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului*, Ediția a 6-a, Institutul Român pentru Drepturile Omului, București, 2008, p. 374.

judiciar, martorul de „profesie” etc. O singură excepție este prevăzută în Rezoluția Consiliului Uniunii Europene din 23 noiembrie 1995, dar numai în cadrul luptei împotriva criminalității organizate prin care a *indicat* (nu dispus) „posibilitatea depunerii mărturiei într-un loc diferit de cel în care se află persoana urmărită, prin apelarea, dacă este cazul, la procedee audiovizuale specifice”.

DECLARAREA CA INDEZIRABIL – *EVOLUȚIE ȘI CONTROVERSE*

Cătălin Popescu
Procuror la
Parchetul de pe lângă
Curtea de Apel București

In the category of measures that may be taken against foreigners, a central place is occupied by the *declaration as undesirable* for reasons of public order or national security.

The process of declaring a foreign national as undesirable is commonly somewhat difficult because the institution itself has evolved and is regulated differently as legal nature.

1. Noțiuni introductive

În categoria măsurilor ce pot fi luate împotriva străinilor un loc central îl ocupă declararea acestora ca indezirabili pentru considerente de ordine publică ori securitate națională.

Demersul de definire a declarării ca indezirabil a unui cetățean străin este oarecum dificil, îndeobște din cauza faptului că instituția în sine a evoluat, fiind reglementată diferit ca natură juridică.

Astfel, inițial, declararea ca indezirabil a fost prevăzută ca o măsură de autoritate luată de organele statale cu competențe în domeniul apărării ordinii publice (deci ca măsură administrativă).

Ulterior, în momentul în care a dobândit o reglementare distinctă în cadrul legii naționale privind

regimul străinilor, declararea ca indezirabil a primit o definiție stângace, și anume ca măsură administrativă de autoritate luată de magistrat (procuror).

În prezent, în forma actuală a prevederilor legale, declararea ca indezirabil este obiectivată ca o măsură dispusă de judecător prin care se restrâng drepturile și libertățile fundamentale ale unor categorii de persoane.

Conchizând încercarea de definiție, rezultă că declararea ca indezirabil constituie o măsură restrictivă de drepturi cu caracter temporar instituită de magistrat împotriva unor categorii de străini/apatrizi (respectiv care au desfășurat, desfășoară sau despre care există indicii temeinice că intenționează să desfășoare activități de natură să pună în pericol securitatea națională ori ordinea publică).

2. Evoluția reglementării. Sediul materiei

Declararea ca indezirabil nu reprezintă o instituție juridică nouă, postdecembristă.

Aceasta este menționată – este adevărat că lapidar – în prima lege națională privind regimul străinilor, respectiv Legea nr. 25/17.12.1969 privind regimul străinilor în Republica Socialistă România, publicată în Buletinul Oficial nr. 57/18.05.1972.

În acest sens, în art. 4 se arată următoarele:

Străinului i se poate refuza intrarea în România, dacă:

a) a acționat împotriva intereselor României sau există indicii temeinice că venind în țară ar putea acționa împotriva intereselor statului român;

b) sunt indicii temeinice ca intenționează să intre în țară pentru a comite infracțiuni;

c) a încălcat normele referitoare la regimul străinilor în România sau legile vamale, valutare ori cele cu privire la trecerea frontierei de stat române;

d) i s-a ridicat dreptul de ședere în România, a fost expulzat ori este indezirabil;

e) nu face dovada ca are posibilități de întreținere pe timpul șederii în România.

După schimbarea regimului politic, instituția rămâne nemodificată până la intrarea în vigoare a Legii nr. 123/02.04.2001, publicată în Monitorul Oficial nr. 168/03.04.2001.

În art. 19 se stipula:

(1) Ministerul de Interne poate dispune limitarea sau întreruperea dreptului de ședere al străinului care a desfășurat, desfășoară ori există indicii temeinice că intenționează să desfășoare activități de natură să pună în pericol siguranța națională, ordinea publică, sănătatea sau morala publică, drepturile și libertățile cetățenilor.

(2) În asemenea cazuri Ministerul de Interne poate declara străinul persoană indezirabilă pentru România pe o perioadă determinată.

(3) Măsura limitării sau întreruperea dreptului de ședere a străinilor în țară poate fi contestată pe calea contenciosului administrativ.

În cuprinsul Hotărârii Guvernului nr. 476/17.05.2001 privind normele metodologice de aplicare a Legii nr. 123/2001, la art. 62 se preciza că instituțiile care dețin indicii temeinice în sensul celor prevăzute la art. 19 alin. 1 din lege pot solicita Ministerului de Interne limitarea, întreruperea, revocarea dreptului de ședere sau declararea ca indezirabil a unui străin, purtând întreaga responsabilitate în legătură cu temeinicia datelor deținute.

Totodată, la art. 64 se stipula că, în sensul prezentelor norme metodologice, prin perioadă determinată pentru care străinii pot fi declarați indezirabili și li se interzice intrarea în România se înțelege un interval de timp cuprins între 5 și 10 ani, cu posibilitatea prelungirii termenului pentru o nouă perioadă cuprinsă între aceste limite, în cazul în care subzistă motivele care au condus la luarea acestei măsuri. Prelungirea termenului se va face numai la solicitarea autorităților competente.

Abia prin adoptarea O.U.G. nr. 194/12.12.2002, publicată în Monitorul Oficial nr. 955/27.12.2002, s-a instituit un regim nou și corelat standardelor internaționale de dispunere și control al acestei măsuri restrictive de drepturi.

Textul art. 83 din actul normative indicat prevedea astfel:

(1) Declarația ca indezirabil constituie o măsură administrativă de autoritate, dispusă împotriva unui străin care a desfășurat, desfășoară ori există indicii temeinice că intenționează să desfășoare activități de natură să pună în pericol siguranța națională sau ordinea publică.

(2) Măsura prevăzută la alin. 1 se dispune de către procurorul anume desemnat de la Parchetul de pe lângă Curtea de Apel București, la propunerea Autorității pentru străini sau a altor instituții cu competențe în domeniul ordinii publice și siguranței naționale care dețin date sau indicii temeinice în sensul celor prevăzute la alin. 1.

(3) Procurorul se pronunță, prin ordonanță motivată, în termen de 5 zile de la primirea propunerii formulate în condițiile alin. 2 și, în cazul aprobării acesteia, transmite ordonanța de declarare ca indezirabil la Autoritatea pentru străini pentru a fi pusă în executare.

Atunci când declararea străinului ca indezirabil se întemeiază pe rațiuni de siguranță națională, în conținutul ordonanței nu vor fi menționate motivele care stau la baza acestei decizii.

(4) Dreptul de ședere al străinului încetează de drept de la data emiterii ordonanței de declarare ca indezirabil.

(5) Perioada pentru care un străin poate fi declarat indezirabil este de la 5 la 15 ani, cu posibilitatea prelungirii termenului pentru o nouă perioadă cuprinsă între aceste limite, în cazul în care se constată că nu au încetat motivele care au determinat luarea acestei măsuri.

(6) Prolungirea termenului se va face în condițiile prevăzute la alin. 2.

Art. 84 reglementa aducerea la cunoștința străinului a măsurii de declarare a indezirabil:

(1) Ordonanța de declarare ca indezirabil se aduce la cunoștință străinului de către Autoritatea pentru străini, în condițiile prevăzute la art. 81.

(2) Comunicarea datelor și informațiilor care constituie motivele ce au stat la baza deciziei de declarare ca indezirabil pentru rațiuni de siguranță națională se poate face numai în condițiile stabilite și către destinatarii în mod expres prevăzuți de actele normative care reglementează regimul activităților referitoare la siguranța națională și protejarea informațiilor clasificate. Asemenea date și informații nu pot fi, sub nicio formă, direct sau indirect, aduse la cunoștința străinului declarat indezirabil.

În art. 85 erau prevăzute căile de atac împotriva măsurii:

(1) Ordonanța de declarare ca indezirabil poate fi atacată de străinul împotriva căruia a fost dispusă, în termen de 5 zile lucrătoare de la data comunicării, la

Curtea de Apel București. Sentința instanței este definitivă și irevocabilă.

(2) Exercițarea căii de atac prevăzute la alin. 1 nu are efect suspensiv de executare a ordonanței de declarare ca indezirabil a străinului. În cazuri bine justificate și pentru a se preveni producerea de pagube iminente, reclamantul poate cere instanței să dispună suspendarea executării ordonanței de declarare ca indezirabil până la soluționarea acțiunii. Instanța va soluționa cererea de suspendare, de urgență, hotărârea pronunțată în acest caz fiind executorie de drept.

În prezent, ca urmare a adoptării de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului a unor hotărâri de condamnare a României pentru încălcarea art. 8 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și a art. 1 din Protocolul nr. 7 la Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, legislația națională în materia declarării ca indezirabili a străinilor a suferit modificări sub aspectul mecanismului de dispunere a măsurii.

Astfel, prin Legea nr. 56 din 13.03.2007, publicată în Monitorul Oficial nr. 201 din 26.03.2007, s-a modificat secțiunea referitoare la declararea ca indezirabil, fiind prevăzute următoarele:

Art. 85:

(1) Declararea ca indezirabil este o măsură care se dispune împotriva unui străin care a desfășurat, desfășoară ori există indicii temeinice că intenționează să desfășoare activități de natură să pună în pericol securitatea națională sau ordinea publică.

(2) Măsura prevăzută la alin. 1 se dispune de Curtea de Apel București, la sesizarea procurorului anume desemnat de la Parchetul de pe lângă Curtea de Apel București. Procurorul sesizează instanța de

judecată, la propunerea instituțiilor cu competențe în domeniul ordinii publice și securității naționale care dețin date sau indicii temeinice, în sensul celor prevăzute la alin. 1.

(3) Datele și informațiile în baza cărora se propune declararea ca indezirabil pentru rațiuni de securitate națională se pun la dispoziția instanței de judecată, în condițiile stabilite de actele normative care reglementează regimul activităților referitoare la siguranța națională și protejarea informațiilor clasificate.

(4) Sesizarea prevăzută la alin. 2 se judecă în camera de consiliu, cu citarea părților. Instanța de judecată aduce la cunoștință străinului faptele care stau la baza sesizării, cu respectarea prevederilor actelor normative care reglementează regimul activităților referitoare la siguranța națională și protejarea informațiilor clasificate.

(5) Curtea de Apel București se pronunță, prin hotărâre motivată, în termen de 10 zile de la sesizarea formulată în condițiile alin. 2. Hotărârea instanței este definitivă. Atunci când declararea străinului ca indezirabil se întemeiază pe rațiuni de securitate națională, în conținutul hotărârii nu se menționează datele și informațiile care au stat la baza motivării acesteia.

(6) Hotărârea se comunică străinului, precum și, dacă instanța dispune declararea ca indezirabil, Oficiului Român pentru Imigrări, pentru a fi pusă în executare.

(7) Dreptul de ședere a străinului încetează de la data pronunțării hotărârii prin care acesta a fost declarat indezirabil.

(8) Punerea în executare a hotărârii prin care străinul a fost declarat indezirabil se realizează prin escortarea străinului până la frontieră sau până în țara de

origine, de către personalul specializat al Oficiului Român pentru Imigrări.

(9) Perioada pentru care un străin poate fi declarat indezirabil este de la 5 la 15 ani, cu posibilitatea prelungirii termenului pentru o nouă perioadă cuprinsă între aceste limite, în cazul în care se constată că nu au încetat motivele care au determinat luarea acestei măsuri. Prelungirea termenului se face în condițiile prevăzute la alin. 2.

Art. 86

(1) Hotărârea prevăzută la art. 85 alin. 5 poate fi atacată cu recurs, în termen de 10 zile de la data comunicării, la Înalta Curte de Casație și Justiție. Instanța se pronunță în termen de 5 zile de la data primirii cererii.

(2) Exercițarea căii de atac prevăzute la alin. 1 nu are efect suspensiv de executare a hotărârii prin care străinul a fost declarat indezirabil. În cazuri temeinic justificate și pentru a se preveni producerea de pagube iminente, străinul poate cere instanței să dispună suspendarea executării hotărârii prin care a fost declarat indezirabil, până la soluționarea căii de atac. Instanța va soluționa cererea de suspendare de urgență, hotărârea pronunțată în acest caz fiind executorie de drept.

În practică, majoritatea covârșitoare a propunerilor de declarare ca indezirabili a străinilor au fost formulate de către Serviciul Român de Informații ca urmare a constatării unor atingeri aduse siguranței naționale a României.

În această privință, se observă că sediul materiei (art. 85 - 86 din O.U.G. nr. 194/2004) se completează cu dispoziții din alte acte normative.

Astfel, în art. 44 din Legea nr. 535/25.11.2004 privind prevenirea și combaterea terorismului se prevede că împotriva cetățenilor străini sau apatrizilor despre care

există date sau indicii temeinice că intenționează să desfășoare acte de terorism ori de favorizare a terorismului se dispune măsura de declarare ca persoană indezirabilă pentru România sau de întrerupere a dreptului de ședere în țară, dacă împotriva acestora nu s-a dispus măsura nepermitterii ieșirii din țară, potrivit legii privind regimul străinilor în România.

Prevederile alin. 1 se aplică în mod corespunzător și solicitanților de azil, refugiaților și victimelor conflictelor armate ale căror statut și regim sunt reglementate prin legi speciale.

De asemenea, la formularea propunerii se vor avea în vedere dispozițiile art. 3 din Legea nr. 51/29.07.1991 a siguranței naționale a României.

Textul indicat conține o enumerare a amenințărilor la adresa siguranței naționale a României, între care:

- lit. e) spionajul, transmiterea secretelor de stat unei puteri sau organizații străine ori agenților acestora, procurarea ori deținerea ilegală de documente sau date secrete de stat, în vederea transmiterii lor unei puteri sau organizații străine ori agenților acestora sau în orice alt scop neautorizat de lege, precum și divulgarea secretelor de stat sau neglijență în păstrarea acestora;

- lit. f) subminarea, sabotajul sau orice alte acțiuni care au ca scop înlăturarea prin forță a instituțiilor democratice ale statului ori care aduc atingere gravă drepturilor și libertăților fundamentale ale cetățenilor români sau pot aduce atingere capacității de apărare ori altor asemenea interese ale țării, precum și actele de distrugere, degradare ori aducere în stare de neîntrebuințare a structurilor necesare bunei desfășurări a vieții social-economice sau apărării naționale;

- lit. i) actele teroriste, precum și inițierea sau sprijinirea în orice mod a oricăror activități al căror scop îl constituie săvârșirea de asemenea fapte;

- lit. l) inițierea sau constituirea de organizații sau grupări ori aderarea sau sprijinirea sub orice formă a acestora, în scopul desfășurării vreuneia din activitățile enumerate la lit. a)- k), precum și desfășurarea în secret de asemenea activități de către organizații sau grupări constituite potrivit legii.

Sunt vizate actele de terorism propriu-zis, dar și de prozelitism.

3. Aspecte teoretice și practice

Față de aceste elemente reglementative, rezultă că declararea ca indezirabil se dispune împotriva străinului care a desfășurat, desfășoară sau despre care există indicii temeinice că intenționează să desfășoare activități de natură să pună în pericol securitatea națională sau ordinea publică.

Se observă că enumerarea din text nu este cumulativă: străinul trebuie să fie într-una din situații: trecut, prezent sau viitor. În cazul în care va desfășura activități periculoase pentru securitatea națională sau ordinea publică, textul are o mențiune suplimentară – să existe indicii temeinice.

De asemenea, măsura se poate lua numai în cazul amenințărilor la adresa securității naționale ori numai în cazul amenințărilor la adresa ordinii publice, deci enumerarea nu este cumulativă.

Instanța de judecată se pronunță ca urmare a sesizării procurorului anume desemnat din cadrul Parchetului de pe lângă Curtea de Apel București.

Serviciul Român de Informații întocmește propunerea sub forma unui document clasificat în care se

face o expunere a temeiurilor de fapt și de drept, precum și indicarea perioadei pentru care se solicită declararea ca indezirabil.

Ca urmare, dacă va găsi întemeiată propunerea, procurorul întocmește o rezoluție prin care va expune o scurtă situație de fapt cu caracter general (avându-se în vedere că datele pe care se bazează propunerea sunt clasificate strict secret), o situație a străinului (dacă are ședere legală, scopul șederii în România, dacă este căsătorit și are copii cetățeni români, dacă are drept de azil ori este solicitant al statutului de refugiat ori al unei alte forme de protecție juridică), indicarea temeiurilor de drept, solicitarea de declarare ca indezirabil a străinului (cu indicarea perioadei) și de luare în custodie publică și indicarea unei adrese la care străinul să fie citat.

Cu privire la determinarea situației juridice a străinului, se observă că este necesară cunoașterea acesteia, întrucât în conformitate cu art. 147 din O.U.G. nr. 194/2002, prevederile Legii nr. 122/2006 privind azilul în România se aplică cu prioritate față de prevederile ordonanței de urgență, cu excepția situațiilor în care rațiuni de securitate națională sau de ordine publică impun îndepărtarea acestora de pe teritoriul României.

Prin urmare, străinul poate fi declarat ca indezirabil chiar dacă are statut de refugiat pe teritoriul României (sau al altor state membre ale Uniunii Europene), fiind prioritare prevederile care apără siguranța națională.

La rezoluția Parchetului de pe lângă Curtea de Apel București se atașează adresa Serviciului Român de Informații care va păstra clasificarea dată de emitent și se va transmite instanței al doilea exemplar cu asigurarea menținerii gradului de clasificare corespunzător și a

condițiilor de manipulare prevăzute de actele normative în materie.

În acest context, se impune și precizarea că este necesară urgentarea procesului de obținere a certificatelor de acces la informații clasificate al judecătorilor, numărul redus al acestora făcând oarecum inaplicabil principiul repartizării aleatorii a cauzelor, în situația în care se pune și problema specializării completelor de judecată.

Judecarea cauzei se face cu citarea părților, respectiv Parchetul de pe lângă Curtea de Apel București și străinul propus a fi declarat ca indezirabil.

În practică, citarea pârâtului reprezintă cea mai spinoasă problemă, din două considerente: celeritatea judecării cauzei și necunoașterea unui domiciliu legal.

Citarea pârâtului se va realiza la adresele indicate de parchet, dar se poate ivi și situația imposibilității indicării unui domiciliu, mai ales pentru cazurile străinilor care nu au reglementat dreptul de ședere sau au intrat ilegal pe teritoriul României ori, și mai delicat, nu au stabilită cu certitudine identitatea.

Regula constă în aceea că străinul se va cita la domiciliu. Dacă domiciliul nu este cunoscut, conform art. 87 pct. 9 C.p.civ., se va proceda potrivit art. 95 C.p.civ. Textul stipulează că președintele instanței va dispune citarea prin publicitate. Citarea prin publicitate se face prin afișarea citației la ușa instanței. Citația se poate publica și în Monitorul Oficial și într-un ziar mai răspândit, dacă președintele instanței apreciază că o asemenea măsură este necesară.

După cum este cunoscut, citația se înmânează părții cu cel puțin 5 zile anterior termenului de judecată. În pricinile urgente, termenul poate fi mai scurt, după aprecierea instanței.

În practică, Curtea de Apel București acordă termen de judecată mai scurt decât cele 5 zile necesare pentru citare, având în vedere în principal necesitatea de a acționa cu celeritate, fiind în discuție amenințări la adresa securității naționale.

Străinului i se asigură apărător și interpret pentru limba pe care o cunoaște și în care se poate exprima.

Judecarea cauzei se face în ședință de cameră de consiliu, cu respectarea principiilor oralității și contradictorialității.

Prezența străinului nu este obligatorie.

Părțile au dreptul să ceară probe. De principiu, amânarea cauzei nu este exclusă, dar în practică s-a optat pentru acordarea unui termen în cursul aceleiași zile.

Instanța aduce la cunoștință străinului faptele care au stat la baza sesizării – dispoziție care aduce mai mult cu procedura penală, unde se citește inculpatului rechizitoriul.

În acest punct, este important de menționat că, de regulă, este foarte fină linia de demarcație între caracterul ilicit al atingerii aduse securității naționale prin fapta pentru care străinul urmează să fie declarat indezirabil și infracțiunile la adresa siguranței naționale. Aceasta constituie principala problemă cu care se confruntă judecătorul cauzei, nu de puține ori, în urma analizării documentației, acesta fiind chemat să ia o hotărâre mai mult în spiritul apărării suveranității și securității naționale.

Instanța se pronunță prin hotărâre motivată în termen de 10 zile de la primirea sesizării.

Hotărârea instanței este definitivă și executorie. Hotărârea nu se motivează, dacă declararea ca indezirabil a străinului s-a făcut pentru rațiuni de securitate națională.

Principalul efect al declarării ca indezirabil constă în îndepărtarea străinului de pe teritoriul României prin încetarea dreptului de ședere de la data pronunțării hotărârii.

Punerea în executare a hotărârii se realizează prin escortarea străinului până la frontieră sau până în statul de origine de către personalul specializat al Oficiului Român pentru Imigrări.

Perioada declarării ca indezirabil este cuprinsă între 5 și 15 ani, cu posibilitatea prelungirii în aceleași condiții pentru o nouă perioadă în aceleași limite.

Odată cu declararea ca indezirabil, instanța va dispune și luarea în custodie publică a celui în cauză până la aducerea la îndeplinire a măsurii. Luarea în custodie publică reprezintă o măsură restrictivă de drepturi care presupune plasarea străinului într-un centru de cazare special destinat. Această măsură se poate lua în mai multe cazuri (expulzare, îndepărtare sub escortă), dar numai în situația declarării ca indezirabil legea nu prevede un termen maxim.

Hotărârea se poate ataca cu recurs la Înalta Curte de Casație și Justiție în termen de 10 zile de la data comunicării. Se ridică problema unde i se va comunica străinului hotărârea, mai ales în cazul în care este lipsă la dezbateri.

Recursul nu este suspensiv de executare – corelația cu dreptul comun în materie, respectiv art. 300 C.p.civ.

În cazuri temeinic justificate și pentru a preveni producerea de pagube iminente, străinul poate cere instanței să dispună suspendarea hotărârii recurate. Această cerere se judecă de urgență, iar hotărârea pronunțată este executorie de drept.

Ca o observație de statistică, până la data redactării prezentului material, pe noua procedură au fost declarați indezirabili 3 străini: 2 cetățeni turci și un cetățean pakistanez.

4. Situația cetățenilor statelor membre ale Uniunii Europene

În privința cetățenilor statelor membre ale Uniunii Europene, sunt aplicabile prevederile O.U.G. nr. 102/14.07.2005 privind libera circulație pe teritoriul României a cetățenilor statelor membre ale Uniunii Europene și Spațiului Economic European.

În secțiunea a doua a capitolului al IV-lea al legii (restrângerea dreptului la liberă circulație pe teritoriul României a cetățenilor Uniunii Europene și a membrilor familiilor lor – art. 27 – 29¹) sunt cuprinse regulile privind declararea ca indezirabil a acestei categorii de străini.

În esență, principalele instituții ale măsurii declarării ca indezirabil se regăsesc și în această situație.

Excepție face doar perioada pentru care se poate dispune măsura, și anume între 1 și 10 ani, cu posibilitatea prelungirii. Mai mult, ca o facilitate suplimentară, după împlinirea a jumătate din perioadă sau după 3 ani de la dispunerea măsurii, persoana vizată poate cere ridicarea interdicției. Cererea este de competența instanței care a luat măsura și se judecă în camera de consiliu. Cauza se soluționează de urgență și cu precădere.

Art. 29¹ din actul normativ stipulează în mod stângaci că hotărârea din primă instanță se supune recursului, dar hotărârea pronunțată de instanța de recurs este definitivă și irevocabilă. Participarea procurorului este obligatorie.

5. Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului

După cum am menționat anterior, actuala formă de reglementare a mecanismului decizional reprezintă rezultatul pronunțării a două hotărâri de condamnare a statului român în materia declarării ca indezirabili a cetățenilor străini.

În forma inițială a O.U.G. nr. 194/2002, declararea ca indezirabili a străinilor se dispunea de procurorul anume desemnat din cadrul Parchetului de pe lângă Curtea de Apel București, prin ordonanță motivată, împotriva căreia cel vizat avea calea de atac a plângerii la instanța corespunzătoare în grad.

Cel mai important inconvenient îl reprezenta dispoziția conform căreia comunicarea datelor și informațiilor care constituie motivele ce au stat la baza deciziei de declarare ca indezirabil pentru rațiuni de siguranță națională se poate face numai în condițiile stabilite și către destinatarii în mod expres prevăzuți de actele normative care reglementează regimul activităților referitoare la siguranța națională și protejarea informațiilor clasificate. Asemenea date și informații nu pot fi, sub nicio formă, direct sau indirect, aduse la cunoștința străinului declarat indezirabil.

Această dispoziție legală dilua până aproape de zero posibilitatea judecătorului de a cenzura actul procurorului, în condițiile în care practic acesta se putea pronunța doar pe aspectele de formă ale ordonanței de declarare ca indezirabil, neavând acces în mod real și efectiv la conținutul materialelor examinate de procuror.

Textul legal citat anterior (respectiv fostul art. 84 alin. 2 din O.U.G. nr. 194/2002) a format obiect al unei excepții de neconstituționalitate.

Prin Decizia Curții Constituționale nr. 342/16.09.2003 s-a apreciat că articolul citat mai sus respectă Constituția și Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, din următoarele considerente:

- situația străinilor declarați indezirabili în scopul apărării siguranței naționale și protejării informațiilor clasificate este diferită de cea a celorlalți cetățeni străini, ceea ce poate determina legiuitorul să stabilească drepturi diferite pentru aceste două categorii de cetățeni străini, fără ca prin aceasta să se încalce principiul egalității. Diferența reală, care rezultă din cele două situații, justifică existența unor reguli distincte.

- interdicția stabilită de legiuitor pentru cetățenii străini declarați indezirabili, de a nu li se aduce la cunoștință datele și informațiile pe baza cărora s-a luat o astfel de decizie, este în concordanță cu dispozițiile constituționale ale art. 31 alin. 3, potrivit cărora "dreptul la informație nu trebuie să prejudicieze [...] siguranța națională".

- nu se încalcă principiul accesului liber la justiție, consacrat de art. 21 din Constituție.

- curtea nu poate reține nici încălcarea prevederilor art. 123 alin. 2 din Constituție referitor la independența judecătorilor, deoarece aceștia trebuie să respecte legea care dă prioritate intereselor privind siguranța națională a României.

- referitor la prevederile cuprinse în Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale (art. 6 pct. 1), precum și la cele ale Declarației Universale a Drepturilor Omului (art. 9 și 10), curtea reține că textul legal criticat nu oprește părțile interesate de a apela la instanțele judecătorești, de a fi apărate și de a se prevala de toate garanțiile procesuale

care condiționează într-o societate democratică procesul echitabil.

Prin urmare, Curtea Constituțională a apreciat că dispozițiile care apără securitatea națională a statului trebuie să aibă prioritate în raport cu cele care privesc drepturile și libertățile fundamentale astfel cum acestea sunt statuate în legislația națională.

Prin hotărârea din 8 iunie 2006, definitivă la 8 septembrie 2006, pronunțată în cauza Lupșa împotriva României, publicată în Monitorul Oficial nr. 30/17.01.2007, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat că s-a produs o încălcare a art. 8 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și a art. 1 din Protocolul nr. 7 la Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale prin declararea ca indezirabil a reclamantului.

Sintetic, Curtea a reținut următoarele:

La originea cauzei se află o cerere (nr. 10.337/04) îndreptată împotriva României, prin care un cetățean sârbo-muntenegrean, Dorjel Lupșa (reclamantul), a sesizat Curtea la data de 19.01.2004, în temeiul art. 34 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale.

Reclamantul s-a născut în anul 1965 în Iugoslavia și în acea perioadă locuia în Belgrad.

În cursul anului 1989, reclamantul, cetățean iugoslav, a intrat și s-a stabilit în România. A locuit aici 14 ani și în 1993 a înființat o societate comercială a cărei activitate principală era prăjirea și comercializarea cafelei. De asemenea, a învățat limba română și a trăit marital cu o cetățeană română începând din anul 1994.

La data de 02.10.2002, partenera de viață a reclamantului, aflată în vizită în Iugoslavia, a născut un

copil. Câteva zile mai târziu, reclamantul, partenera sa și nou-născutul s-au întors în România.

La data de 06.08.2003, reclamantul, care se afla în străinătate, a intrat în România, fără vreo opoziție din partea poliției de frontieră. Cu toate acestea, a doua zi, agenții poliției de frontieră s-au prezentat la domiciliul său și l-au însoțit până la graniță.

Prin acțiunea introdusă la data de 12.08.2003 în fața Curții de Apel București împotriva Autorității pentru străini și Parchetului de pe lângă Curtea de Apel București, avocata reclamantului a contestat măsura de însoțire până la graniță.

Aceasta a afirmat că reclamantului nu i s-a prezentat niciun act care să îl declare pe acesta indezirabil pe teritoriul românesc. Ea a mai adăugat că reclamantul trăia din anul 1989 în România, că participarea sa la revolta anticomunistă din 1989 i-a adus o medalie, că înființase o societate comercială, că se îngrijea de familia sa și că nu atentase în niciun fel la siguranța statului.

Singurul termen de judecată în fața Curții de Apel București a avut loc la data de 18.08.2003. Reprezentanta Autorității pentru străini i-a înmănat avocatei reclamantului copia unei ordonanțe a Parchetului de pe lângă Curtea de Apel București, emisă la data de 28.05.2003, prin care, la cererea Serviciului Român de Informații și în baza Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 194/2002 privind regimul străinilor în România, reclamantul fusese declarat "persoană indezirabilă" și i s-a interzis șederea în România pentru o perioadă de 10 ani, pe motiv că existau "indicii temeinice, conform cărora el desfășura activități de natură să pună în pericol siguranța națională".

Conform documentelor depuse la dosarul cauzei de către reprezentanta Autorității pentru străini, Ministerul de Interne informase la datele de 2 și 11.06.2003 Serviciul Român de Informații, Ministerul Afacerilor Externe și poliția de frontieră despre faptul că reclamantului i se interzisese șederea în țară.

Avocata reclamantului a cerut o amânare pentru a-i comunica reclamantului copia ordonanței parchetului și pentru a-și preciza acțiunea.

Deși reprezentanta parchetului a susținut această cerere având în vedere că nu se dovedise faptul că a fost respectată obligația de comunicare către reclamant a ordonanței parchetului, curtea de apel a hotărât să continue analizarea cauzei. Considerând că probele administrate deja în dosar sunt suficiente, ea a respins și noua cerere de amânare a avocatei reclamantului în vederea administrării probelor necesare în dovedirea acțiunii sale.

Curtea de Apel București a respins ca neîntemeiată cererea și hotărârea a rămas definitivă.

În cererea adresată Curții de la Strasbourg, reclamantul a invocat încălcarea art. 8 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, pretinzând că măsura de expulzare, precum și interdicția de ședere dispuse împotriva sa îi încalcă dreptul la respectarea vieții private și de familie, garantat prin art. 8 din Convenție, care prevede următoarele:

"1. Orice persoană are dreptul la respectarea vieții sale private și de familie, a domiciliului său și a corespondenței sale.

2. Nu este admis amestecul unei autorități publice în exercitarea acestui drept decât în măsura în care acest amestec este prevăzut de lege și dacă constituie o măsură

care, într-o societate democratică, este necesară pentru securitatea națională, siguranța publică, bunăstarea economică a țării, apărarea ordinii și prevenirii faptelor penale, protejarea sănătății sau a moralei, ori protejarea drepturilor și libertăților altora."

Reclamantul a arătat că din anul 1989 și până în anul 2003 viața sa privată, de familie și profesională s-a desfășurat în România. El adaugă că, în ciuda vizitelor partenerei sale și ale copilului lor, viața lor privată și de familie a fost afectată iremediabil prin măsura de expulzare.

De asemenea, el neagă posibilitatea ca partenera sa și copilul lor să se stabilească în Serbia-Muntenegru, deoarece aceasta nu vorbește limba sârbă, ceea ce îngreunează foarte mult adaptarea culturală și socială în această țară. Mai mult, el afirmă că în urma expulzării sale, societatea comercială pe care o înființase în România, prin care aceștia se întrețineau, a fost nevoită să-și înceteze activitatea și că, de atunci încolo, ei nu au mai dispus de resurse suficiente pentru a-și asigura un nivel de viață decent în Serbia-Muntenegru.

Curtea a reamintit apoi faptul că convenția nu garantează, ca atare, niciun drept pentru un străin de a intra sau locui pe teritoriul unei anumite țări. Totuși, expulzarea unei persoane dintr-o țară în care locuiesc rudele sale apropiate poate constitui o ingerință în dreptul la respectarea vieții de familie, așa cum este el protejat de art. 8 alin. 1 din Convenție

Integrarea reclamantului în societatea românească și caracterul efectiv al vieții sale de familie fiind incontestabile, Curtea consideră că expulzarea sa și interdicția de a intra pe teritoriul român au pus capăt acestei integrări și au generat o bulversare radicală în viața sa privată și de familie, drept care, Curtea consideră

că a avut loc o ingerință în viața privată și de familie a reclamantului.

Această ingerință încalcă convenția dacă nu respectă cerințele paragrafului 2 al art. 8. Așadar, trebuie analizat dacă ea era "prevăzută de lege", dacă urmărirea unuia sau mai multor scopuri legitime, în sensul paragrafului respectiv, și dacă era "necesară într-o societate democratică".

Guvernul a susținut că măsura litigioasă respectă condiția de accesibilitate. În ceea ce privește criteriul de previzibilitate, Guvernul a considerat că a fost și el respectat, din moment ce art. 83 din ordonanța mai sus menționată prevedea că interdicția teritorială nu poate fi dispusă decât în cazurile strict enumerate, și anume dacă un străin a desfășurat, desfășoară sau are intenția de a desfășura activități de natură să pună în pericol siguranța națională sau ordinea publică.

Totodată, Guvernul a afirmat că măsura litigioasă urmărește un scop legitim, și anume apărarea siguranței naționale, că aceasta era necesară într-o societate democratică din moment ce se justifica printr-o necesitate socială imperioasă și că era proporțională cu scopul legitim urmărit.

Reclamantul a arătat că Guvernul nu i-a comunicat niciodată faptele ce i se reproșau și că nicio altă procedură penală nu a fost începută împotriva sa, nici în România și nici în Serbia-Munteșnegru. Prin urmare, el consideră că măsura a cărei victimă a fost era complet arbitrară.

Curtea a reamintit că, în conformitate cu jurisprudența sa constantă, sintagma "prevăzută de lege" înseamnă în primul rând că măsura incriminată trebuie să aibă o bază în dreptul intern, însă se referă și la calitatea legii respective: ea impune ca aceasta să fie accesibilă

persoanelor în cauză și să aibă o formulare destul de exactă pentru a permite reclamanților, care apelează, la nevoie, la consilieri, să prevadă, într-o măsură rezonabilă în circumstanțele cauzei, consecințele ce ar putea rezulta dintr-un anumit act.

Desigur, în contextul special al măsurilor legate de siguranța națională, cerința de previzibilitate nu ar putea fi aceeași ca în multe alte domenii (Cauza Leander împotriva Suediei, Hotărârea din 26 martie 1987, seria A nr. 116, p. 23, & 51).

Totuși, dreptul intern trebuie să ofere protecție împotriva atingerilor arbitrare ale puterii publice asupra drepturilor garantate prin Convenție.

În cauză, Curtea constată că art. 83 din O.U.G. nr. 194/2002 reprezintă textul legal ce a constituit fundamentul expulzării și interdicției șederii reclamantului. Ea conchide, așadar, că măsura litigioasă avea o bază în dreptul intern.

În ceea ce privește accesibilitatea, Curtea observă că ordonanța citată mai sus a fost publicată în Monitorul Oficial al României. Prin urmare, Curtea consideră că acest text respecta criteriul accesibilității.

Totuși, nicio persoană care face obiectul unei măsuri bazate pe aceste motive de siguranță națională nu trebuie lipsită de garanții împotriva arbitrariului. În special, ea trebuie să aibă posibilitatea de a cere controlul măsurii litigioase de către un organ independent și imparțial, abilitat să analizeze toate chestiunile de fapt și de drept pertinente pentru a putea statua asupra legalității măsurii și a sancționa un eventual abuz al autorităților. În fața acestui organ de control, persoana respectivă trebuie să beneficieze de o procedură contradictorie pentru a-și putea prezenta punctul de vedere și a respinge

argumentele autorităților (Cauza Al-Nashif, citată mai sus, && 123 și 124).

Or, Curtea constată că împotriva reclamantului nu s-a declanșat nicio urmărire penală pentru faptul că a participat la comiterea vreunei infracțiuni în România sau într-o altă țară. În afară de motivul general menționat mai sus, autoritățile nu i-au oferit reclamantului nicio altă precizare. În plus, Curtea observă că, încălcând dreptul intern, ordonanța prin care reclamantul a fost declarat indezirabil nu i-a fost comunicată decât după expulzarea sa.

Curtea acordă importanță faptului că instanța s-a limitat la o analiză pur formală a ordonanței parchetului. În acest sens, ea observă că parchetul nu i-a furnizat curții de apel nicio precizare referitoare la faptele reproșate reclamantului și că aceasta nu a mers dincolo de afirmațiile parchetului pentru a verifica dacă reclamantul reprezenta într-adevăr un pericol pentru siguranța națională sau pentru ordinea publică.

Având în vedere că reclamantul nu s-a bucurat nici în fața autorităților administrative și nici în fața curții de apel de nivelul minim de protecție împotriva arbitrariului autorităților, Curtea conchide că ingerința în viața sa privată și de familie nu era prevăzută de o "lege" care să respecte cerințele Convenției (vezi, *mutatis mutandis*, Cauza Al-Nashif, citată mai sus, & 128).

Prin urmare, s-a conchis că a avut loc încălcarea art. 8 din Convenție.

De asemenea, reclamantul a invocat încălcarea art. 1 din Protocolul nr. 7 la Convenție referitor la încălcarea garanțiilor procedurale în caz de expulzare:

"1. Un străin care își are reședința în mod legal pe teritoriul unui stat nu poate fi expulzat decât în temeiul

executării unei hotărâri luate conform legii și el trebuie să poată:

- a) să prezinte motivele care pledează împotriva expulzării sale;
- b) să ceară examinarea cazului său; și
- c) să ceară să fie reprezentat în acest scop în fața autorităților competente sau a uneia ori a mai multor persoane desemnate de către această autoritate.

2. Un străin poate fi expulzat înainte de exercitarea drepturilor enumerate în paragraful 1 a), b) și c) al acestui articol, atunci când expulzarea este necesară în interesul ordinii publice sau se întemeiază pe motive de securitate națională."

La dezbateri, Guvernul a admis că reclamantul a fost expulzat înainte de a beneficia de garanțiile prevăzute de acest articol.

Totuși, s-a considerat că motive de siguranță națională au impus luarea unor măsuri urgente. Drept care, se apreciază că expulzarea reclamantului era justificată în sensul paragrafului 2 al art. 1.

Reclamantul a susținut că avocata sa s-a aflat în imposibilitatea de a-i asigura apărarea în fața curții de apel.

Curtea a subliniat că în caz de expulzare, pe lângă protecția ce li se oferă în special prin art. 3 și art. 8 coroborate cu art. 13 din Convenție, străinii beneficiază de garanțiile specifice prevăzute de art. 1 din Protocolul nr. 7.

Mai mult, Curtea relevă faptul că garanțiile mai sus menționate nu se aplică decât străinilor ce locuiesc în mod legal pe teritoriul unui stat care a ratificat acest protocol.

În speță, Curtea observă că, deși a fost expulzat de urgență din motive de siguranță națională, caz

autorizat de paragraful 2 al art. 1, el avea dreptul să invoce, după expulzarea sa, garanțiile enunțate la paragraful 1 (vezi raportul explicativ ce însoțește Protocolul nr. 7).

Curtea reiterează constatarea făcută în analizarea capătului de cerere întemeiat pe art. 8 din Convenție, și anume că O.U.G. nr. 194/2002, care a constituit baza legală pentru expulzarea reclamantului, nu i-a oferit garanții minime împotriva arbitrariului autorităților.

Ca urmare, deși expulzarea reclamantului a avut loc în executarea unei hotărâri luate conform legii, a avut loc încălcarea art. 1 din Protocolul nr. 7, din moment ce această lege nu răspunde cerințelor Convenției.

În orice caz, Curtea apreciază că autoritățile interne au încălcat și garanțiile de care ar fi trebuit să se bucure reclamantul în virtutea paragrafului 1 a) și b) al acestui articol.

În acest sens, Curtea observă, pe de o parte, că autoritățile nu i-au oferit reclamantului nici cel mai mic indiciu referitor la faptele ce i se reproșau și, pe de altă parte, că parchetul nu i-a comunicat ordonanța dată împotriva sa decât în ziua unicului termen avut în fața curții de apel.

Reamintind că orice prevedere a Convenției sau a protocoalelor sale trebuie să se interpreteze astfel încât să garanteze drepturi concrete și efective, nu teoretice și iluzorii, Curtea consideră, în lumina controlului pur formal efectuat de curtea de apel în cauză, că reclamantul nu a putut cere în mod adecvat examinarea cazului său prin prisma argumentelor ce militau împotriva expulzării sale.

Așadar, a avut loc încălcarea art. 1 din Protocolul nr. 7.

În ceea ce privește atingerea adusă art. 6 al. 1 și art.13 din convenție, invocate de reclamant, Curtea a respins cererea ca incompatibilă *ratione materiae* cu prevederile convenției.

Tot astfel a statuat Curtea și în hotărârea din 12 octombrie 2006 pronunțată în cauza Kaya împotriva României, publicată în Monitorul Oficial nr. 213/29.03.2007.

6. Alte considerații

În forma actuală a reglementării, Curtea de Apel București a fost sesizată cu trei propuneri de declarare ca indezirabili a unor cetățeni străini, fiind pronunțate sentințele civile nr. 7/17.03.2008, nr. 9/31.03.2008 și nr. 63 CC/19.06.2008 prin care erau admise sesizările și declarați indezirabili pentru anumite perioade de timp cei în cauză.

În ceea ce privește motivarea dispunerii măsurii restrictive de drepturi, unele complete de judecată s-au mulțumit să constate în mod generic îndeplinirea condițiilor legale pentru luarea acesteia (arătând că există dovezi clare și incontestabile puse la dispoziție de autoritatea cu competențe în materie privind activitățile de natură să periclitizeze grav securitatea națională), în timp ce alte complete de judecată au indicat în mod concret și detaliat temeiurile de fapt avute în vedere, ceea ce poate intra în contradicție cu dispozițiile art. 85 alin. 5 din O.U.G. nr. 194/2002 potrivit cărora atunci când declararea străinului ca indezirabil se întemeiază pe rațiuni de securitate națională, în conținutul hotărârii nu se menționează datele și informațiile care au stat la baza motivării acesteia.

Astfel, în considerentele sentinței civile nr. 63 CC/19.06.2008, pronunțată în dosarul nr. 3547/2/2008,

Curtea de Apel București, după ce invocă prevederile citate, relatează pe larg din documentul clasificat, arătând că străinul GM s-a implicat în activități conexe fenomenului terorist, concretizate în derularea unor acțiuni propagandistice, de prozelitism și colectare de fonduri în favoarea unei organizații extremist-teroriste, a acționat în vederea consolidării bazei de sprijin în România a acesteia, a participat cu regularitate la manifestările organizate, a fost identificat ca distribuitor al unor publicații propagandistice, reprezintă un important punct de sprijin al activiștilor trimiși în România de aparatul central al grupării cărora le oferă suport logistic pentru îndeplinirea sarcinilor, a fost implicat în confecționarea și utilizarea materialelor explozive, fiind specializat în producerea și acționarea de la distanță a acestora, este profund îndoctrinat și radical, atestând un grad ridicat de fanatism etc.

Sigur că, la lumina jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului, instanțele române doresc să acorde o cât mai largă marjă de exercitare a dreptului la apărare a străinului-pârât.

Totuși, în acest context, trebuie subliniat că textul invocat mai sus nu se impune interpretat de cei chemați la aplicarea sa doar ca un simplu capriciu al serviciilor secrete care nu doresc ca magistratul să intre în „bucătăria” lor, ci ca o măsură de protecție a lucrătorilor, mijloacelor, metodelor și structurilor implicate în culegerea de informații.

De asemenea, nu de puține ori în practică, și chiar în motivarea hotărârii Curții Europene a Drepturilor Omului examinată pe larg anterior, se observă o oarecare tendință de a face inaplicabilă măsura declarării ca indezirabil pe considerentul că s-ar impune desfășurarea unei anchete penale față de străinul în cauză.

În opinia noastră, cele două forme de răspundere nu se exclud. Nu ori de câte ori împotriva străinului care desfășoară activități de natură să aducă atingere securității naționale poate fi atrasă răspunderea penală (dintr-un considerent sau altul), însă statul român este suveran în a aprecia, chiar și în aceste condiții, că prezența străinului pe teritoriul său nu este dorită. Situația este cu atât mai clară în cazul străinilor despre care există indicii temeinice că intenționează să desfășoare activități care constituie amenințări la adresa securității naționale.

De altfel, se acceptă în mod constant în jurisprudența europeană că expulzarea nu este în mod necesar o consecință a unei condamnări penale, putând fi luată și ca măsură administrativă.

CONTROVERSE

Many prosecutors' offices face this situation: after the solution of not starting the penal prosecution of a case is taken, the injured party brings a new complaint with the same subject and same parties. Several solutions were proposed: a) to dismiss the complaint as inadmissible; b) to change the nature of the case and to register it as an usual complaint or as a claim against the solution; c) to consolidate it in the solution given previously.

I. CONSIDERAȚII PRIVIND PROBLEMA MULTIPLEI ÎNREGISTRĂRI PENALE A UNEI CAUZE¹

Liviu Popescu

Procuror la

Parchetul de pe lângă

Înalta Curte de Casație și Justiție

Frecvent, în practică, *același* litigiu este sesizat – cel mai des de către părțile vătămate, dar este posibil și cazul sesizărilor din oficiu – în mod *repetat*, organelor de urmărire penală care, *dintr-o carență informațională*, îl înregistrează, de fiecare dată, ca pe un *nou* dosar penal.

Problema implică mai multe *ipoteze și variante*, modul de rezolvare trebuind să fie, însă, unul singur și

¹ *Cauză*, în sensul de litigiu, conflict judiciar între părți determinate, cu privire la un obiect (faptă) determinat, generat de încălcarea legii penale.

aplicabil tuturor, pentru că și *originea* problemei este comună.

Ipoteze:

A) Sesizări consecutive;

B) Sesizări simultane;

A) În ipoteza sesizărilor *consecutive*, sunt posibile mai multe *variante*:

I. Mai multe dosare penale *cu același obiect* se află în faza de urmărire penală, încă nesoluționate;

II. Primul (cronologic) dosar penal a fost soluționat cu rechizitoriu (iar dosarul este în faza de judecată), iar al doilea (și următoarele) se află, încă, în faza de urmărire penală;

III. Există, deja, o hotărâre judecătorească definitivă în cauză, celelalte dosare fiind în curs;

IV. Primul dosar penal a fost soluționat cu o soluție de netrimitere în judecată, iar al doilea (ș.u.) se află în faza de urmărire penală;

V. Toate dosarele au fost, deja, rezolvate prin soluții de netrimitere în judecată;

Prin ipoteză, se apreciază că, în variantele a IV-a și a V-a, nu este niciun caz de infirmare a soluției deja dispuse în *primul* dosar (altfel, devine incidentă varianta I).

Nu are relevanță dacă dosarele se află pe rolul aceluiași parchet sau la parchete diferite, această ultimă situație atrăgând conflictul (pozitiv sau negativ) de competență².

² „Orice competență materială este totodată și **unică**, neexistând organe judiciare de grade diferite care să fie *concomitent* competente într-o cauză” (Volonciu, N., „Tratat de procedură penală. Parte generală”, Paideia, Buc., 1993, p. 287). În același sens, a se vedea și Pop, Tr., „Drept procesual penal”, vol. II, Cluj, f. d., p. 134: „Jurisdicțiunea și competența penală sunt supuse principiilor *inderogabilității, indisponibilității, indeclinabilității și*

*
* *

Mai mulți șefi de mari structuri de parchet ne solicită opinia și, referindu-se la această chestiune, evocă diferitele soluții date în practică acestei probleme (cam aceleași³), cu precizarea că *toate* li se par criticabile, fără, însă, a indica „rezolvarea corectă” (cel puțin, în opinia lor), pe care ar fi trebuit să o *aplice* în calitate de conducători de unități de parchet.

Desigur, nu ne putem imagina o așa mare diversitate de rezolvări (criticabile) coexistente în cazul aceleiași structuri de parchet *conduse*, așadar *în care funcțiile de conducere nu sunt vacante*, ceea ce ne impune concluzia că aceștia nu au considerat necesar să ne comunice și nouă părerea lor care a *unificat* practica în propria jurisdicție.

De altfel, nici noi nu considerăm că ar fi fost necesar.

improrogabilității. Această regulă, zice profesorul V. MANZINI, este **absolută** și indefectibilă pentru competența materială”.

³ Iată-le:

- a) Se emite *o nouă soluție* de NUP, în baza aceluiași temei, după *o nouă examinare a fondului cauzei*;
- b) Se emite *o nouă soluție* de NUP, în baza art. 10 lit. f C.p.p., fără reexaminarea fondului, pentru autoritate de lucru judecat sau pentru că lipsește o condiție prevăzută de lege (**care?** n.n.);
- c) Conexarea dosarului nou format, fără soluție, la dosarul vechi, soluționat, în temeiul disp. art. 32 - 45 C.p.p.

Pe scurt, **nelegalitatea** acestor rezolvări decurge din:

1. *favorizarea reclamantului* care, în varianta unei soluții anterioare de netrimiteră în judecată, beneficiază, *implicit*, de o „reluare” a cercetărilor deși prima soluție nu a fost infirmată și nici nu există temeiuri noi (și, subsecvent, de o *repunere* în dreptul – și termenul – prev. de art. 278 C.p.p. pentru o plângere, eventual, deja exercitată și soluționată);
2. *încălcarea dispozițiilor* referitoare la reunirea cauzelor penale, permisă (în condițiile art. 32 C.p.p.) în mod **restrictiv** numai pentru cazurile de indivizibilitate și conexitate enumerate *limitativ* în art. 33-34 C.p.p. (ceea ce, evident, nu face obiectul discuției).

Pe de altă parte, observațiile critice pe care le-au formulat nu sunt lipsite de substanță – în anumite limite, pot fi reținute.

*

* *

Problema de mai sus pare că l-a frământat și pe domnul **I.B.**, care a gândit o rezolvare ingenioasă, în sensul soluționării celui de-al doilea dosar penal (domnia sa nu pare preocupat decât de varianta a IV-a evocată în preambul) prin „*respingerea plângerii penale ca inadmisibilă*”, fără a invoca un temei de drept.

Această inedită și curajoasă idee ar putea părea ispititoare unor colegi care toată cariera profesională au „obosit” soluționând dosarele penale cu mereu aceleași soluții clasice (NUP, clasare, SUP – cu variante, încetare, rechizitoriu), motivate amănunțit, după un tipic stabilit prin lege și pe deasupra și supuse controlului la instanță. Aceasta, întrucât cazurile, *limitativ prevăzute de lege*, în care punerea în mișcare sau exercitarea acțiunii penale este împiedicată sunt 12, de la „a” la „j” (art. 10 C.p.p.). *Inadmisibilitatea* nu se numără printre ele. Corelativ acestor cazuri, procurorul **dispune** (imperativ !) soluțiile *expres* prevăzute (art. 11 C.p.p.). *Respingerea plângerii* nu a fost avută în vedere de către legiuitor.

Scurt și eficace, însă, după domnul **I.B.**, *plângerea penală se respinge ca inadmisibilă*. Se trece cu eleganță și discreție peste *mici amănunte* cum ar fi: eroarea *fondatoare* a acestei situații, necesitatea (nu facultativă) de a o corija, obligația de a soluționa în mod procesual-penal o cauză penală, principiul potrivit căruia legea procesual-penală e, *totuși*, de strictă interpretare și nu trebuie bruscată etc.

Deși seducătoare, prin evidentele avantaje de ordin pragmatic, nu recomand însușirea acestei opinii în

practică, întrucât inspectorii Consiliului Superior al Magistraturii ar putea reține, *din nou*, ca deficiență „*rezolvarea cauzelor penale cu soluții care nu sunt prevăzute în Codul de procedură penală*”.

*

* *

Să încercuim problema, mai întâi prin excluderi.

Problema nu este procesual-penală și nu se rezolvă prin Codul de procedură penală care, evident, tace în această privință.

Problema nu este a procurorului operativ care este investit cu soluționarea celui de-al doilea dosar penal (ș.u.) – acesta nu poate face altceva decât să aplice normele din Codul de procedură penală: anchetă și soluție (prevăzută de lege !).

Problema este a celui care a generat-o: șeful de parchet care, **dintr-o eroare administrativă fondatoare** (nu neapărat imputabilă, până la consolidarea unui sistem informatic *național* de înregistrare și evidență a cauzelor), a dispus înregistrarea în penal, *cu număr nou*, a unei plângeri care a mai fost anterior înregistrată, evident cu un alt număr.

Dacă domnul șef *ar fi știut* acest mic detaliu, însuflețit de dorința de a nu încălca dispozițiile din *Regulamentul de ordine interioară al parchetelor* (art. 118 – **mai ales**), cu siguranță nu ar fi dispus – printr-un **act administrativ** (în înțelesul art. 2 alin. 1 lit. c din Legea nr. 554/2004) – reînregistrarea penală, *cu număr nou*, a unei plângeri deja înregistrate penal.

Modul de înregistrare a hârtiilor într-un parchet nu face obiectul Codului de procedură penală, ci constituie o reglementare *normativă* administrativă (*Regulamentul de ordine interioară al parchetelor*) ce emană de la administrație (ordin de ministru); în același

sens, și dispoziția *individuală* de înregistrare penală a unei petiții este un act de voință unilateral al conducătorului de parchet (deci, șef al unei instituții publice), un *act de putere* ce impune un regim juridic procesual-penal unui *memoriu* transformându-l în *plângere penală* în sensul disp. art. 221-222 C.p.p., așadar într-un *mod de sesizare penală*, cu toate consecințele juridice pe care le implică.

Așa fiind, actul de dispoziție (reînregistrare penală cu *număr nou*) trebuie *revocat* (retractat) de către cel care l-a emis, pentru *eroare de fapt*, câtă vreme nu a intrat în circuitul juridic civil (conform art. 1 alin. 6 teza 1 din Legea nr. 554/2004, *per a contrario*).

Ulterior, plângerea în discuție trebuie înregistrată în registrul lucrărilor generale, urmând a fi soluționată, după caz, fie prin atașare (conexare administrativă) la *primul* dosar penal (dacă acesta nu a fost încă soluționat) fie prin *respingerea ca inadmisibilă* (dacă primul dosar a fost deja soluționat)⁴. Modul de soluționare se comunică petiționarului.

Subsecvent:

1) *Actele de urmărire penală* deja efectuate în cel de-al doilea dosar penal (ș.u.) trebuie *constatate ca fiind nule absolut* prin rezoluția procurorului ierarhic superior celui care le-a dispus, pentru motivul că cel care le-a efectuat *nu a fost legal investit* (ci printr-un act administrativ - *revocat* - întemeiat pe o eroare de fapt). *Accesorium sequitur principalae*.

În definitiv, avem de a face cu o situație *aproape similară* aceleia în care un procuror dispune începerea

⁴ „*Inadmisibilitatea* intervine când se efectuează un act pe care legea nu îl prevede sau îl exclude, precum și în situația când se încearcă exercitarea unui drept epuizat pe o altă cale procedurală și chiar printr-un act neprocesual” (Volonciu, N., „*Tratat de procedură penală. Parte generală*”, Paideia, Buc., 1993, p. 476).

urmăririi penale într-o cauză care nu i-a fost repartizată lui, ci colegului său de birou . Până la modificarea art. 64 alin. (3) din Legea nr. 304/2004 (prin art. 5 al O.U.G. nr. 60/2006), instrumentul juridic prin care se putea remedia, și din oficiu, o asemenea situație nelegală, în absența oricărui control judecătoresc, era *infirmarea*.

Acest remediu procesual din oficiu a fost, însă, înlăturat de către legiuitor în ceea ce privește *actele și măsurile* de urmărire penală dispuse de către procuror, indiferent cât de absurde, stânjenitoare sau vătămătoare ar fi fost.

Constatarea *nulității absolute* ar putea fi un remediu *alternativ*, în speță, utilizat de către conducătorul parchetului (după radierea din registrul penal , procurorul *de caz* este dezinvestit) întrucât încălcarea normelor legale referitoare la *capacitatea funcțională* (formă a competenței după materie) este sancționată cu nulitatea absolută, care „se ia în considerare chiar din oficiu, în orice stare a procesului”, în conformitate cu disp. art. 197 alin. (2, 3) C.p.p.⁵. *Quod nullum est, nullum producit effectum*.

În orice caz, se impune revenirea **în regim de urgență** la forma inițială a disp. art. 64 alin. (3) din Legea nr. 304/2004, legiuitorul din 2006 fiind în eroare cu privire la modalitățile prin care șefii parchetelor pot face *presiuni* străine de interesele justiției asupra procurorilor operativi.

Nu instrumentul infirmării constituia o astfel de presiune.

⁵ „Toate persoanele cari ... au fost **admise** sub o formă sau alta a lua parte la desfășurarea și împărțirea justiției represive capătă prin aceasta *capacitatea funcțională*. Orice act de procedură penală care a fost efectuat de o persoană ce nu avea capacitatea funcțională va fi **nul**.” (I. Tanoviceanu „Tratat de drept și procedură penală”, Ed. a II-a, vol. IV, f. d., pag. 98).

2) *Soluțiile* deja dispuse în dosarele penale constituite ulterior trebuie infirmate, pentru aceleași considerente, în temeiul disp. art. 64 alin. (3) din Legea nr. 304/2004, *încă în vigoare*.

3) Desigur, *cheltuielile judiciare* implicate în cel de-al doilea dosar (ș.u.) rămân în sarcina statului, conform art. 192 alin. (3) C.p.p., cel care le-a generat (cu bună credință) fiind culpabil, *dar nu și responsabil*.

*

* *

B) Într-o altă *ipoteză*, cea a înregistrărilor penale cu același obiect *simultane*, problema se complică pentru că, în absența criteriului priorității cronologice (*prior tempore, potior jure*), nu se poate stabili **care** este eroarea administrativă care trebuie remediată.

Sunt posibile două *variante*:

I. Toate sesizările se află pe rolul *aceluiași* parchet (posibilitate teoretică, *imposibilă* practic);

II. Sesizările se află pe rolul unor *diferite* structuri de parchet „egal” competente și niciun procuror investit nu își declină competența în favoarea celuilalt (în cazul contrar, devine incidentă prima variantă).

În această *ipoteză*, rezolvarea pe care am propus-o mai sus nu mai poate fi aplicată fiindcă simultaneitatea exclude *eroarea* de înregistrare.

Chiar dacă nu este provocat (nu există vreo declinare de competență, nici unilaterală, nici reciprocă), conflictul de competență există în forma conflictului *pozitiv* („când două sau mai multe instanțe *se recunosc* competente...”, cf. art. 42 alin. (1) C.p.p.) care trebuie rezolvat, *din oficiu*, de către procurorul ierarhic superior *comun* (art. 45 alin. (6) teza I C.p.p.), prin aplicarea art. 45 alin. (3) C.p.p.. Odată ajuns și al doilea dosar (ș.u.) la parchetul desemnat prin regulatorul de competență,

conducătorul acestuia îi va da **același** număr de înregistrare penală ca și celui deja în lucru⁶, repartizându-l aceluiași procuror, urmând a se dispune o singură soluție.

*

* *

Indiferent de ipoteză, dacă unul dintre dosare (oricare) se află în cursul *judecării*, cu privire la *cauză* Ministerul Public s-a pronunțat într-o modalitate asupra căreia nu mai poate reveni (decât prin concluzii, în procedura dezbaterilor). Toate celelalte lucrări trebuie trimise, *de urmare*, instanței, care va decide.

*

* *

Dată fiind noutatea rezolvărilor propuse, pentru a preîntâmpina eventuale *suspiciuni* legate de riscul de mușamalizare a unor cauze penale, se impune asigurarea unui regim de transparență prin: comunicări către părți, condică specială pentru rectificări administrative, evidență separată în statistici etc.

⁶ Cf. art. 118 alin. (1) din *Regulamentul de ordine internă al parchetelor*: „înregistrarea lucrărilor se face în sistem partidă, în sensul că toate revenirile și lucrările intermediare, solicitările și primirile de dosare sau de referate și orice date în legătură cu lucrarea de bază se înscriu în mod obligatoriu la numărul de înregistrare inițial, **astfel încât corespondența care se referă la lucrări anterioare să nu primească numere noi de înregistrare**”.

**II. MODUL DE SOLUȚIONARE A UNEI NOI
PLÂNGERI PENALE, AVÂND IDENTITATE DE
OBIECT ȘI PERSOANE, CU O PLÂNGERE
ANTERIOARĂ ÎN CARE S-A DISPUS
NEÎNCEPEREA URMĂRIII PENALE**

Ion Băcan

Procuror șef birou la
Parchetul de pe lângă
Înalta Curte de Casație și Justiție

Secția de urmărire penală și criminalistică și Parchetul de pe lângă Curtea de Apel București au solicitat un punct de vedere cu privire la problema de drept referitoare la modul de soluționare a unei noi plângeri, având identitate de obiect și persoane, cu o plângere anterioară în care s-a dispus neînceperea urmăririi penale, care nu a fost infirmată de procurorul ierarhic superior sau de instanța de judecată.

În abordarea acestei probleme de drept trebuie pornit de la următoarele premise:

1. În conformitate cu prevederile art. 228 C.p.p., atunci când din cuprinsul actului de sesizare al organului de urmărire penală sau al actelor premergătoare rezultă vreunul din cazurile de împiedicare a punerii în mișcare a acțiunii penale, procurorul dispune neînceperea urmăririi penale sau confirmă propunerea organului de cercetare penală de a nu se dispune începerea urmăririi penale.

Face excepție de la această soluție cazul prevăzut de art. 10 lit. b C.p.p, când organul de urmărire penală este obligat mai întâi să înceapă urmărirea penală și apoi să dea soluția corespunzătoare în cursul urmăririi penale.

Totodată, potrivit art. 278¹ C.p.p., persoana vătămată, precum și orice alte persoane ale căror interese

legitime sunt vătămate, după parcurgerea procedurii administrative în fața prim-procurorului sau procurorului ierarhic superior, prevăzută de art. 278 din același cod, are dreptul să formuleze plângere la instanța de judecată împotriva rezoluției de neîncepere a urmăririi penale dispusă de procuror.

În măsura în care persoanele menționate nu uzează de căile de atac, soluția de neîncepere a urmăririi penale, chiar dacă nu intră în puterea lucrului judecat, **are caracter de stabilitate**, până la apariția unor noi împrejurări care să justifice reluarea actelor premergătoare, care, eventual, să conducă la schimbarea acestei soluții.

Revenirea persoanei vătămate cu o nouă plângere, având identitate de obiect și persoane, nu este de natură în niciun caz să conducă la reluarea actelor premergătoare, mai ales că acesta avea posibilitatea să formuleze plângere împotriva soluției la procurorul ierarhic superior și, respectiv, la instanță.

De altfel, reluarea efectuării actelor premergătoare în condițiile arătate ar afecta drepturile persoanei cercetate care s-ar vedea supusă unor noi cercetări în mod nejustificat, cu certe prejudicii pentru aceasta.

Totodată, o asemenea soluție, de reluare a actelor premergătoare și o comunicare a noii soluții ar încuraja petiționarul de rea credință în eludarea dispozițiilor legale privind formularea plângerii împotriva soluției în termenele și conform procedurilor legale, încercând o repunere în termenul de formulare a plângerii împotriva rezoluției de neîncepere a urmăririi penale.

Un efect deosebit de negativ al unei asemenea soluții o constituie și posibilitatea soluționării diferite, de

către instanță prin respingerea și, respectiv, admiterea unei plângeri formulate împotriva unor soluții identice.

2. Nu poate fi îmbrățișată nici opinia că în cauză avem autoritate de lucru judecat, întrucât soluția procurorului nefiind atacată ar putea fi asimilată autorității de lucru judecat, dispunându-se neînceperea urmăririi penale, în temeiul art. 10 lit. j C.p.p., în cazul celei de-a doua plângeri.

În doctrină s-a subliniat în mod constant că lucrul judecat nu poate emana decât de la instanțele de judecată, fiind necesară pronunțarea unei hotărâri judecătorești.

S-a arătat că: „Autoritatea de lucru judecat nu va putea niciodată să derive din actele Ministerului Public”¹, iar aceasta pentru a fi invocată presupune o condiție esențială, respectiv, să existe o hotărâre definitivă prin care să se fi soluționat conflictul de drept penal.²

3. Conexarea unei noi plângeri la dosarul anterior în care s-a dispus neînceperea urmăririi penale nu este posibilă având în vedere prevederile art. 32 coroborate cu art. 45 C.p.p.

Potrivit acestor texte, conexarea unor cauze penale poate avea loc, **dacă urmărirea penală are loc în același timp (concomitent) pentru toate faptele și pentru toți făptuitorii**, ceea ce nu este cazul în ipoteza noastră.

*

* *

În raport de cele arătate, apreciez ca fiind întemeiată (chiar dacă nu a fost argumentată) soluția

¹ **I. Tanoviceanu, V. Dongoroz**, *Tratat de drept și procedură penală*, vol. V, Buc., 1947, p. 708-709

² **Gr. Theodoru**, *Justiția Nouă*, nr. 12/1965, p. 80-93

Gh. Mateuț, *Tratat de procedură penală, Partea generală*, vol. I, Ed. C.H. Beck, Buc., 2007, p. 719-720

avansată în adresa Secției de Urmărire penală și Criminalistică, respectiv, de respingere ca inadmisibilă a unei noi plângeri, având identitate de obiect și persoane, în condițiile în care s-a dispus o soluție anterioară, rămasă definitivă.

În doctrină, inadmisibilitatea este considerată ca având caracterul unei sancțiuni procedurale, în cele mai multe cazuri fiind o consecință a decăderii sau a nulității.

Vom încerca să argumentăm posibilitatea aplicării acestei instituții și în faza de urmărire penală, chiar în lipsa unor reglementări exprese în Codul de procedură penală.

Astfel, chiar dacă această instituție nu este reglementată în partea generală sau în titlul I (Urmărirea penală) din partea specială a Codului de procedură penală, unele norme din capitolul III (Căile ordinare de atac) folosesc această noțiune și fac referire la ea.

Astfel, art. 379 pct. 1 lit. a C.p.p. prevede că instanța respinge apelul și menține hotărârea atacată dacă acesta este **inadmisibil**.

Totodată, în art. 385¹⁵ pct. 1 lit. a din același cod se prevede că instanța de recurs respinge recursul și menține hotărârea atacată dacă recursul este **inadmisibil**.

S-a mai arătat că inadmisibilitatea intervine când se efectuează un act pe care legea nu îl prevede sau îl exclude, **precum și în situația când se încearcă exercitarea unui drept epuizat pe o altă cale procesuală** ori printr-un act neprocesual³.

Pe de altă parte, inadmisibilitatea mai este caracterizată ca fiind o sancțiune virtuală, care lovește orice manifestare procedurală (activitate, act, măsură,

³ N. Volonciu, *Tratat de procedură penală*, Partea generală, vol. I, Ed. Paideia, Buc., 1996, p. 476

operație) care **nefiind încuviințată de lege, este implicit lipsită de bază legală.**

Totodată, este o sancțiune inevitabilă „în sensul că **trebuie să fie neapărat aplicată, ori de câte ori o manifestare procedurală este lipsită de bază legală,** nefiind îngăduit, față de principiul legalității procesului penal, să se dea eficiență procedurală unei manifestări pe care legea nu a încuviințat-o”⁴.

În consecință, chiar dacă titlul I (Urmărirea penală) din partea specială a Codului de procedură penală nu cuprinde în mod expres norme privind instituția inadmisibilității, prin asimilare, doctrina a admis necesitatea **aplicării acestora, în mod inevitabil, față de toate actele și manifestările procesuale care nu au bază legală,** inclusiv cele efectuate în cursul urmăririi penale.

*

* *

Sub aspect procedural, apreciez că noua plângere penală ar trebui soluționată având în vedere cele două ipoteze posibile:

1. în principal, noua plângere formulată ar trebui înregistrată ca o simplă sesizare și respinsă ca **inadmisibilă;**

2. în măsura în care aceasta a fost înregistrată în registrul de urmărire penală, din diverse motive (declinare de competență sau greșeală), ar urma să fie respinsă ca **inadmisibilă,** prin rezoluție, conform art. 203 alin. 1 C.p.p. Această rezoluție nu se încadrează în cele

⁴ V. Dongoroz, *Pandectele Române*, 1943, I, p. 11

V. Papadopol, C. Turianu, *Apelul penal*, Ed. Șansa-S.R.L., Buc., 1994, p. 214-215

D. Rădescu, C. Jipa, *Apelul și recursul în procesul penal*, Ed. Juridică, Buc., 2003, p. 237-240

prevăzute la art. 278¹ C.p.p., pentru a permite persoanei
vătămate să formuleze plângere la instanța de judecată.

III. CONEXAREA PLÂNGERILOR PENALE ULTERIOARE LA CAUZA SOLUȚIONATĂ INIȚIAL

Dr. **Constantin Sima**
Procuror șef serviciu la
Parchetul de pe lângă
Înalta Curte de Casație și Justiție

În principiu, o plângere prin care se aduce la cunoștința organelor de urmărire penală săvârșirea unei infracțiuni nu poate fi înregistrată decât în registrul cauzelor penale.

Nu sunt puține situațiile în care aceeași persoană revine cu una sau mai multe plângeri îndreptate împotriva aceleiași sau acelorași persoane, pentru aceeași sau pentru aceleași fapte.

O astfel de practică întâlnim acolo unde s-a dispus o primă soluție de neurmărire penală.

Evident procurorul nu poate proceda de fiecare dată la delegarea organului de urmărire penală pentru a efectua acte premergătoare și a începe urmărirea penală și a efectua acte de cercetare penală întrucât s-ar aglomera inutil organele judiciare care sunt, oricum, foarte solicitate.

O astfel de problemă nu poate fi rezolvată decât cu mijloacele procedurale existente în prezent.

Nu este posibil să folosim în soluționarea acestui abuz de drept procesual instrumente procedurale care nu sunt expres prevăzute de legea procesual penală. Astfel, respingerea ca inadmisibilă poate fi acceptată în cazul unei cereri procesuale în faza de urmărire penală – cum ar fi cererea de administrare a unei probe – sau în faza de judecată, unde astfel de cereri sunt mult mai numeroase.

Respingerea ca inadmisibilă nu poate fi acceptată în cazul unei plângeri penale, unde trebuie dată una din soluțiile prevăzute de procedura în vigoare.

Nu poate fi acceptată nici ideea folosirii unei metode cu caracter administrativ – rectificarea înregistrării din registrul de cauze penale și reconsiderarea conținutului plângerii ca fiind îndreptată împotriva soluției, urmând a primi un număr din registrul general de cereri.

Pentru motive de rigurozitate – o regulă nescrisă a procedurii penale moderne – plângerea penală nu poate fi înregistrată decât în registrul de cauze penale.

Într-o astfel de situație singura posibilitate de a nu da plângerii penale o nouă soluție din cele prevăzute de art. 11 din Codul de procedură penală este conexarea la cauza deja soluționată.

Conexarea este o instituție juridică ce vizează reunirea a două sau mai multe cauze, dacă sunt întrunite condițiile prevăzute de art. 34 C.p.p., pentru o mai bună administrare a justiției.

Condiția ca aceste cauze, propuse conexării, să fie în curs de soluționare, așa cum se desprinde din art. 32 C.p.p., este valabilă numai atunci când au fost sesizate organe judiciare diferite, iar conexarea, în vederea soluționării, trebuie făcută la unul din aceste organe.

În cazul în care același organ judiciar a fost sesizat cu plângeri penale în mod repetat nu vedem niciun impediment ca plângerea penală ulterioară să fie conexată la cauza soluționată inițial, potrivit art. 34 și 45 alin. 1 C.p.p.

Evident, urmează a se comunica persoanei care a formulat plângerea că aceasta a fost conexată la cauza soluționată inițial și care se referă la aceleași părți și aceleași fapte cărora li s-a dat aceeași calificare juridică.

Procedural astfel se evită și denaturarea statisticii judiciare prin creșterea artificială a cauzelor soluționate, se câștigă timp util ce poate fi alocat soluționării altor cauze și evită repunerea în termen a părții vătămate pentru o eventuală plângere împotriva soluției date de procuror.

II. DREPT CIVIL ȘI PROCESUAL CIVIL

REGIMUL JURIDIC ȘI EFECTELE NULITĂȚII ACTELOR DE PROCEDURĂ CIVILĂ

Dr. **Vasile Băc**
Procuror General al
Parchetului de pe lângă
Curtea de Apel Timișoara

Civil proceedings, as a specific way of making justice, is presented as a series or complex set of documents whose content and method of performance are expressly provided by law.

Failure to comply with procedural forms leads to the possibility of applying procedural sanctions, out of which the most important is the nullity.

1. CONSIDERAȚII INTRODUCȚIVE

Procesul civil ca o modalitate specifică de înfăptuire a justiției, se prezintă ca o serie sau un complex de acte al căror conținut și mod de îndeplinire sunt expres prevăzute de lege.

Nerespectarea formelor procedurale duce la posibilitatea aplicării sancțiunilor procesuale dintre care cea mai importantă este nulitatea.

Dacă noțiunea de nulitate a actelor de procedură civilă nu a primit o consacrare legală¹, în literatura

¹ În Proiectul Codului de Procedură Civilă se definește nulitatea ca fiind sancțiunea care lipsește total sau parțial de efecte actul de procedură efectuat cu nerespectarea cerințelor legale, de fond sau de formă.

juridică numeroși autori s-au preocupat de definirea acesteia.

Pentru E. Herovanu a anula un act de procedură “înseamnă a despoia o operație juridică de efectele sale, de a o considera ca și când nu ar fi avut loc și a o scoate din cauză, înlăturând din discuție actul sau actele încheiate pentru constatarea acelei operații.”².

Savelly Zilberstein și Ilie Stoenescu prezintă nulitatea ca fiind cea mai importantă sancțiune ce intervine în cazul nesocotirii formelor procedurale, potrivit cu care “actul este lipsit, în total sau în parte de efectele sale firești și această nulitate operează uneori de drept, alături la cererea părții vătămate.”³.

În concepția lui V. M. Ciobanu “nulitatea este sancțiunea procedurală care intervine în cazul actului de procedură care nu îndeplinește condițiile prevăzute de lege pentru validarea lui, lipsindu-l în total sau în parte de efectele firești”⁴.

Examinând definițiile date nulității în literatura de specialitate se pot reține următoarele trăsături:

- nulitatea este cea mai importantă sancțiune procedurală, având atât un rol preventiv, cât și sancționator;
- nulitatea intervine în cazul nerespectării condițiilor de fond și de formă pentru existența actelor juridice;
- nulitatea înlătură efectele contrarii urmărite de legiuitor prin prescrierea formelor procedurale;

² E. Herovanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, Iași, 1926, p.121.

³ I. Stoenescu, S. Zilberstein, *Drept procesual civil. Teoria generală*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1977, p.407.

⁴ V.M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă. Teoria generală*, vol. I, Editura Național, București, 1996, p.465.

- nulitatea este, de regulă, parțială și remediabilă;

- nulitatea poate fi condiționată sau necondiționată de producerea unei vătămări.

2. REGIMUL JURIDIC AL NULITĂȚII ACTELOR DE PROCEDURĂ CIVILĂ

Regimul juridic al nulității actelor de procedură civilă este reglementat de prevederile art. 108 C.p.civ., potrivit cu care:

“Nulitățile de ordine publică pot fi ridicate de parte sau de judecător în orice stare a pricinii.

Celelalte nulități se declară numai după cererea părții care are interes să le invoce.

Neregularitatea actelor de procedură se acoperă dacă partea nu a invocat-o la prima zi de înfățișare ce a urmat după această neregularitate și înainte de a pune concluzii în fond.

Nimeni nu poate invoca neregularitatea pricinuită prin propriul sau fapt.”

Mai înainte trebuie precizat că actul de procedură făcut cu încălcarea formelor procedurale își produce efectele atâta timp cât organul jurisdicțional nu a dispus anularea acestuia. Deci, în legislația noastră nu există nulități de drept, ci acestea trebuie invocate în fața instanței care le va constata sau pronunța. Persoana interesată trebuie să răstoarne prezumțiile relative (*iuris tantum*) privind regularitatea actelor de procedură și efectuarea acestora cu bună credință.

În primul rând trebuie stabilit cine poate invoca nulitatea. Pentru nulitățile absolute legiuitorul folosește termenul de “ridicare”, iar pentru cele relative cel de “invocare”. Deosebirea dintre cei doi termeni nu sunt de esență, ci de ordin terminologic.

Pentru nulitățile de ordine publică dispozițiile art. 108 alin. 1 C.p.civ. prevăd că invocarea se poate face de parte sau de judecător⁵. Cel care invocă nulitatea de ordine publică nu trebuie să-și justifice interesul. Deci, nulitatea absolută poate fi invocată de părțile din proces, de reprezentanții sau succesorii acestora, precum și de alte persoane, care pot justifica un interes, deși aceștia nu au calitatea de “parte”, cum sunt creditorii părții, care pot folosi acțiunea în nulitate dacă n-au putut acționa altfel și sunt îndeplinite condițiile legale pentru acțiunea oblică sau pauliană⁶. Pentru instanța de judecată invocarea nulității absolute nu este o facultate, ci o obligație care izvorăște din rolul său în administrarea justiției. Deși nu este prevăzută în dispozițiile legale, invocarea nulității absolute revine și în sarcina procurorului atunci când participă la soluționarea cauzelor civile⁷.

Părțile pot invoca nulități de ordine publică chiar dacă acestea sunt rezultatul propriilor lor fapte.

Din art. 108 alin. 2 C.p.civ. rezultă că nulitățile relative se declară numai după cererea părții care are interes.⁸

Legiuitorul recunoaște dreptul de a invoca nulitatea relativă doar acelei părți care este ocrotită prin

⁵ Și în Proiectul Codului de Procedură Civilă este prevăzută posibilitatea pentru orice parte din proces de a invoca nulitatea absolută.

⁶ I. Deleanu, *Procedura civilă*, vol. I, Editura Servosat, 1998, p.268.

⁷ Art. 163 al Proiectului Codului de procedură civilă prevede în mod expres dreptul procurorului de a invoca nulitatea absolută.

⁸ C.A. București, secția a IV-a civilă, dec. nr. 723/1995, Având în vedere dispozițiile art. 108 alin. 2 C.p.civ. celelalte nulități (actele îndeplinite cu neobservarea formelor legale – necitarea uneia din părți) se declară numai cererea părții care are interes să o invoce), lipsa de procedură nu poate fi invocată decât de partea care a fost lezată prin necitarea sa; dec. nr. 731/1996, O parte nu poate să invoce, pe calea apelului, lipsa procedurii de citare cu cealaltă parte la termenul la care au avut loc dezbaterile în fond, *Culegere de practică judiciară civilă 1993-1998*, p.252, 285.

forma procedurală încălcată.⁹ Prin “părți” trebuie să înțelegem atât reclamantul și pârâțul, cât și alte persoane ce au dobândit această calitate (terțul care a intervenit în proces, voluntar sau forțat) precum și reprezentanții legali și succesorii. În cazul coparticipării procesuale necesare, nulitatea relativă poate fi invocată de oricare din părți, deoarece actele de procedură făcute numai de unii dintre ei folosesc și celorlalți (art. 48 alin. 2 C.p.civ.).

Instanța de judecată nu va putea invoca nulitatea relativă, dar, în exercitarea rolului său activ, o va putea învedera părții și să-i facă cunoscută posibilitatea de invocare. În aceeași situație ca instanța se găsește și procurorul.

În cazul nulităților relative devin incidente dispozițiile art. 108 alin. 4 C.p.civ. potrivit cu care nimeni nu poate invoca neregularitatea pricinuită prin propriul fapt¹⁰. Deci partea care a întocmit actele cu nerespectarea formelor procedurale nu mai poate ridica excepția nulității relative.

O altă întrebare la care trebuie să răspundem privește termenul în care trebuie invocată nulitatea. Răspunsul diferă în funcție de natura nulității.

Astfel, nulitățile de ordine publică pot fi ridicate în orice stare a pricinii, chiar și direct în instanța de apel sau recurs, dacă nu s-au ridicat la prima instanță¹¹. De la

⁹ Hotărârea prin care a fost soluționat procesul în lipsa părții, care nu a fost regulat citată, este lovită de nulitate, C.A. Timișoara, s.com., dec. nr. 735/R pronunțată la 5.10.2000, nepublicată; este lovit de nulitate suplimentul de expertiză întocmit de un singur expert la o expertiză întocmită de 3 experți, C.A. Timișoara, s.civ., dec. nr. 1344 pronunțată la 27.04.2000.

¹⁰ Condiția ca neregularitatea să nu fi fost cauzată prin propria faptă o regăsim și în art. 163 alin. 2 din Proiect

¹¹ În ceea ce privește termenul în care poate fi invocată nulitatea absolută art. 163 alin 1 din Proiect stipulează că poate avea loc în orice fază a judecării, dacă legea nu prevede altfel. Faptul că pârâțul nu a fost legal citat nu

această regulă există o singură excepție prevăzută de art. 163 C.p.civ. potrivit cu care litispendența poate fi ridicată în orice stare a pricinii în fața instanțelor de fond.

Nulitățile relative, spre deosebire de nulitățile absolute, pot fi invocate doar într-o anumită fază procesuală așa cum prevăd dispozițiile art. 108 alin. 3 C.p.civ. în conformitate cu care “neregularitatea actelor de procedură se acoperă dacă partea nu a invocat-o la prima zi de înfățișare ce a urmat după această neregularitate și înainte de a pune concluzii în fond.”¹²

Prin expresia “prima zi de înfățișare” folosită de legiuitor în articolul 108 alin. 3 C.p.civ. trebuie să înțelegem primul termen de judecată ce a urmat încalcării formei procedurale și nu conținutul dat de art. 134 C.p.civ.¹³

constituie un motiv de ordine publică, astfel încât potrivit dispozițiilor art. 108 alin. 2 C.p.civ. nu putea fi reținut din oficiu ci numai la cererea părții care avea interes să-l invoce, C.A. Brașov, s.civ., dec. nr. 272/R pronunțată la 24.04.1997 în “*Culegere de practică judiciară 1997*”, p.116.

¹² C.A. București, secția a IV-a civilă, dec. nr. 713/1998, Neregularitatea procedurală care nu este de ordine publică, produsă cu ocazia pronunțării unor decizii în apel, se acoperă în condițiile art. 108 alin. 3 C.p.civ., prin aceea că partea lezată nu declară recurs, iar partea adversă nu are interes să o invoce în recursul său, “*Culegere de practică judiciară civilă 1993-1998*”, p.285; nesemnarea încheierii de ședință, premergătoare sentinței, de către judecătorul cauzei nu constituie motiv de nulitate a sentinței, având în vedere dispozițiile art. 108 cu referire la art. 261 și 268 C.p.civ. Această neregularitate trebuia invocată la prima zi de înfățișare ce a urmat, în speță, cu ocazia dezbaterilor în fond, când părțile au fost prezente și asistate de avocați, C.A. Timișoara, s.civ., dec. nr. 2135/R pronunțată la 5.10.1998 în “*Buletinul jurisprudenței 1998*”, p.67.

¹³ **I. Leș**, *Sancțiunile procedurale în procesul civil*, Editura Științifică și Enciclopedică, București 1988, p.74. Cu privire la termenul în care trebuie invocată nulitatea relativă prevederile Proiectului au o redactare mai precisă decât cea din codul actual. Astfel, potrivit art. 163 alin. 3, dacă nu se prevede altfel, pentru neregularitățile săvârșite până la începerea judecării nulitatea relativă trebuie invocată prin întâmpinare sau, după caz, la primul termen de judecată, iar pentru neregularitățile săvârșite în cursul judecării, la termenul la care s-a săvârșit neregularitatea sau, după caz, la termenul de judecată următor și înainte de a pune concluzii în fond.

Prin stabilirea unui termen în care poate fi invocată nulitatea relativă s-a urmărit creșterea celerității în administrarea justiției, împiedicarea unor manifestări abuzive din partea părților ce o pot invoca, asigurarea posibilității de a confirma nulitatea¹⁴.

Nulitățile absolute nu pot fi acoperite prin consimțământul sau prin tăcerea părții interesate. Convențiile făcute în acest scop sunt nule ca și actul făcut fără respectarea formelor legale pe care ar încerca să-l valideze.

În cazul nulităților relative partea interesată poate renunța la ridicarea acestora. Renunțarea poate fi expresă sau tacită, iar mandatarii au nevoie de o procură specială.

Nu se poate renunța la a invoca o nulitate relativă mai înainte de nesocotirea formei procedurale¹⁵.

Deși nu este stipulată în mod expres de legea actuală, toate cauzele de nulitate care se referă la același act de procedură trebuie invocate deodată¹⁶.

Mijloacele procedurale de invocare a nulităților diferă în funcție de momentul invocării, de caracterul normelor încălcate și pot fi: excepția, apelul, recursul, contestația în anulare, revizuirea, contestația la executare.

În fața instanței de fond, nulitățile se invocă pe calea excepției¹⁷ și pot îmbrăca forme diferite în funcție de dispozițiile legale încălcate, prin acțiunea în nulitatea actului procedural¹⁸ recunoscută creditorului în baza art.

¹⁴ I. Deleanu, *Procedura...*, vol. I, p.270.

¹⁵ O. Ungureanu, *Nulitățile procedurale civile*, Editura ALL Beck, 1998, p.77.

¹⁶ Prin prevederile art. 163 alin. 5 din Proiect, sub sancțiunea decăderii toate cauzele de nulitate a actelor de procedură deja efectuate trebuie invocate deodată.

¹⁷ I. Leș, în *Principii și Instituții de drept procesual civil*, vol. I, Editura Lumina Lex, 1998, p.472 susține că excepția de nulitate reprezintă singura modalitate de invocare a nulității în fața instanței de fond.

¹⁸ I. Deleanu, *Procedura...*, vol. I, p.271.

974-975 C.civ., precum și prin acțiunea în anulare întemeiată pe dispozițiile art. 364 C.p.civ. (când e vorba de hotărâri arbitrale)¹⁹. În ceea ce privește natura juridică a acțiunii în anulare exercitată împotriva hotărârii arbitrale mă raliez opiniei²⁰ potrivit cu care suntem în prezența unui control judecătoresc exercitat pe cale de acțiune, în primă și ultimă instanță.

În baza principiului “judecătorul acțiunii e și judecătorul excepției” (*judex actionis judex est exceptionis*), excepția de nulitate se soluționează de instanța în fața căreia s-a produs.

Calea apelului este deschisă invocării nulităților absolute, iar nulităților relative, dacă au fost ridicate în fața primei instanțe care le-a respins sau dacă formele procedurale au fost nesocotite la susținerea concluziilor în fond sau la pronunțarea hotărârii.

Calea recursului poate constitui o modalitate de invocare a nulității absolute, chiar dacă se ridică prima dată. Pentru nulitățile relative se impune ca acestea să fi fost ridicate în fond sau în apel și să nu fi fost rezolvate sau să fi primit o rezolvare greșită. Motivele pentru care

¹⁹ Motivele acțiunii în anulare a hotărârii arbitrale sunt: a) litigiul nu era susceptibil de soluționare pe calea arbitrajului; b) tribunalul arbitral a soluționat litigiul fără să existe o convenție arbitrală sau în temeiul unei convenții nule sau inoperante; c) tribunalul arbitral nu a fost constituit în conformitate cu convenția arbitrală; d) partea a lipsit la termenul când au avut loc dezbaterile și procedura de citare nu a fost legal îndeplinită; e) hotărârea a fost pronunțată după expirarea termenului arbitrajului prevăzut de art. 353³; f) tribunalul arbitral s-a pronunțat asupra unor lucruri care nu s-au cerut sau nu s-a pronunțat asupra unui lucru cerut ori s-a dat mai mult decât s-a cerut; g) hotărârea arbitrală nu cuprinde dispozitivul și motivele, nu arată data și locul pronunțării, nu este semnată de arbitri; h) dispozitivul hotărârii arbitrale cuprinde dispoziții care nu se pot aduce la îndeplinire; i) hotărârea arbitrală încalcă ordinea publică, bunele moravuri ori dispoziții imperative ale legii.

²⁰ **V.M. Ciobanu**, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă. Judecata în primă instanța. Căile de atac. Proceduri speciale. Arbitrajul. Activitatea notarială*, Editura Național, București, 1997, vol. II, p.615.

se poate invoca nulitatea pe calea recursului sunt prevăzute în art. 304 alin. 1, pct. 1-9 C.p.civ.

Nulitățile pot fi invocate și pe calea contestației în anulare, dar în condițiile dispozițiilor art. 317-319 C.p.civ. Astfel, nerespectarea procedurii de citare a părții pentru ziua în care s-a judecat cauza sau încălcarea normelor de competență absolută dacă nu au putut fi invocate pe căile ordinare de atac și dacă vizează hotărâri irevocabile, pot fi ridicate prin intermediul acestei căi extraordinare.

Respectându-se dispozițiile art. 322-327 C.p.civ. revizuirea poate constitui o altă modalitate de invocare a nulităților. Prin intermediul acestei căi de atac se desființează hotărârile definitive, prin care s-a soluționat fondul, în cazurile prevăzute de art. 322 C.p.civ.

În timpul executării silite, anularea actelor de executare ce s-au realizat fără respectarea condițiilor prevăzute de lege se obține folosindu-se calea contestației la executare.

După invocarea nulității prin unul din mijloacele procedurale legale, instanța va hotărî și după caz o va constata sau o va pronunța. Anterior soluționării excepției invocate, instanța este obligată să o pună în discuția părților, indiferent dacă e o nulitate absolută sau o nulitate relativă.

Instanța se va pronunța asupra nulității prin încheiere sau prin hotărâre, care poate fi sentință sau decizie.

De regulă, încheierile se pronunță de instanța de fond sau de instanța de recurs dacă nulitatea a fost invocată pe calea excepției. Această regulă are și unele derogări. Dacă obiectul excepției invocate în fața instanței îl constituie competența, aceasta în caz de admitere se va pronunța prin hotărâre.

În cazul în care nulitatea este invocată folosind modalitatea căilor de atac, instanța de control judiciar se va pronunța numai prin hotărâre.

Regimul atacării cu apel sau recurs al încheierilor sau hotărârilor prin care au fost soluționate excepțiile de nulitate este cel de drept comun sau cel prevăzut în normele derogatorii (ex. art. 34 C.p.civ., cu privire la recuzare).

3. EFECTELE NULITĂȚII ACTELOR DE PROCEDURĂ CIVILĂ

În doctrina de specialitate efectele nulității actelor de procedură au fost definite ca fiind consecințele juridice care se produc ca urmare a îndeplinirii actului cu nesocotirea dispozițiilor legale privitoare la desfășurarea procesului civil și aplicării sancțiunii nulității²¹.

Pentru unii autori, efectele nulității constituie un element principal în definirea nulității. Astfel, „Nulitatea înseamnă nevalabilitatea sau invaliditatea juridică a unui act existent, dar imperfect, neregulat, defectuos, vicios, din cauza neobservării sau călcării prescripțiilor legale, la producerea, la efectuarea lui.”²².

În literatura juridică se recunoaște nulității efectul de a produce invaliditatea actului procesual întocmit cu neobservarea dispozițiilor legale în conformitate cu regula de drept *quod nullum est nullum producit effectum*.

²¹ **Mircea N. Costin** ș.a., *Dicționar de procedură civilă*, Ediția a II-a, Editura Hamangiu, 2007, p. 389

²² **T. Pop.**, *Drept procesual penal*, vol. III, Tipografia Națională, Cluj, 1947, p.66.

Actul nul este lipsit de eficiență²³, este un act fără autoritate, fără valoare, incapabil de a produce efectele scontate²⁴.

Unii autori²⁵ au împărțit efectele rezultate în urma anulării actelor de procedură în consecințe principale și consecințe accesorii²⁶. În cadrul consecințelor principale au fost cuprinse: invalidarea actului nul ori a actelor care față de acesta nu pot avea o existență de sine stătătoare; înlăturarea efectelor pe care actul nul le-a produs cu privire la fondul dreptului (punerea în întârziere, întreruperea prescripției etc.); reînceperea unui nou termen atunci când a fost anulat un act care constituia punctul de plecare al unui termen sancționat cu decăderea. În cadrul consecințelor accesorii autorul a cuprins sancțiunile pecuniare (*lato sensu*).

Efectele nulității actului de procedură mai pot fi clasificate în efecte directe și efecte indirecte²⁷.

Consecințele directe ale nulității actului de procedură privesc în primul rând invalidarea actului procedural anulat și înlăturarea, pe cale de consecință, a efectelor pe care legea le-a atașat. Consecințele firești ale actului respectiv vor fi desființate retroactiv, vor fi lipsite de eficiență, atât operația juridică cât și actul sau actele

²³ **I. Stoenescu, S. Zilberstein**, *Drept Procesual civil. Teoria generală*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1977, p.410.

²⁴ **E. Herovanu**, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, Iași, 1926, p.129.

²⁵ **O. Ungureanu**, *Nulitățile...*, p.81.

²⁶ În alte opinii efectele nulității actelor de procedură au fost clasificate în: a) efecte produse anterior declarării nulității și b) efecte ce se produc după declararea nulității (**I. Leș**, *Sancțiunile procedurale în materie civilă*, ediția a II-a, revăzută și actualizată, 1997, p.88-95; **Th. Mrejeru**, *Excepții privind instanța și procedura de judecată*, Editura Coresi, București, 1997, p. 115-118.

²⁷ **I. Deleanu**, *Tratat de Procedură civilă*, vol. I, Editura Servo-Sat, 2000, p. 273-275.

încheiate - când e cazul - pentru constatarea acelei operații²⁸.

Sanctiunea nulității lipsește actul făcut cu neobservarea formelor legale legate de funcția sa procedurală. Se vor produce efectele legate de manifestările de voință, de declarațiile sau constatările de fapt ale actului²⁹. Cel mai adesea actul procedural nul se convertește în mijloc de probă. Astfel, o acțiune anulată poate servi ca început de dovadă scrisă.

A doua consecință directă a nulității constă în dreptul instanței să regularizeze actul viciat. În sistemul nostru de drept nulitatea nu are numai un rol pur sancționator (distructiv), ci și un rol constructiv în sensul că organele judiciare au și obligația să facă sau să remedieze - când este posibil - actele de procedură care au încălcat dispozițiile legale.

Nulitatea se prezintă nu numai ca sancțiune, ci și ca un remediu procesual. Se susține că efectele nulității privesc nu numai actul viciat, dar și organele judiciare sau persoanele îndrituite să invoce nulitatea.

Potrivit art. 106 alin. 2 C.p.civ., judecătorul va putea să dispună îndreptarea neregularităților săvârșite cu privire la actele de procedură³⁰.

În cazul nulităților absolute pentru instanță îndreptarea neregularităților constituie o obligație care rezultă din rolul său în procesul civil. În cazul nulităților relative care ocrotesc doar interesul părților, această

²⁸ S. Zilberstein, V.M. Ciobanu, *Regimul juridic al nulității actelor de procedură în legislația procesual civilă*, "Studii și cercetări juridice" nr. 1/1986, p.241.

²⁹ În art. 164 alin. 4 din Proiect se prevede că nulitatea unui act de procedură nu împiedică ca acesta să producă alte efecte juridice decât cele care decurg din natura lui proprie

³⁰ Potrivit art. 164 alin. 2 din Proiect dacă este cazul, instanța va dispune refacerea actului de procedură cu respectarea tuturor condițiilor de validitate.

obligație are un caracter relativ. În baza principiului disponibilității, în acest caz, partea hotărăște și în ce privește regularizarea actului.

Îndreptarea actelor de procedură se face prin refacerea sau remedierea actelor viciate.

Refacerea constă în înlocuirea actului de procedură viciat cu unul nou și are loc în cazul nulității totale. Dacă în cazul nulității proprii, refacerea nu ridică probleme, în cazul nulității derivate aceasta devine complexă. Actele refăcute din dispoziția instanței sunt independente de actele viciate și își produc efectele din momentul refacerii. În anumite cazuri instanța de fond nu are posibilitatea refacerii actului de procedură. Potrivit art. 158 alin. 3 C.p.civ.: ”Dacă instanța se declară necompetentă ea va trimite dosarul instanței competente sau, după caz, unui organ cu activitate jurisdicțională competent, de îndată ce hotărârea a devenit irevocabilă.”

De asemenea, nulitățile cu privire la hotărârea pronunțată nu se refac de instanța de fond, ci de cea de control judiciar.

Remedierea actelor de procedură – a doua modalitate de îndreptare se realizează prin completare, modificare sau rectificare³¹. Legiuitorul folosește noțiunile de completare, întregire și modificare. Completarea și întregirea se referă la recondiționarea lipsurilor din cuprinsul cererii de chemare în judecată, cum ar fi: arătarea motivelor de fapt și de drept, indicarea domiciliului părților etc. Modificarea se referă la schimbarea unor elemente din cuprinsul cererii de chemare în judecată (părți, obiect)³².

³¹ I. Leș, *Sanctiunile...*, p.84; N. Giurgiu, *op. cit.*, p.181; D. Radu în *Dicționar de drept procesual civil*, p.212-213; G. Cornu, J. Foyer, P.U.F., 1996, p.557.

³² G. Porumb, *Codul Procedură civilă comentat și adnotat*, vol. I, Editura Științifică, București, 1960, p.310.

Potrivit art. 146 alin. 1 C.p.civ, dacă la primirea cererii de chemare în judecată, aceasta nu îndeplinește cerințele prevăzute de lege, președintele sau judecătorul care îl înlocuiește îi va pune în vedere reclamantului să completeze sau să modifice cererea.

Deosebirile între refacerea actelor nule și remedierea acestora sunt puse în evidență și prin aceea că, în prima modalitate întotdeauna are loc reluarea judecării de la actul nul și este întocmit altul nou³³.

Efectele actului remediat se produc *ex tunc*³⁴.

În cadrul efectelor indirecte sau secundare sunt identificate producerea nulităților derivate și pierderea dreptului subiectiv substanțial.

Din prevederile art. 106 alin. 1 C.p.civ. rezultă că anularea unui act de procedură atrage și nulitatea actelor următoare, în măsura în care acestea nu pot avea o existență de sine stătătoare³⁵.

În ceea ce privește nulitatea actelor subsecvente celui anulat, toți autorii sunt de acord că acestea sunt lovite de nulitate dacă între ele există o legătură de dependență necesară.

În ceea ce privește nulitatea actelor anterioare celui anulat opiniile au fost diferite.

Astfel, în concepția unor autori actele anterioare celui anulat rămân valabile, nefiind afectate de sancțiunea nulității³⁶.

³³ I. Leș, *Sancțiunile...*, p.87.

³⁴ O. Ungureanu, *Nulitățile...*, p.85; Al. Velescu, *Notă la decizia 4122/1958 a Trib. Reg. Craiova*, în "Legalitatea populară" nr. 4/1959.

³⁵ Art. 164 alin. 3 din Proiect, prevede că desființarea unui act de procedură atrage și desființarea actelor de procedură subsecvente, dacă acestea din urmă nu pot avea o existență de sine stătătoare.

³⁶ I. Stoenescu, S. Zilberstein, *Teoria generală*, p.415; V. Negru, D. Radu, *Drept procesual civil*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1976, p.216; Gr. Porumb, *op. cit.*, vol. I, p.226.

În concepția altor autori regula este aceea că actele anterioare celui anulat rămân valabile, dar că această regulă cunoaște și unele excepții în care efectul extensiv al nulității se întinde și asupra actelor anterioare sau concomitente celui anulat³⁷. În susținerea acestei opinii autorii au ca argument situația în care hotărârea este anulată pentru nerespectarea principiului continuității și toate actele de procedură întocmite în cauză sunt anulate.

În conformitate cu dispozițiile art. 160 C.p.civ.: ”în cazul declarării necompetenței, dovezile administrate în instanța necompetentă rămân câștigate judecătii și instanța competentă nu va dispune refacerea lor decât pentru motive temeinice.”

Instanța care a declarat nulitatea trebuie să se pronunțe și cu privire la întinderea acestor efecte. Este necesar acest lucru întrucât efectele nulităților procedurale pot fi și parțiale, iar nulitatea unui act de procedură se poate răsfrânge și asupra actelor concomitente sau ulterioare celui sancționat.

Această obligație a instanțelor este prevăzută în Codul de procedură civilă doar prin câteva dispoziții particulare în materia recursului și a executării silite imobiliare indirecte.

Astfel, potrivit art. 315 alin. 2 C.p.civ.: ”când hotărârea a fost casată pentru nerespectarea formelor procedurale, judecata va reîncepe de la actul anulat.”

De regulă, nulitatea unui act de procedură nu stinge dreptul subiectiv material. În situația în care pentru întocmirea actului legea a prevăzut un termen legal sau legiuitorul a interzis refacerea actului, constatarea sau

³⁷ I. Leș, *Sancțiunile ...*, p.94; O. Ungureanu, *Nulitățile...*, p.83, I. Deleanu, *Procedura...*, I, p.274.

pronunțarea nulității va afecta și dreptul subiectiv³⁸. Cererea de apel va fi nulă dacă nu arată hotărârea care se atacă și nu este semnată. Dacă aceste cerințe nu sunt complinite în condițiile art. 287 alin. 2 C.p.civ., iar termenul de apel s-a împlinit, cererea nu va mai putea fi refăcută.

³⁸ **H. Solus, R. Perrot**, *Droit judiciaire privé*, t. I., Sirey, Paris, 1961, nr. 422, p.390; **P. Vasilescu**, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. III, București, Institutul de Arte Grafice „Eminescu” SA, 1943, nr. 66, p.79.

MODALITĂȚI ALTERNATIVE PRIVIND SOLUȚIONAREA CONFLICTELOR

Dr. Marius Neculcea
Prim procuror
Daciana Bianca Vidrean
Procuror șef secție judiciară
Parchetul de pe lângă
Tribunalul Arad

The alternative solution of the conflicts nowadays preoccupies more and more people as a way to avoid congestion of the judicial bodies.

CAPITOLUL 1 - Modalități alternative privind soluționarea conflictelor

1.1. Introducere

Comisia Europeană pentru Eficiența Justiției, în căutarea de modalități de îmbunătățire a eficienței justiției, a oferit soluții alternative la procedurile judiciare normale de soluționare a disputelor, soluții care pot fi alternative sau care să facă parte din procesul juridic.

Ca modalități alternative de soluționare a disputelor, amintim:

- ❖ medierea – unde părțile aleg o persoană specializată (mediator) care le asistă ajutându-le să ajungă la o înțelegere într-o dispută;
- ❖ arbitrajul – unde părțile aleg un terț imparțial, cunoscut ca arbitru și
- ❖ concilierea – conciliatorul având puteri mai mari decât un mediator și care poate sugera părților propuneri pentru rezolvarea unei dispute.

1.2. Medierea – Istoric. Implementare/Noțiune. Eficiență.

Medierea - ca soluție alternativă pentru stingerea conflictelor – este inclusă în mai multe Recomandări ale Comisiei, dintre care amintim:

- ❖ Recomandarea 98(1) se referă la medierea în probleme de familie și, ca efect, pe lângă reducerea numărului de cauze care ajung pe rolul instanței, oferă și soluții mai acceptabile pentru părți;

- ❖ Recomandarea 98(19) se referă la medierea în probleme penale și care, pe lângă recunoașterea interesului legitim al victimelor, urmărește să încurajeze sentimentul răspunderii infractorului, oferindu-i posibilități reale de reintegrare și reabilitare;

- ❖ Recomandarea 2002(10) - medierea în probleme civile - este definită ”un proces de rezolvare a disputei”, unde părțile negociază asupra obiectului disputat pentru a ajunge la o înțelegere, cu asistența unuia sau mai multor mediatori.

Majoritatea țărilor europene au adoptat reglementari în domeniul medierii în ultimii ani: Albania are o lege a medierii din anul 2003, Austria din 2003, Bulgaria din 2004 (Codul de Procedură Civilă din 2007 este sincronizat cu legea medierii), Croația din 2003, Macedonia din 2006, Serbia din 2005, Ungaria din 2002. Moldova din 2007 (cu aplicare din 2008).

De remarcat, este faptul că legislația din domeniul medierii aplicabilă în Europa este inspirată preponderent de modelul american, model care și-a dovedit eficiența de-a lungul timpului, fiind evidentă dorința mediatorilor europeni de uniformizare la nivel continental a reglementarilor din domeniul medierii. În acest sens este și rezoluția legislativă a Parlamentului European din 29

martie 2007 referitoare la propunerea de directivă privind anumite aspecte ale medierii în materie civilă și comercială, precum și obligativitatea stabilirii a unor proceduri extrajudiciare alternative¹ - măsuri imperios necesare pentru transpunerea în practică a principiului fundamental al accesului liber la justiție pentru orice cetățean, procedurile extrajudiciare alternative având rolul de a asigura un acces mai bun la justiție. Modelul de mediere aplicabil în statele europene este diferit de cel canadian în care medierea este obligatorie (în toate cauzele civile). Obligativitatea medierii putând constitui un avantaj (apreciindu-se că cel care propune medierea nu e sigur pe poziția sa) sau un dezavantaj (părțile pot să nu ia în serios medierea dacă aceasta este obligatorie).

Fiecare țară și-a adaptat reglementările din domeniul medierii la specificul local. Dacă în Bulgaria contractul de mediere și chiar înțelegerea la care ajung părțile pot să fie orale, acest lucru nu este valabil în restul Europei. În Serbia este nevoie de experiență în domeniul medierii sau al soluționării conflictelor de minim cinci ani pentru a deveni mediator. În Norvegia, judecătorii pot să fie și mediatori, lucru care nu este posibil, *exempli causa* în Bulgaria, și exemplele ar putea continua la nesfârșit. Se remarcă însă un aspect general valabil: în majoritatea statelor europene medierea este facultativă. A existat în Anglia o încercare de mediere obligatorie (impusă), însă aceasta s-a dovedit a fi un eșec. Totuși, Anglia este o țară în care medierea este folosită cu un real succes fiind vorba despre medierea facultativă în care

¹ Rezoluția legislativă a Parlamentului European din 29 martie 2007 referitoare la propunerea de directivă a Parlamentului European și a Consiliului privind anumite aspecte ale medierii în materie civilă și comercială {COM(2004)0718 – C6-0154/2004 – 2004/0251(COD)};

părțile consideră că este mai avantajos pentru ele să apeleze la mediere decât să inițieze o acțiune în instanță.

Polonia este una dintre puținele țări europene în care instanța poate să trimită cauza la mediere fără acceptul părților, însă acestea au posibilitatea de a refuza medierea. În alte țări, instanța de judecată poate să le propună părților să își rezolve disputele prin mediere, însă nu le poate obliga să apeleze la mediere.

Slovenia este un exemplu pozitiv în ceea ce privește medierea, în anul 2007 finalizându-se prin mediere peste 1500 de cauze. Cele mai bune rezultate au fost obținute în cauzele de dreptul familiei (70%), iar cele mai dezamăgitoare în cauzele civile.

Austria (prima țară în care profesia de mediator a fost recunoscută printr-un act al Parlamentului) este un alt stat în care medierea are rezultate, interesant fiind aici faptul că înțelegerea la care ajung părțile după mediere este supusă controlului instanței sau notarului. Cei care doresc să devină mediatori, printre alte condiții trebuie să aibă vârsta de minim 28 ani.

Croația are o reglementare specială în domeniul medierii conform căreia dacă părțile au stabilit să nu inițieze sau continue un proces o anumită perioadă de timp, ci să apeleze la mediere, în cazul în care își încalcă această obligație asumată de ambele părți, instanța astfel investită va respinge acțiunea lor ca prematură.

Majoritatea țărilor europene au adoptat reglementari în domeniul medierii în ultimii ani: Albania are o lege a medierii din anul 2003, Austria din 2003, Bulgaria din 2004 (Codul de Procedura Civilă din 2007 este sincronizat cu legea medierii), Croația din 2003, Macedonia din 2006, Serbia din 2005, Ungaria din 2002. Moldova din 2007 (cu aplicare din 2008).

În acest context european, având la bază actul normativ adoptat de Parlamentul Austriei, în luna mai 2006, Parlamentul României a adoptat Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator², prin care medierea este definită în articolul 1, astfel: *”(1) Medierea reprezintă o modalitate facultativă de soluționare a conflictelor pe cale amiabilă, cu ajutorul unei terțe persoane specializate în calitate de mediator, în condiții de neutralitate, imparțialitate și confidențialitate. (2) Medierea se bazează pe încrederea pe care părțile o acordă mediatorului, ca persoană aptă să faciliteze negocierile dintre ele și să le sprijine pentru soluționarea conflictului, prin obținerea unei soluții reciproc convenabile, eficiente și durabile”*, iar în ce privește profesia de mediator se stipulează în articolul 7 că *”Poate fi mediator persoana care îndeplinește următoarele condiții: a) are capacitate deplină de exercițiu; b) are studii superioare; c) are o vechime în muncă de cel puțin 3 ani sau a absolvit un program postuniversitar de nivel master în domeniu, acreditat conform legii și avizat de Consiliul de mediere; d) este aptă, din punct de vedere medical, pentru exercitarea acestei activități; e) se bucură de o bună reputație și nu a fost condamnată definitiv pentru săvârșirea unei infracțiuni intenționate, de natură să aducă atingere prestigiului profesiei; f) a absolvit cursurile pentru formarea mediatorilor, în condițiile legii, cu excepția absolvenților de programe postuniversitare de nivel master în domeniu, acreditate conform legii și avizate de Consiliul de mediere; g) a fost autorizată ca mediator, în condițiile prezentei legi”*.

Este de necontestat faptul că medierea a devenit o prezență în realitatea juridică românească. Medierea și

² Publicată în Monitorul Oficial nr. 441/22 mai 2006;

organizarea profesiei de mediator reprezintă un triumf al strategiei de reformă în justiție și o valorificare în plan național a experienței internaționale în domeniul metodelor alternative de soluționare a conflictelor.

Ideea de soluționare a unui litigiu sau a unui conflict nedevenit litigios pe cale amiabilă, cu ajutorul unui specialist, respectiv a unui mediator, câștigă tot mai mult teren și aderenți. Procedura medierii este preferată de părți, oameni și instituții pe care complexitatea relațiilor sociale și economice îi plasează la un moment dat în situații conflictuale diverse, specifice raporturilor de dreptul familiei, dreptul muncii, civil, comercial sau penal. Cu respectarea principiilor fundamentale ale procedurii de mediere, axate pe caracterul voluntar și pe conceptele de neutralitate, imparțialitate și confidențialitate, prin mediere au fost soluționate numeroase tipuri de conflicte.

Din experiența statelor U.E. care au implementat această procedură înaintea noastră, se poate observa cu ușurință că părțile aflate în conflict se îndreaptă cu încredere spre procedura soluționării amiabile a acestuia, conștientizând beneficiile conferite prin economia de timp, de stres emoțional, de cheltuieli chiar, spre deosebire de procedura judiciară clasică, bucurându-se atunci când, cu asistența specialistului ajung la decizii consensuale convenabile, la soluții proprii acceptate de fiecare parte disputantă. Mecanisme ca suplețea și flexibilitatea, autonomia părților și lipsa oricărei constrângeri, funcționează și sunt asigurate în mediere.

Soluționarea litigiilor prin mediere aduce în mod clar beneficii pe multe planuri. Contribuie, înainte de orice argument, la îmbunătățirea actului de justiție – instanțele se degrevează de cauze, mutând centrul de greutate de pe criteriul cantitativ al cauzelor pe rol ce

trebuie soluționate cu celeritate, pe criteriul calitativ al soluțiilor adoptate, justițiabilii au alternativă la sistemul juridic, iar apărătorii lor îi asistă sau reprezintă în procedura medierii. Conceptul de mediere și ideea de soluționare amiabilă a conflictelor se găsesc în strânsă legătură cu identitatea culturală a unui popor, iar implementarea lor implică un proces de lungă durată (aspect constatat chiar și în țările cu tradiție în domeniul medierii).

Primul centru – pilot – de mediere din țara noastră a fost înființat prin ordin al Ministrului Justiției, în cadrul unui proiect inițiat de Centrul Cultural al Ambasadei Statelor Unite ale Americii, Ministerul Justiției și Baroul Dolj, în anul 2002, la Craiova – funcționând pe lângă Judecătoria Craiova și Tribunalul Dolj.

În armonie deplină cu reglementările și experiența internațională în domeniul medierii, Centrul de Mediere din Craiova a început în anul 2005 un program național de formare a mediatorilor cu sprijinul Centrului Cultural al Ambasadei SUA, Ministerului Justiției și al Barourilor din România, fiind instruiți în tehnicile și spiritul medierii avocați din cele 40 de județe ale țării și municipiul București. În urma cursurilor de la Craiova, au fost înființate centre de mediere în fiecare județ, centre care s-au constituit ulterior în Uniunea Centrelor de Mediere din România ale cărei principale obiective sunt popularizarea, studiul, promovarea și practica medierii în România, în prezent fiind adoptat de către Consiliul de Mediere - prin Hotărârea nr. 964/03.05.2008 – Tabloul mediatorilor³.

³ Hotărârea Consiliului de Mediere nr. 964/2008 privind aprobarea Tabloului mediatorilor autorizați a fost publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 357 din 08.05.2008;

Nu pot decât să mă raliez opiniei exprimate de doamna av. Mariana Belbiță, Mediator și Formator de mediatori în cadrul Centrului de Mediere Craiova, care arăta că:

”Cunoașterea avantajelor soluționării conflictelor prin mediere trebuie să constituie una dintre preocupările profesioniștilor de a desfășura permanent programe de diseminare a informației la nivel local și național.

Alături de aceste programe, practicarea profesiei cu demnitate, desfășurarea de programe de formare profesională și manifestarea permanentă a interesului mediatorilor pentru îmbunătățirea nivelului propriu de cunoștințe, pot conferi prestigiu profesiei și pot determina câștigarea încrederii societății civile în instituția medierii.

Conflictul este o industrie în creștere. Nu putem trăi în conflict, așa cum nu putem trăi în afara lui, ignorându-l. Pe măsură ce lumea noastră devine mai independentă, oamenii «se lovesc» unii de alții din ce în ce mai des. Există totuși speranță acum. Lucrând cu mii de oameni și participând la tot felul de conversații dificile, am găsit calea de a face aceste conversații mai puțin stresante și mai mult productive. O cale de a gestiona constructiv conflictul, de a administra creativ probleme dure prin tratarea oamenilor cu răbdare, decență și integritate. Această cale este medierea. Tehnică și artă, principii și stare de spirit deopotrivă”.

1.3. Arbitrajul – Noțiune. Reglementare

Legislația României conține mai multe dispoziții normative aplicabile în materia arbitrajului. Unele dintre acestea sunt cuprinse în Cartea a IV-a din Codul de procedură civilă, în care, în primele patru capitole,

legiuitorului statuează, printre altele: care sunt persoanele care pot conveni să soluționeze pe calea arbitrajului litigiile patrimoniale dintre ele; cine poate să judece un astfel de litigiu și să pronunțe o hotărâre definitivă și obligatorie părților implicate (arbitrul unic sau arbitrii investiți); modul de organizare și desfășurare a arbitrajului, potrivit convenției arbitrale etc.

Legiuitorului alocă un întreg capitol – V – din Cartea a IV-a a Codului de procedură civilă, procedurii arbitrale, capitol care începe cu enunțarea (art. 358) principiilor fundamentale ale acestei proceduri. Potrivit acestui text, în întreaga procedură arbitrală, trebuie să se asigure părților, sub sancțiunea nulității hotărârii arbitrale, egalitatea de tratament, respectarea dreptului la apărare și a principiului contradictorialității. Acest text nu poate fi însă aplicat fără a fi coroborat cu art. 353 lit. c care stabilește răspunderea arbitrilor de daune dacă nu respectă caracterul confidențial al arbitrajului, publicând sau divulgând date de care ia cunoștință în calitate de arbitru, fără a avea autorizarea părților. Enunțarea principiilor fundamentale în textele citate nu este însă limitativă. Legiuitorului a ținut să sublinieze că și în procesul arbitral, întocmai ca în procesul civil, se aplică o serie de principii fundamentale și le enunță pe cele pe care le consideră esențiale. A subînțeles însă că, în completare, se aplică dispozițiile comune de procedură civilă care dau expresie celorlalte principii, precum principiul rolului activ al judecătorului, principiul oralității dezbaterilor, principiul indisponibilității. Indirect, s-a referit la principiul confidențialității⁴ ca fiind

⁴ **Monica Ionaș Sălăgean**, *Arbitrajul comercial*, Editura All Beck, București, 2001, pag.123; **Viorel Roș**, *Arbitrajul comercial internațional*, R.A. Monitorul Oficial, București, 2000, pag.328 și urm.;

un principiu specific arbitrajului, opus principiului publicității dezbaterilor aplicabil în procesul civil.⁵

În concepția legiuitorului român, potrivit art. 369 C.p.civ. „*un litigiu arbitral care se desfășoară în România este socotit internațional dacă s-a născut dintr-un raport de drept privat cu element de extraneitate*”.

În armonie cu această prevedere art. 3 pct. 2 din Regulile de procedură ale comisiilor de arbitraj teritoriale statuează că litigiul este internațional ”*când decurge dintr-un contract de comerț exterior*”.

Dispozițiile normative la care am făcut referire în alineatele precedente se completează cu normele legale din Decretul-Lege nr. 139 din 12 mai 1990 privind camerele de comerț și industrie, precum și cu Normele cuprinse în Regulamentul și Normele de procedură ale Curții de Arbitraj Comercial Internațional din București (C.A.B)⁶. De asemenea, prezintă o oarecare importanță în acest domeniu și reglementările adoptate în 1993, ale comisiilor de arbitraj de pe lângă camerele de comerț și industrie din capitalele de județ.

Dreptul comun în materia arbitrajului comercial internațional îl formează normele ce reglementează arbitrajul comercial intern. Reglementările legale ce vizează nemijlocit arbitrajul comercial internațional - destul de puține la număr - se analizează ca dispoziții normative cu caracter special. Fizionomia juridică a arbitrajului comercial internațional din România poate fi corect conturată numai prin coroborarea normelor

⁵ Viorel Mihai Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. I, Editura Național, București, 1997, pag.606;

⁶ care funcționează ca instituție de arbitraj permanent pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României;

speciale care îl vizează cu acelea care formează dreptul comun în domeniul arbitrajului.

Pentru raporturile de comerț internaționale prezintă interes deosebit și Legea nr. 105 din 1 octombrie 1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat.⁷ Unele din dispozițiile acestei legi au anumite contingente (fie ele chiar indirecte) cu activitatea arbitrajului.

Există, de asemenea, câteva convenții internaționale la care România este parte și prin care se stabilesc norme de drept uniform în materia arbitrajului comercial internațional. Aceste norme privesc incidente și în ce privește activitatea arbitrajului comercial internațional din România. Dintre ele menționăm ca fiind mai importante: Convenția Europeană asupra Arbitrajului Comercial Internațional adoptată la 21 aprilie 1961 la Geneva⁸; Convenția de la New York din 10 iunie 1958 pentru recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine⁹; Convenția de la Washington din 18 martie 1965 pentru reglementarea diferendelor relative la investiții între state și persoane ale altor state¹⁰.

Pornind de la concluziile Raportului Agentului Guvernamental pentru Curtea Europeană a Drepturilor Omului pe anul 2007, prin care se semnalează unele aspecte care pot risca să fie percepute ca probleme proprii sistemului judiciar național, s-a apreciat că se impune o intervenție legislativă pentru reglementarea

⁷ republicată (după rectificare) în Monitorul Oficial nr. 254 din 26 octombrie 1993;

⁸ ratificată de România prin Decretul nr. 281 din 25 iunie 1963, publicat în Buletinul Oficial nr. 12 din 25.06.1963;

⁹ ratificată de România prin Decretul nr. 186 din 24 iulie 1961, publicat în Buletinul Oficial nr.19 din 24.07.1961;

¹⁰ ratificată de România prin Decretul nr. 62 din 30 mai 1975, publicat în Buletinul Oficial nr.56 din 07.06.1975;

complexă și coerentă a procesului civil, constând în măsuri care să aibă drept scop simplificarea și accelerarea procedurilor judiciare. Pe cale de consecință, prin proiectul noului Cod de procedură civilă se propune și transformarea acestei proceduri alternative de soluționare a litigiilor – anume a arbitrajului – într-una atractivă, suplă și modernă care, prin flexibilitate și celeritate, să aibă efecte benefice în sensul reducerii volumului de activitate al instanțelor judecătorești. Printre reglementările propuse prin proiectul noului Cod de procedură civilă menite să faciliteze recursul la această formă de ”justiție privată” se regăsesc: modificarea criteriilor de delimitare a sferei litigiilor care pot face obiectul arbitrajului, fiind eliminată referirea la litigiile patrimoniale, care a creat probleme în practică; litigiile în care sunt părți persoanele juridice de drept public pot fi soluționate prin arbitraj; consacrarea unei instanțe unice - tribunalul de la locul arbitrajului - competentă să intervină pentru a soluționa problemele ce se pot ivi în organizarea și desfășurarea arbitrajului; eliminarea condiției cetățeniei române pentru arbitri; trimiterea la dreptul comun în materia incompatibilității pentru a nu se întrerupe cursul arbitrajului prin cereri abuzive de recuzare; reglementarea mai precisă a sancțiunii caducității arbitrajului pentru depășirea termenului de soluționare a litigiului; reglementarea mai precisă a modului în care tribunalul arbitral își verifică din oficiu competența și propunerea ca hotărârea prin care se declară necompetent să nu fie supusă nici unei căi de atac, pentru a favoriza soluționarea rapidă a litigiului; eliminarea obligativității ca deliberarea asupra pronunțării hotărârii arbitrale să aibă loc cu participarea personală a tuturor arbitrilor.

1.4. Concilierea – Noțiune. Reglementare

Diversificarea relațiilor sociale și economice și creșterea economică adaugă noi tipuri de conflicte. Există o explozie a contenciosului, a conflictelor interumane precum și o insuficiență a reglementărilor legale în unele domenii. Astfel, rezolvarea clasică a conflictului, prin justiție și soluționarea pe conceptul câștig - pierdere (învingător - învins) se dovedește a nu fi întotdeauna cel mai adecvat răspuns. De aceea se dorește crearea unei justiții de proximitate în sensul unei apropieri de oameni. Una dintre metodele alternative întâlnite, care se bucură de interes și credibilitate din partea cetățenilor - pe lângă cele relative la mediere și la arbitraj - este concilierea.

În general, teoria soluționării litigiilor și mai ales a managementului acestora pornește de la definirea și circumscrierea ideii de conflict.

Conflictul apare ca o situație în care interesele mai multor persoane se opun în așa fel încât este imposibil ca toate aceste interese să fie satisfăcute. Conflictele pot fi de mai multe feluri, după cum există una sau mai multe părți, sunt evidente sau sunt conflicte ascunse, și, de asemenea, pot avea diferite stadii. În vederea soluționării și a unei gestionări eficiente a conflictelor, rezultând din relațiile contractuale apărute între diverse persoane sau societăți comerciale, au fost emise mai multe teorii și s-au găsit de-a lungul anilor mai multe soluții pentru acestea, în funcție de gravitatea acestora și de interesele implicate.

În principiu, în fața unui conflict apărut între diferite părți, se pot avea în vedere trei mari posibilități de a trata cu acesta: ignorarea acestuia, uzul forței sau al oricărei alte metode coercitive sau o tratare procedurală a acestui conflict ghidată fie de interesele părților, fie de principiile de drept aplicabile. Tratarea procedurală a

conflictului presupune negocieri directe între părți, implicarea unei a treia părți ca mediator și, în final, soluționarea acestuia pe calea arbitrajului sau a procesului obișnuit în fața instanțelor de drept comun.

Așadar, în vederea soluționării conflictelor apărute între părți, sau, așa cum se specifică în lucrările de specialitate în vederea gestionării eficiente a unui conflict în materie comercială, există metode alternative sau subsidiare de soluționare a acestora, utilizate în special în fazele inițiale. Din experiența practicienilor, aceste modalități de soluționare au dus de multe ori la rezolvarea conflictelor fără a mai fi necesară apelarea la proceduri jurisdicționale, fie ele ale instanțelor de drept comun sau ale unor instanțe arbitrale.

Mai mult, în practica comercială internațională există așa numita procedură alternativă de soluționare a disputelor (Alternative Dispute Resolution - ADR) care include orice procedură care constituie o alternativă la soluționarea litigiilor în fața instanțelor de judecată.

În ceea ce privește practica internațională, aceasta metodă exclude arbitrajul, deoarece acesta a devenit o practică uzuală de soluționare a litigiilor.

Trebuie menționat faptul că și această metodă alternativă de soluționare a conflictelor – concilierea – are drept scop reglementarea situației părților astfel încât după epuizarea acestor metode părțile să își continue colaborarea pe baza aceluiași contract. Numai în cazul în care părțile eșuează în soluționarea conflictului acestea vor solicita reglementarea situației lor pe calea arbitrajului sau a litigiului desfășurat în fața instanțelor de drept comun.

Concilierea este reglementată atât în Legea nr. 5/1996 privind ratificarea Convenției privind concilierea și arbitrajul în cadrul Conferinței pentru Securitate și

Cooperare în Europa¹¹, semnată la Stockholm la data de 15 decembrie 1992, cât și în Codul de procedură civilă - Capitolul XIV, art. 720¹, astfel:

”În procesele și cererile în materie comercială evaluabile în bani, înainte de introducerea cererii de chemare în judecată, reclamantul va încerca soluționarea litigiului prin conciliere directă cu cealaltă parte.

În scopul arătat la alin. 1, reclamantul va convoca partea adversă, comunicându-i în scris pretențiile sale și temeiul lor legal, precum și toate actele doveditoare pe care se sprijină acestea. Convocarea se va face prin scrisoare recomandată cu dovada de primire, prin telegramă, telex, fax sau orice alt mijloc de comunicare care asigură transmiterea textului actului și confirmarea primirii acestuia. Convocarea se poate face și prin înmânarea înscrisurilor sub semnătură de primire.

Data convocării pentru conciliere nu se va fixa mai devreme de 15 zile de la data primirii actelor comunicate potrivit alin. 2.

Rezultatul concilierii se va consemna într-un înscris cu arătarea pretențiilor reciproce referitoare la obiectul litigiului și a punctului de vedere al fiecărei părți.

Înscrisul despre rezultatul concilierii ori, în cazul în care pârâțul nu a dat curs convocării prevăzute la alin. 2, dovada că de la data primirii acestei convocări

¹¹ Publicată în Monitorul Oficial nr. 51/13.03.1996; Prin articolul unic al acestei legi Parlamentul României ratifica Convenția, însă, cu următoarea rezervă: ”În aplicarea prevederilor art. 19 paragraful 4, România își rezervă dreptul de a opta pentru folosirea procedurilor de consiliere sau de arbitraj prevăzute în tratatele bilaterale și multilaterale încheiate sau pe care ea le va încheia”;

au trecut 30 de zile se anexează la cererea de chemare în judecată”.

Drept consecință a faptului că procedura concilierii este puțin utilizată la nivel național, concretizându-se doar ca parte a procedurii de mediere, nu mai este prevăzută distinct în Proiectul Noului Cod de Procedură Civilă depus la Parlamentul României.

CAPITOLUL 2 - Modalități reale de soluționare a cauzei într-un termen rezonabil

2.1. Introducere

De-a lungul timpului, între disfuncțiile majore ale justiției din România, cel mai aspru criticată a fost lipsa de celeritate în soluționarea cauzelor, cu toate efectele ei. Dat fiind că procedurile judiciare s-au dovedit deseori greoaie, formaliste, costisitoare și de lungă durată, s-a conștientizat faptul că eficacitatea administrării actului de justiție constă în mare măsură și în celeritatea cu care drepturile și obligațiile consfințite prin hotărâri judecătorești intră în circuitul civil, asigurându-se astfel stabilitatea raporturilor juridice deduse judecății.

Astfel, nerespectarea cerințelor procesului echitabil sub aspectul duratei procedurii ori decurgând din neexecutarea hotărârilor judecătorești, a constituit obiectul mai multor cauze la Curtea Europeană a Drepturilor Omului (C.E.D.O.) în care este parte România.

Având în vedere cazuistica României la C.E.D.O., deși se poate afirma că durata procedurilor judiciare nu depășește cu mult media europeană în acest domeniu, soluționarea proceselor într-un termen rezonabil a reprezentat și reprezintă o problemă reală și un motiv de preocupare pentru autorități.

Conform Raportului Agentului guvernamental pentru C.E.D.O. pe anul 2007, se semnalează cauze repetitive care pot risca să fie percepute ca probleme proprii sistemului judiciar național. Astfel, pe lângă încălcări ale dreptului de proprietate, se semnalează încălcări ale Convenției pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale decurgând din durata procedurii și neexecutarea hotărârilor judecătorești.

Așa fiind, se impune o intervenție legislativă pentru reglementarea complexă și coerentă a procesului civil, constând în măsuri care să aibă drept scop simplificarea și accelerarea procedurilor judiciare.

Beneficiarii actului de justiție, justițiabili, urmăresc obținerea unei soluții corecte într-un timp rezonabil și pentru a beneficia de acest serviciu public trebuie asigurat accesul la justiție prin alocarea unui buget corespunzător și prin crearea cadrului legislativ adecvat. Existența unor disfuncționalități legate de funcționarea sistemelor judiciare, în toate statele membre ale Consiliului Europei, au determinat înființarea Comisiei Europene pentru Eficiența Justiției.

În cele ce urmează, în acest capitol, voi încerca să prezint disfuncționalitățile la care am făcut referire în alineatul precedent precum și progresele înregistrate în înlăturarea acestora.

2.2. Comisia Europeană pentru Eficiența Justiției

Comisia Europeană pentru Eficiența Justiției a fost înființată de Comitetul de Miniștri ai Consiliului Europei în septembrie 2002 și are ca principală sarcină, propunerea de soluții concrete utilizate de către statele membre ale Consiliului Europei în vederea promovării

punerii eficiente în aplicare a instrumentelor Consiliului Europei existente în domeniul organizării judiciare.

De asemenea, Comisia urmărește să se asigure de faptul că politicile publice în materie judiciară țin cont de nevoile utilizatorilor sistemului judiciar și care au drept urmare degrevarea Curții Europene a Drepturilor Omului de o încărcătură excesivă determinată de soluții incoerente sau care treneză pe rolul instanțelor țărilor membre, oferind statelor soluții eficiente, în special prin prevenirea încălcării Art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului:

”1. Orice persoană are dreptul la judecarea în mod echitabil, în mod public și într-un termen rezonabil a cauzei sale, de către o instanță independentă și imparțială, instituită de lege, care va hotărî, fie asupra încălcării drepturilor și obligațiilor sale cu caracter civil, fie asupra temeiniciei oricărei acuzații în materie penală îndreptate împotriva sa. Hotărârea trebuie să fie pronunțată în mod public, dar accesul în sala de ședință poate fi interzis presei și publicului pe întreaga durată a procesului sau a unei părți a acestuia în interesul moralității, al ordinii publice ori a securității naționale într-o societate democratică, atunci când interesele minorilor sau protecția vieții private a părților la proces o impun, sau în măsura considerată absolut necesară de către instanță atunci când, în împrejurări speciale publicitatea ar fi de natură să aducă atingere intereselor justiției.

2. Orice persoană acuzată de o infracțiune este prezumată nevinovată până ce vinovăția sa va fi legal stabilită.

3. Orice acuzat are, în special, dreptul:

a) să fie informat, în termenul cel mai scurt, într-o limbă pe care o înțelege și în mod amănunțit, asupra naturii și cauzei acuzației aduse împotriva sa;

b) să dispună de timpul și de înlesnirile necesare pregătirii apărării sale;

c) să se apere el însuși sau să fie asistat de un apărător ales de el și, dacă nu dispune de mijloacele necesare pentru a plăti un apărător, să poată fi asistat în mod gratuit de un avocat din oficiu, atunci când interesele justiției o cer;

d) să întrebe sau să solicite audierea martorilor acuzării și să obțină citarea și audierea martorilor apărării în aceleași condiții ca și martorii acuzării;

e) să fie asistat în mod gratuit de un interpret, dacă nu înțelege sau nu vorbește limba folosită la audiere”.

Comisia Europeană pentru Eficiența Justiției este un organism compus din experți calificați, reprezentanți a celor 47 de state membre, care evaluează eficiența sistemelor judiciare și propune măsuri și instrumente concrete pentru eficientizarea continuă a serviciului oferit cetățenilor. Potrivit statutului său, Comisia Europeană pentru Eficiența Justiției trebuie ”să analizeze rezultatele obținute de către diversele sisteme judiciare, folosind, printre altele, criteriile statistice comune și mijloace de evaluare apte să identifice problemele și domeniile care necesită îmbunătățiri”. De asemenea, activitatea Comisia Europeană pentru Eficiența Justiției permite schimbul de opinii în privința funcționării sistemelor judiciare a țărilor membre și ajută la identificarea modurilor concrete de îmbunătățire a evaluării și funcționării sistemelor judiciare ale statelor membre, ținând seama de nevoile proprii fiecăruia.

Un aspect de reținut în administrarea oricărui sistem judiciar este bugetul alocat instanței și parchetului, buget care a crescut în toate statele membre. Un capitol important al bugetului alocat justiției se referă la cheltuielile de personal pe de o parte și la funcționarea în sine a sistemului judiciar, precum și la reforma în justiție. De altfel, programe de reformă referitoare la eficiența actului de justiție există în toate țările membre, acesta fiind un proces continuu ce ține seama de necesitățile comunităților cărora li se aplică. O parte importantă din acest buget este alocată tehnologiei informației.

2.3. Accesul la justiție

Potrivit art. 6 pct. 3 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului în materie penală, asistența juridică este esențială pentru garantarea accesului la justiție în condiții de egalitate pentru toți cetățenii. Textul mai prevede dreptul de a iniția gratuit o acțiune în instanță cu ajutorul unor practicieni în domeniul dreptului, precum și asistența juridică gratuită în cauzele penale.

Accesul la justiție poate fi influențat și de existența taxelor judiciare, Comisia recomandând ca taxele instituite de către sistemul juridic să garanteze accesul la actul de justiție, taxele - implicit - să nu constituie un obstacol pentru cetățenii care doresc să înceapă proceduri judiciare.

2.4. Justițiabilii

Sistemul juridic are misiunea de a asigura protecția drepturilor cetățenilor în vederea asigurării drepturilor justițiabililor care trebuie protejate. Urmare a acestui deziderat, justițiabililor trebuie să li se ofere informații despre textele legale și jurisprudența instanțelor superioare. Pentru categoriile de persoane

vulnerabile (victime, minori, persoane cu dizabilități) legislațiile includ prevederi speciale menite să le asigure protecția.

Cu privire la informațiile acordate justițiabililor reținem că informații despre legi, proceduri, documente și instanțe se pot obține cu ușurință cu ajutorul Internet-ului.

Un deziderat greu de atins pentru un sistem judiciar este acela de a oferi utilizatorilor serviciilor judiciare informații cu privire la durata estimată a unui proces.

Includerea în legislație a unor norme care obligă autoritățile să soluționeze orice litigiu într-un termen rezonabil, rămâne doar ca o normă înscrisă într-un text de lege, câtă vreme nu sunt specificate termene clare și sancțiuni precise pentru nerespectarea acestora cu rea-credință.

2.5. Administrarea instanțelor și parchetelor

Pentru asigurarea unui serviciu public eficient, respectiv accesul la judecată, dotarea și asigurarea funcționării instituțiilor implicate în actul de justiție necesită asigurarea unui buget suficient, care să includă și salarizarea corespunzătoare a personalului instanțelor și parchetelor de pe lângă acestea.

Costurile generate de fiecare proces în parte sunt ridicate, indiferent ce țară am lua ca reper, astfel că Comisia Europeană pentru Eficiența Justiției a recomandat includerea în legislațiile țărilor membre ale Consiliului European a unor măsuri alternative pentru soluționarea conflictelor, tocmai pentru a degreva instanțele de judecată de soluționarea unor litigii minore.

Tot ca un deziderat pentru eficientizarea actului de justiție se impune înlocuirea registrelor tradiționale cu

registre electronice, sistemul ECRIS constituind un prim pas în vederea atingerii acestui deziderat, beneficiile sistemului fiind acelea de a obține informații complete într-un timp scurt și fără costuri¹². Pe aceeași linie s-a înscris și crearea portalurilor E_JUSTITIE pentru statele membre ale Uniunii Europene, portaluri care – încă în fază de proiect pilot – vor permite utilizatorilor obținerea de informații între statele membre.

Instanțele și parchetele beneficiază de două tipuri de rețele în interiorul lor: prima rețea este esențial administrativă și constă în principal în administrarea resurselor umane și a echipamentelor necesare pentru funcționarea sistemelor; cea de-a doua rețea este în mod clar judiciară și constă în asistarea judecătorilor și procurorilor în actele de procedură sau exercită sarcini cvasijudiciare distribuite de cei dintâi.

În ce privește administrarea volumului de muncă ce revine unei instanțe sau unui parchet, aceasta este legată direct de durata procedurilor. Drept urmare, pentru reducerea volumului de cauze, se impun modificări legislative, sens în care în cursul anului 2009 a fost adoptat (într-o manieră conformă cu Recomandările Consiliului, cu raportare la realitățile social-politice din țara noastră) și Noul Cod de Procedură Civilă.

În ce privește modul și timpul de soluționare a cauzelor s-au făcut eforturi semnificative, în sensul formării profesionale continue atât a magistraților cât și a celuilalt personal din sistem cu atribuții judiciare, însă procesul ”tehnologic” este unul de durată, iar efectele implementării acestuia nu sunt și nici nu pot fi încă vizibile. Formarea profesională a acestor categorii de personal fiind susținută în egală măsură din fonduri

¹² Despre implementarea, evoluția și eficientizarea acestui sistem s-a făcut vorbire, detaliată, în Capitolul I al prezentei lucrări.

europene cât și din fonduri naționale, rezultatul direct al acesteia urmând a se concretiza în scăderea numărului de cauze adresate C.E.D.O. și, implicit, a numărului de cauze în care România ar putea fi condamnată. Indirect, formarea profesională continuă, va conduce la un management eficient al dosarelor adresate spre soluționare instanțelor și parchetelor constituite pe lângă acestea, prin folosirea tuturor mijloacelor aflate la dispoziție și prin reprezentarea la nivel cognitiv – a tuturor celor implicați în actul de justiție, indiferent de poziția procesuală – a faptul că justiția este un serviciu public care se exercită cu bună-credință și într-un timp rezonabil.

2.6. Modificări legislative

Proiectul noului Cod de procedură civilă cuprinde norme ce asigură accesul la justiție, prin forme procedurale mai simple și accesibile, și, prin accelerarea procedurilor.

În cuprinsul proiectului se regăsesc și prevederi care vizează alinierea la exigențele de previzibilitate a procedurilor judiciare decurgând din Convenția Europeană pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale și, implicit, din cele statuate în jurisprudența C.E.D.O. Urmărind cu rigoare asigurarea premiselor pentru soluționarea corectă în fond a cauzelor, în cadrul sistemului justiției naționale, proiectul are în vedere eliminarea deficiențelor care au condus, în multe cazuri, la hotărâri ale C.E.D.O. de condamnare a României, atât pentru soluții judecătorești principial greșite, cât și pentru prejudicii cauzate de durata excesivă a procedurilor judiciare ori pentru lipsa de previzibilitate rezultată din inconsecvența jurisprudenței naționale. Proiectul propune, totodată, remedii pentru eliminarea

unei alte deficiențe majore a sistemului judiciar român, și anume existența unei practici neunitare, datorată, între altele, și incoerenței și instabilității legislative.

Pentru asigurarea pe viitor, a previzibilității normei de procedură civilă și evitarea unor evenimente legislative care să surprindă sau să genereze confuzii atât în rândul justițiabililor, cât și al judecătorilor, proiectul Codului de procedură civilă conține dispoziții normative clare referitoare la aplicarea legii de procedură, înlocuind principiul actual al aplicării imediate a noii norme procedurale cu acela potrivit căruia dispozițiile noii legi de procedură civilă se aplică numai pentru procesele și executările silite începute după intrarea în vigoare a acesteia. Principiul este detaliat prin câteva dispoziții univoce referitoare la legea aplicabilă în caz de casare cu trimitere, în cazul administrării probelor și în cazul exercitării căilor de atac, situații în care legea veche supraviețuiește alături de legea nouă, rămânând sub imperiul ei cauzele aflate în curs de soluționare la data intrării în vigoare a legii noi. Proiectul conține, totodată, și prevederi referitoare la teritorialitatea legii de procedură.

Noul Cod de Procedură Civilă include concepții moderne privind desfășurarea procesului civil, rolul și atribuțiile participanților la acest proces, în centrul atenției situându-se, desigur, preocuparea pentru recunoașterea și clarificarea, într-un termen optim și previzibil, a drepturilor și intereselor legitime deduse judecății, precum și măsuri de natură să accelereze obținerea răspunsului judecătoresc într-un anumit termen, cu respectarea, în egală măsură, a drepturilor procedurale ale părților și principiilor fundamentale ale procesului civil.

În scopul degrevării instanțelor de judecată, proiectul prevede în sarcina judecătorului obligația de a îndruma părțile din proces spre folosirea procedurii medierii, ca mijloc alternativ de soluționare a litigiilor, pe durata desfășurării acestei proceduri judecata fiind suspendată. Pe aceeași linie se înscriu și reglementarea recursului ca veritabilă cale extraordinară de atac, exercitată doar în cazuri excepționale în care legalitatea a fost înfrântă, cu regândirea actualelor motive de recurs în sensul restrângerii lor și eliminării motivelor formale, fără impact asupra legalității, precum și noua procedură a contestației privind tergiversarea procesului.

Concluzii

În contextul consolidării democrațiilor, nemulțumirea față de sistemul judiciar este în creștere în multe țări. La nivel internațional, integrarea economică determină statele să-și adapteze legislația și sistemul juridic. Prin urmare, se impune o exigență sporită pentru a se asigura o aplicare eficientă a legilor, dar se simte totodată și nevoia de armonizare a legislației cu standardele regionale și internaționale și de înființare a unor noi instituții.

În multe state, sistemul judiciar este inefficient și lipsit de încredere. Schimbări repetate în sistemul judiciar au cauzat probleme atât pentru judecătorii din generația mai veche, cât și pentru judecătorii recent numiți în funcție, care au nevoie de pregătire profesională. Sistemul judiciar s-a aflat sub o presiune deosebită din cauza creșterii dramatice a numărului de litigii. În timp ce aceste țări sunt receptive la exigențele de reformă în justiție, modernizarea nu poate fi realizată rapid și ușor.

Un asemenea program include – așa cum am încercat să relev în această lucrare – cel mai adesea

modernizarea instanțelor, reformă legislativă, mecanisme de soluționare alternativă a litigiilor, pregătirea judecătorilor, a personalului instanțelor, a avocaților, a studenților, a societății civile și îmbunătățirea accesului la justiție.

Programul ar trebui să înceapă cu stabilirea unui plan concentrat pe activități cu șansă mare de realizare și care să aducă beneficii imediate. Acest plan ar urma să contribuie la convingerea judecătorilor și clasei politice, care pot avea o puternică influență în starea continuă de ineficiență a sistemului judiciar, apărând ca firească în acest context concluzia că reușita unei reforme în justiție se datorează în principal acțiunilor bine coordonate și doar în secundar acțiunilor de management. Reforma impune totodată și o schimbare de atitudine, ceea ce presupune schimbări ale mentalității. Din cauza tradiției, profesioniștii din sistemul judiciar nu prea se acomodează cu schimbarea și rareori inițiază o reformă. Pentru a depăși reticența față de o schimbare, implicarea/cooptarea încă de la început a tuturor participanților la acest proces – de la toate nivelele – trebuie să fie instrumentul fundamental al reformei.

Managementul reformei este dificil și este o realitate faptul că multe proiecte de reformă nu își ating obiectivele, eșecul datorându-se mai multor cauze, dintre care cele mai frecvente sunt:¹³

❖ *”Există prea multă mulțumire de sine, fără a conștientiza riscurile sau deficiențele. Este o eroare majoră să se înainteze fără a se conștientiza gradul de urgență la nivelul managerilor și angajaților. Doar prin organizarea unor ședințe ori prin punerea la dispoziție a unui raport nu se poate aștepta de la personal să se ralieze cauzei;*

¹³ John P. Kotter, *Leading Change*, Harvard Business School Press, 1996;

❖ *Coaliția de conducere care sprijină reforma este prea slabă. Indivizii nu pot avea toate aptitudinile necesare să lupte împotriva tradițiilor și a inerției. Comitetele slabe sunt deseori și mai puțin eficiente. Coalizarea oamenilor care vor să facă reformă trebuie să fie puternică în toate aspectele, în ce privește titluri formale, informație, expertiză, relații și capacitate de conducere;*

❖ *Proiectul suferă de o comunicare slabă. Oamenilor trebuie să le fie amintit în mod constant de ce reforma este necesară și ce trebuie să se realizeze;*

❖ *Se declară victoria înainte de terminarea războiului. Oamenii prevăd realizarea unui anumit obiectiv și în consecință este posibil să se mulțumească cu mai puțin. Reformele de succes necesită în general un efort consistent și de durată.”*

Apreciez că, pentru a fi evitate asemenea greșeli, pentru ca fiecare proiect de reformă să se realizeze, se impune constituirea unei echipe de conducere puternice (un grup de lucru). Aceasta trebuie constituită astfel încât: să aibă abilitățile, experiența și coeziunea necesare finalizării implementării proiectului de reformă vizat; să includă membri de la toate nivelurile sistemului judiciar, o diversitate de voci și de păreri; membrii trebuie să fie considerați persoane importante și influente în sistemul judiciar românesc și să se bucure de respect, pentru ca opiniilor lor să le fie acordată toată atenția.

Prin această lucrare nu mi-am propus să elaborez strategii sofisticate cu șanse mici de reușită sau să promoveze un spirit critic împotriva autorităților judiciare sau a oricărei alte instituții, și, cu atât mai puțin, să prezint magistrați sau personal al instanțelor într-o lumină nefavorabilă sau falsă.

Pornind de la realitățile sistemului judiciar românesc, am încercat să identific soluții fezabile la probleme concrete, soluții care pot conduce într-un timp relativ scurt la un progres cuantificabil în justiția românească, soluții care – deși se regăsesc, secvențial, în reglementările legale în vigoare – nefiind prevăzute în mod clar, imperativ, nu pot deveni pârgii care să conducă la un progres real. Altfel spus, am încercat în prezenta lucrare, în principal, să evidențiez atât gradul de implementare și eficientizare a unor măsuri de reformă cât și faptul că se dorește¹⁴ alinierea cadrului legislativ național la cel european și nu numai.

Bibliografie

Viorel Mihai Ciobanu - Tratat teoretic și practic de procedură civilă, vol. I, Editura Național, București, 1997;

John P. Kotter - Leading Change, Harvard Business School Press, 1996;

Monica Ionaș Sălăgean - Arbitrajul comercial, Editura All Beck, București, 2001;

Viorel Roș- Arbitrajul comercial internațional, R.A. Monitorul Oficial, București, 2000;

Codul de procedură civilă actualizat

Convenția Europeană a Drepturilor Omului - Art.6

Convenția de la New York din 10 iunie 1958 pentru recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine;

¹⁴ Concret – de importanță majoră (dar nu singulară) sunt Proiectele Codului de procedură civilă și a Codului de procedură penală, care cuprind, nu în mod exhaustiv însă, modalitățile legislative concrete care să permită accelerarea simțitoare a procesului de reformă a justiției;

Convenția Europeană asupra Arbitrajului Comercial Internațional adoptată la 21 aprilie 1961 la Geneva;

Convenția de la Washington din 18 martie 1965 pentru reglementarea diferendelor relative la investiții între state și persoane ale altor state;

Decretul-Lege nr. 139/1990 privind camerele de comerț și industrie;

Hotărârea Consiliului de Mediere nr. 964/2008 privind aprobarea Tabloului mediatorilor autorizați;

Decretul-Lege nr. 139/1990 privind camerele de comerț și industrie;

Legea nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat;

Legea nr. 5/1996 privind ratificarea Convenției privind concilierea și arbitrajul în cadrul Conferinței pentru Securitate și Cooperare în Europa;

Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator;

Proiectul Noului Cod de procedură civilă

Raportul Agentului Guvernamental pentru Curtea Europeană a Drepturilor Omului pe anul 2007

Regulamentul și Normele de procedură ale Curții de Arbitraj Comercial Internațional din București;

Rezoluția legislativă a Parlamentului European din 29 martie 2007.

MĂSURA PLASAMENTULUI

Laura-Gabriela Iancu
Prim procuror adjunct al
Parchetului de pe lângă
Tribunalul Caraș-Severin

Children's rights protection is a priority at European level. The author presents the mechanisms established for that purpose by the entry into force of the Law no. 272/2004.

În evoluția reformei în domeniul protecției copilului un moment deosebit de important îl reprezintă adoptarea Legii nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului.

Potrivit dispozițiilor art. 107 alin. (2) din Legea nr. 272/2004, prezenta hotărâre are ca obiect de reglementare aprobarea regulamentelor-cadru de organizare și funcționare a serviciilor de prevenire a separării copilului de familia sa, precum și a celor de protecție specială a copilului lipsit temporar sau definitiv de ocrotirea părinților săi. Pentru a se asigura îndeplinirea condițiilor de legalitate, precum și pentru desfășurarea activității acestor servicii în condiții de eficiență, prin hotărâre se prevede ca aceste servicii pot funcționa numai pe baza licenței eliberate de către Autoritatea Națională pentru Protecția Drepturilor Copilului.

Potrivit actului normativ, serviciile de tip rezidențial au rolul de a asigura protecția, creșterea și îngrijirea copilului separat, temporar sau definitiv, de părinții săi, ca urmare a stabilirii în condițiile legii, a măsurii plasamentului. Se prevede că, din categoria

serviciilor de tip rezidențial, fac parte centrele de plasament, centrele de primire a copilului în regim de urgență și centrele maternale. Totodată, se precizează că centrele de plasament includ și casele de tip familial.

În vederea creșterii calității protecției copilului, bazată pe respectarea interesului superior al acestuia, sunt stabilite atribuțiile serviciului rezidențial, și anume: asigurarea cazării, hranei, cazarmamentului, echipamentului și condițiilor igienico-sanitare necesare protecției speciale a copiilor, tinerilor și, după caz, mamelor care beneficiază de acest tip de serviciu, În funcție ele nevoile și caracteristicile fiecărei categorii de beneficiari; asigurarea, după caz, a supravegherii stării de sănătate, a asistenței medicale, recuperării, îngrijirii și supravegherii permanente a beneficiarilor; asigurarea pazei și securității beneficiarilor; asigurarea protecției și asistenței în cunoașterea și exercitarea drepturilor beneficiarilor; asigurarea accesului beneficiarilor la educație, informare, cultură; asigurarea educației informale și non-formale a beneficiarilor În vederea asimilării cunoștințelor și deprinderilor necesare integrării sociale; asigurarea socializării beneficiarilor, dezvoltarea relațiilor cu comunitatea; asigurarea climatului favorabil dezvoltării personalității copiilor; asigurarea participării beneficiarilor la activități de grup și la programe individualizate, adaptate nevoilor și caracteristicilor lor; asigurarea intervenției de specialitate; contribuția la realizarea obiectivelor cuprinse în planul individualizat de protecție; urmărirea modalităților concrete de punere în aplicare a măsurilor de protecție specială, integrarea și evoluția beneficiarilor în cadrul serviciului și formularea de propuneri vizând completarea sau modificarea planului individualizat de protecție sau îmbunătățirea calității îngrijirii acordate;

asigurarea posibilităților de petrecere a timpului liber.

Prin intrarea în vigoare la 01.01.2005 a Legii nr. 272/2004 România a făcut un pas uriaș în dovedirea capacității sale de a se alinia legislației europene comunitare.

În cele ce urmează vom analiza protecția copilului împotriva abuzului sau neglijării.

Legea nr. 272/2004, în articolul 89, definește pentru prima dată noțiunile de abuz și neglijare.

Până în acest moment, termenul de abuz a fost folosit doar în titulatura O.U.G. nr. 143/2002 pentru modificarea și completarea unor dispoziții din Codul penal și unele legi speciale, în vederea ocrotirii minorilor împotriva abuzurilor sexuale, fără ca în conținutul ordonanței acesta să fie definit sau explicat.

Având în vedere că definițiile prevăzute în art. 89 în aliniatul 1 și 2 au mai fost menționate în cuprinsul cărții nu vom mai face referire la acesta.

Noutatea reglementării rezidă și în interzicerea expresă a aplicării pedepselor sub orice formă, precum și a privării copilului de drepturile sale de natură să-i pună în pericol viața, dezvoltarea fizică, mentală, spirituală, morală sau socială, integritatea corporală, sănătatea fizică sau psihică a copilului atât în familie cât și în orice instituție care asigură protecția, îngrijirea și educarea copiilor.

Protecția specială a copilului abuzat sau neglijat se asigură de către Direcția generală de asistență socială și protecția copilului care este obligată:

- a) să verifice și să soluționeze toate sesizările privind cazurile de abuz și neglijare inclusiv pe cele venite din partea asistenților familiari;
- b) să asigure prestarea serviciilor specializate pentru nevoile copiilor victime ale abuzului și

neglijării și ale familiilor acestora.

În situația în care, în urma verificărilor efectuate, reprezentanții Direcției generale de asistență socială și protecția copilului stabilesc că există motive temeinice care indică existența unei situații de pericol iminent pentru copil, datorită abuzului și neglijării, Direcția generală de asistență socială și protecția copilului acționează diferit, cum există sau nu acordul reprezentanților persoanelor juridice, precum și a persoanelor fizice care au în îngrijire sau asigură protecția unui copil.

Astfel:- în cazul în care nu se întâmpină opoziție din partea persoanelor sus-menționate, directorul Direcției generale de asistență socială și protecția copilului instituie măsura *plasamentului în regim de urgență*; - în cazul în care respectivele persoane refuză sau împiedică acțiunea direcției, aceasta sesizează instanța judecătorească, solicitând emiterea unei ordonanțe președințiale de plasare a copilului în regim de urgență la o persoană, la o familie, la un asistent maternal sau într-un serviciu de tip rezidențial, licențiat în condițiile legii.

În termen de 48 de ore de la data executării ordonanței președințiale prin care a dispus plasamentul în regim de urgență, Direcția generală de asistență socială și protecția copilului sesizează instanța judecătorească pentru a decide cu privire la: înlocuirea plasamentului în regim de urgență cu măsura plasamentului, decăderea totală sau parțială din exercițiul drepturilor părintești, precum și cu privire la exercitarea drepturilor părintești.

În cadrul procesului prevăzut la art. 94 alin. 3 și 4, instanța poate administra, din oficiu, ca proba declarația copilului.

Declarația copilului poate fi scrisă, poate fi

înregistrată, potrivit legii, prin mijloace audio-video sau poate fi orală, în fața instanței de judecată.

Dacă instanța optează pentru înregistrarea audio-video a declarației copilului, aceasta se va lua cu acordul copilului.

Dacă instanța apreciază că este necesară audierea nemijlocită a copilului îl poate chema în fața ei, în camera de consiliu, iar audierea va avea loc doar în condițiile pregătirii prealabile a copilului de către un psiholog și numai în prezența acestuia.

Legea interzice angajarea în instituțiile publice sau private, precum și în serviciile de tip rezidențial, public sau private, care asigură protecția, creșterea, îngrijirea sau educarea copiilor a persoanelor împotriva cărora a fost pronunțată o hotărâre judecătorească definitivă și irevocabilă pentru săvârșirea cu intenție a unei infracțiuni.

În majoritatea cazurilor în care măsura plasamentului este luată față de un copil, se pun și probleme legate de restricții impuse drepturilor părintești în cursul acestei măsuri. Dacă în unele hotărâri mai vechi Curtea nu face, din punct de vedere formal (practic însă, problemele sunt analizate, totuși, separat), o analiză distinctă a luării măsurii de plasament, pe de o parte și, pe de altă parte, a restricțiilor impuse drepturilor părinților de a avea un contact cu copilul în cursul măsurii plasamentului, în unele hotărâri mai recente, Curtea face această distincție.

Jurisprudența Curții este constantă în a aprecia că, pentru un părinte și copilul său, faptul de a fi împreună reprezintă un element fundamental al vieții de familie, iar măsurile interne care împiedică acest lucru constituie o ingerință în dreptul protejat de art. 8 al Convenției. Deși obiectivul esențial al articolului 8 este acela de a proteja

individul împotriva ingerințelor arbitrare ale autorităților publice, pot exista, în plus, obligații pozitive pentru asigurarea unui „respect” efectiv al vieții de familie. De aceea, atunci când a fost stabilită existența unei legături de familie, statul trebuie, în principiu, să se comporte de o manieră care să permită dezvoltarea acestei legături. Granița dintre obligațiile pozitive și cele negative ale statului, în această privință, nu poate fi definită în mod precis. Principiile aplicabile sunt, totuși, similare. În ceea ce privește justificarea ingerinței, aceasta trebuie să „fie prevăzută de lege”, să vizeze unul din scopurile legitime precizate în paragraful 2 și să fie o „măsură necesară într-o societate democratică”.

În ceea ce privește condiția ca ingerința să fie prevăzută de lege, aceasta nu a dat naștere la probleme importante, singura mențiune ce se cuvine a fi făcută fiind aceea că, în această materie, așa cum am arătat și anterior, Curtea admite utilizarea unor termeni suficient de generali în cadrul legii, și acordarea unei mari puteri de apreciere judecătorului.

Scopul legitim ce trebuie urmărit prin măsura de plasament, este, bineînțeles, interesul copilului, încadrându-se la „protecția moralei” și „drepturilor și libertăților” copilului.

Necesitatea măsurii plasamentului, ca atare, este rar contestată de Curtea Europeană. Totuși, dacă măsura este luată față de un nou născut, de către autoritatea publică, imediat după momentul nașterii, fiind vorba despre o măsură extrem de dură, trebuie să existe motive imperioase de natură extraordinară pentru ca un nou născut să poată fi sustras mamei sale, împotriva voinței acesteia, imediat după naștere, în urma unei proceduri la care nici ea, nici concubinul său nu au fost implicați.

În legătură cu acest aspect, așa cum arată în cauza

Haase c. Germaniei, anterior citată, Curtea arată că este conștientă de problemele cu care se confruntă autoritățile în situațiile în care trebuie luate urgent măsuri de protecție. Dacă nu se ia nicio măsură, există riscul real al vătămării copilului și autoritățile vor răspunde pentru că nu au intervenit. În același timp, dacă sunt luate măsuri de protecție, autoritățile pot fi blamate pentru o ingerință inacceptabilă în dreptul la respectarea vieții de familie. Curtea controlează nu numai necesitatea luării măsurii respective, ci și maniera în care aceasta a fost pusă în practică. Actele de executare propriu zisă a măsurii de plasament pot constitui o încălcare a art. 8 al Convenției fie împreună cu decizia (dacă aceasta nu era necesară), fie chiar independent de acesta (deși decizia era necesară, modalitatea practică de executare aleasă de autorități nu era necesară, încălcându-se astfel art. 8). De asemenea, în situația în care printr-o ordonanță se admite luarea, de urgență, a unei măsuri de ocrotire socială față de un nou născut fără a se specifica *in concreto* tipul de măsură, modalitatea practică de executare, alegerea măsurii concrete de către autoritățile de ocrotire socială este analizată separat de Curte, după ce aceasta a decis că ordonanța în sine nu încalcă art. 8.

În această privință, trebuie atins un just echilibru între interesul copilului de a rămâne în plasament și cel al părintelui de a fi reunit cu copilul. Totuși, în aprecierea sa, Curtea atribuie o importanță particulară interesului superior al copilului care, în funcție de natura și gravitatea sa, poate să predomină asupra celui al părintelui. Uneori, în situația în care copilul este suficient de mare pentru a-și exprima dorința, în aprecierea interesului superior al copilului, Curtea acordă o mare importanță dorinței exprimate ferm de acesta. Spre exemplu, în cauza **Bronda c. Italiei**, se reține că „deși

trebuie atins un just echilibru între interesul copilului de a rămâne în plasament (la o familie substitutivă) și cel al familiei naturale de a trăi cu el, Curtea acordă o importanță particulară interesului superior al copilului, care, în vârstă de 14 ani, și-a manifestat întotdeauna dorința fermă de a nu părăsi familia substitutivă. În acest caz, interesul copilului predomină asupra interesului bunicilor săi.

În ceea ce privește relația dintre instanțele judecătorești și autoritățile administrative de ocrotire socială, Curtea consideră, în cauza **Scozzari și Giunta c. Italiei**, că „Articolul 8 impune ca deciziile instanțelor care tind în principiu la favorizarea, între părinți și copii, a întâlnirilor care vor reînoda relațiile lor în vederea unei eventuale reunificări să fie puse în executare într-o manieră efectivă și coerentă. Nu ar fi logic să se dea posibilitatea acestor întâlniri dacă urmarea acestei decizii este, *de facto*, îndepărtarea definitivă a copilului de părintele său biologic. În consecință, autoritățile competente, în acest caz tribunalele pentru copii, au o datorie de vigilență constantă, în special în ceea ce privește munca autorităților de ocrotire socială pentru ca acestea, prin comportamentul lor, să nu lipsească de efecte deciziile instanțelor.

În această cauză, Curtea a constatat încălcarea obligațiilor pozitive ce reveneau autorităților deoarece „încă de la prima întâlnire serviciile sociale au jucat un rol excesiv de autonom în implementarea deciziilor tribunalului pentru minori și au dat dovadă față de reclamantă de o atitudine negativă, care, în opinia Curții, nu are nicio bază obiectivă convingătoare. În realitate, modul în care serviciile sociale au gestionat situația până în prezent contribuie la accentuarea separării între reclamantă și copii săi, cu riscul de a o face ireversibilă.

După cum arată Curtea în cauza **Haase c. Germaniei**, „experiența demonstrează că în cazul copiilor rămași în îngrijirea autorităților pentru o perioadă prelungită are loc un proces care îi conduce la separarea ireversibilă de familia lor. Când a trecut o perioadă considerabilă de la momentul în care s-a luat măsura plasamentului, interesul copiilor de a nu li se mai schimba *de facto* situația familială poate să prevaleze față de interesul părinților de a-și vedea familia reunită. Posibilitățile de reunificare se vor diminua progresiv și vor fi, eventual, reduse la zero, dacă părinților biologici și copiilor nu li se permite să se întâlnească deloc. De aceea Curtea consideră că trebuie să exercite un control mai riguros asupra restricțiilor suplimentare, impuse de autorități după separarea copilului prin luare față de acesta a măsurii plasamentului, cum ar fi cele vizând exercitarea drepturilor părintești, sau dreptul la vizită al părinților, sau orice alte garanții legale destinate să asigure o protecție efectivă a drepturilor părinților și copiilor cu privire la respectarea vieții lor de familie. Curtea consideră că decizia de a retrage unui părinte autoritatea parentală pe motiv că nu ar corespunde sau ar fi incapabil să asigure creșterea minorului trebuie considerată, în principiu ca o măsură temporară, ce va fi suspendată de îndată ce situația o va permite, rămânând astfel în acord cu scopul ultim al reunirii părintelui cu copilul.

În aprecierea sa, Curtea atribuie o importanță particulară interesului superior al copilului care, în funcție de natura și gravitatea sa, poate să predomină asupra celui al părintelui. În ceea ce privește măsura radicală constând în ruperea totală a oricărei legături între părinți și copil, Curtea consideră că aceasta înseamnă ruperea copilului de rădăcinile sale și nu poate fi justificată decât în circumstanțe cu totul excepționale, sau

printr-o necesitate primordială, ce ține de interesul superior al copilului.

Plasamentul copiilor în cazurile de abuz sau neglijare din partea părinților.

Dacă părinții au abuzat sau neglijat copilul, acesta are dreptul „la protecție și asistență specială din partea statului” (art. 20 alin. 1 din Convenția ONU cu privire la drepturile copilului). Protecția poate include plasamentul familial, adopția sau, în caz de necesitate, plasarea în instituții corespunzătoare de îngrijire a copiilor. Soluția de îngrijire care va fi aleasă depinde de legislația națională și de tradiții, dar aceasta trebuie întotdeauna să asigure respectarea drepturilor copilului prevăzute de Convenție. În toate cazurile „trebuie să se țină seama în mod corespunzător de necesitatea unei anumite continuități în creșterea și în educarea copilului, precum și de originea sa etnică, religioasă, culturală și lingvistică” (vezi art. 20 alin. 3 din Convenția ONU cu privire la drepturile copilului și art. 39 alin. (2) din Legea nr. 272/2004).

Conform art. 9 din Convenția ONU cu privire la drepturile copilului, una dintre situațiile particulare în care s-ar putea hotărî că este în interesul superior al copilului să fie separat de părinții săi este aceea a copilului „maltratat sau neglijat de părinți”. Ca și art. 9 din Convenția ONU cu privire la drepturile copilului, Curtea Europeană a Drepturilor Omului consideră că separarea de părinți și întreruperea contactului cu un părinte pot fi justificate numai dacă sunt necesare și în interesul superior al copilului. Separarea poate fi considerată necesară și în interesul superior al copilului, dacă nu există altă măsură disponibilă pentru copil care să îi protejeze sănătatea și dezvoltarea. Chiar și în

cazurile urgente, statul trebuie să evalueze cu grijă impactul plasamentului asupra părinților și copilului, precum și posibilele alternative la plasarea copilului în sistemul public de îngrijire. Mai mult, măsurile de urgență nu sunt întotdeauna justificate în cazurile de plasament. Sunt justificate doar în cazuri de pericol iminent pentru copil.

Accentul în cazurile de plasament trebuie să cadă pe determinarea „*interesului superior al copilului*”. Acest lucru trebuie să fie decis pentru fiecare caz în parte și va depinde de elemente specifice copilului și de elemente specifice contextului.

Art. 94 alin. 3 și 4 din Legea nr. 272/2004 se referă la situațiile în care reprezentanții persoanelor juridice și persoanele fizice care au în îngrijire sau asigură protecția unui copil refuză sau împiedică pe reprezentanții Direcției generale de asistență socială și protecția copilului să efectueze verificările necesare, iar aceștia stabilesc că există motive temeinice care să susțină existența unei situații de pericol iminent pentru copil, cauzate de abuz sau neglijare. În aceste situații, Direcția generală de asistență socială și protecția copilului sesizează instanța judecătorească, solicitând emiterea unei ordonanțe prezidențiale de plasare a copilului în regim de urgență la o persoană, la o familie, la un asistent maternal sau într-un serviciu de tip rezidențial, licențiat în condițiile legii. În termen de 48 de ore de la data executării ordonanței prezidențiale prin care s-a dispus plasamentul în regim de urgență, Direcția generală de asistență socială și protecția copilului sesizează instanța judecătorească pentru a decide cu privire la: înlocuirea plasamentului în regim de urgență cu măsura plasamentului, decăderea totală sau parțială din exercițiul drepturilor părintești, precum și cu privire

la exercitarea drepturilor părintești.

În acest context, este esențială judecarea cauzei în regim de urgență și soluționarea cu celeritate a solicitării privind emiterea unei ordonanțe prezidențiale.

În aceeași logică, Legea nr. 272/2004, în articolul 38, stabilește că instanța judecătorească „este singura autoritate competentă să se pronunțe, luând în considerare, cu prioritate, interesul superior al copilului, cu privire la: persoana care exercită drepturile și îndeplinește obligațiile părintești în situația în care copilul este lipsit, temporar sau permanent, de ocrotirea părinților săi; modalitățile în care se exercită drepturile și se îndeplinesc obligațiile părintești; decăderea totală sau parțială din exercițiul drepturilor părintești; redarea exercițiului drepturilor părintești”.

Este important de menționat că, în conformitate cu Convenția ONU cu privire la drepturile copilului, legile privind separarea nu trebuie să fie discriminatorii sau nu trebuie să se aplice în mod discriminatoriu. Această idee se regăsește în totalitate în art. 7 din Legea nr. 272/2004. De fapt, **lipsa unui domiciliu, sărăcia, situația financiară, originea socială sau etnică nu trebuie să fie motive în sine de separare a unui copil de părinții săi.**

În acest context este important de menționat că „toate părțile interesate trebuie să aibă posibilitatea de a participa la dezbateri și de a-și face cunoscute punctele de vedere”.

De asemenea, art. 6 lit. h) din Legea nr. 272/2004 menționează necesitatea respectării și garantării drepturilor copilului și prin prisma principiului „ascultării opiniei copilului și luarea în considerare a acesteia, ținând cont de vârsta și de gradul său de maturitate”.

Articolul 24 (2) din lege reiterează: „În orice procedură judiciară sau administrativă care îl privește, copilul are dreptul de a fi ascultat. Este obligatorie ascultarea copilului care a împlinit vârsta de 10 ani. Cu toate acestea, poate fi ascultat și copilul care nu a împlinit vârsta de 10 ani, dacă autoritatea competentă apreciază că audierea lui este necesară pentru soluționarea cauzei”.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a subliniat că, în cazurile de plasament, părinții trebuie să fie suficient de informați și trebuie să aibă ocazia să își exprime punctul de vedere în timpul procesului, dacă acest lucru nu contravine interesului superior al copilului.

Pe lângă faptul de a fi informați și de a avea posibilitatea să își exprime punctul de vedere, părinții trebuie, conform Curții Europene a Drepturilor Omului, să poată face apel împotriva deciziei de plasament, dacă nu sunt de acord cu aceasta. Acest apel trebuie făcut cât de repede posibil pentru că simpla trecere a timpului poate afecta interesul superior al copilului.

În cele din urmă, este important de menționat faptul că în conformitate cu Convenția ONU cu privire la drepturile copilului și cu Legea nr. 272/2004 „copilul care a fost separat de ambii părinți sau de unul dintre aceștia, printr-o măsură dispusă în condițiile legii, are dreptul de a menține relații personale și contacte directe cu ambii părinți, cu excepția situației în care acest lucru contravine interesului superior al copilului”.

În cele ce urmează voi prezenta o speță, care se referă la întocmirea planului individual de protecție a minorului.

Prin sentința civilă nr. 2827/P1 din 25 noiembrie 2005, Tribunalul Timiș a admis cererea formulată de reclamanta Direcția de Asistență Socială și Protecția Copilului Timiș, în contradictoriu cu pârâtă C.V., a

încuviințat înlocuirea măsurii **încredințării** privind pe minora C.D., născută la 1998, în Timișoara, la asistentul **plasamentului** privind aceeași minoră la asistentul maternal, începând cu data pronunțării hotărârii, până la luarea unei alte măsuri de protecție privind copilul și a delegat exercițiul drepturilor părintești privind persoana copilului în favoarea asistentului maternal profesionist privind bunurile copilului în favoarea Președintelui Consiliului Județean Timiș.

Prin decizia civilă nr. 25/F/din 31 ianuarie 2006 , pronunțată în dosar 285/C/2006, Curtea de Apel Timișoara a admis recursul declarat de pârâtă a casat sentința recurată și a trimis cauza spre rejudecare Tribunalului Timiș.

Curtea a reținut că dispozițiile art. 38 din Legea nr. 272/2004, prevăd că singura autoritate competentă care să se pronunțe, în raport de interesul superior al copilului cu privire la persoana ce exercită drepturile părintești în cazul copilului lipsit de ocrotirea părinților săi, modalitățile în care se exercită aceste drepturi, decăderea din exercițiul drepturilor părintești precum și redarea exercițiului drepturilor părintești este instanța de judecată.

Conform art. 53 și art. 54 din Legea nr. 272/2004, măsurile de protecție specială a copilului se stabilesc și se aplică în baza planului individualizat de protecție care se întocmește de Direcția Județeană de Asistență Socială și Protecția copilului, plan prin care se realizează planificarea serviciilor, prestațiilor și a măsurilor de protecție specială a copilului pe baza evaluării psihologice a acestuia și a familiei sale; toate aceste măsuri urmăresc integrarea copilului care a fost separat de familia sa într-un mediu familial stabil, într-un termen cât mai scurt posibil.

La stabilirea obiectivelor, Direcția Județeană de Asistență Socială și Protecția Copilului, are obligația de a acorda prioritate reintegrării copilului în familie, sau dacă acest lucru nu este posibil, plasamentul copilului în familia extinsă. În acest scop trebuie consultați părinții precum și familia lărgită, conform prevederilor art. 54 alin. 3 din lege.

Centrul de primire în regim de urgență pentru copilul abuzat, neglijat și exploatat este un serviciu pentru protecția copilului, ce are drept misiune asigurarea protecției copilului pe o perioadă determinată de timp, atunci când acesta se află în pericol iminent în propria familie, familia lărgită sau familia substituită. Admiterea în cadrul centrului de primire în regim de urgență, pentru copilul abuzat, neglijat sau exploatat se face în baza dispoziției de plasament în regim de urgență a directorului DGAPC. Aceste centre de primire în regim de urgență pentru copilul abuzat, neglijat și exploatat asigură sprijinul necesar elaborării planului individualizat de protecție, astfel fiecare copil beneficiază de o intervenție personalizată în funcție de nevoile identificate la admiterea în centrul de primire în regim de urgență, pentru copilul abuzat, neglijat și exploatat în funcție de particularitățile psihoindividuale ale fiecărui copil. În aceste centre se asigură copiilor necesarul de îmbrăcăminte, rechizite și alte echipamente respectând individualitatea și nevoile specifice ale fiecărui copil, totodată fiind încurajați să aleagă lucrurile necesare, de ordin personal, în conformitate cu gradul lor de maturitate.

Un alt exemplu se referă la o speță în care un copil aflat în plasament în regim de urgență la asistent maternal este revendicat, de către tatăl biologic, mama fiind bolnavă psihic de schizofrenie. Între timp mama

copilului a divorțat de soțul ei, presupusul tată al copilului, copilul a fost recunoscut de către tatăl biologic, cu domiciliul în Germania, iar la dosar s-a depus certificatul de naștere al copilului în care rezultă că copilul Z.S.M. a fost recunoscut de către H.W..

În dosarul nr. 2300/115/2007, având ca obiect plasamentul minorului, a fost introdus în cauză în calitate de pârât tatăl copilului, care a solicitat respingerea acțiunii DGASPC, pe motivul că dorește să îi fie încredințat copilul pe motiv că are posibilități în Germania să îl crească. În cauză s-a luat interogatoriu și mamei minorului, care a declarat că este bolnavă psihic, este sub tratament, și dorește ca copilul ei să fie crescut de tatăl său.

De altfel și asistenta maternală a declarat că solicită respingerea cererii fiind de acord ca acesta să revină în mediul familial pentru ca, copilul să fie încredințat tatălui, însă DGASPC a declarat, fără a motiva, că solicită admiterea acțiunii.

Tribunalul Caraș-Severin, prin sentința civilă nr. 1640/5 iulie 2007, a respins acțiunea reclamantei, motivând că interesul superior al copilului este acela de a rămâne în familie, astfel că nu se justifică în cauză instituirea măsurii de protecție specială a plasamentului.

Apreciez că soluția pronunțată în cauză este corectă, în conformitate cu interesul superior al copilului.

III. VARIA

TENDINȚE ACTUALE ÎN EVOLUȚIA SISTEMELOR JUDICIARE ALE UNIUNII EUROPENE

Dr. George Bălan
Procuror general adjunct al
Parchetului de pe lângă
Curtea de Apel București

The author summarizes some trends of development of judicial systems learned from participation in a meeting with EU counterparts.

La nivelul curților de apel și parchetelor de pe lângă acestea, din Uniunea Europeană, s-a cristalizat necesitatea unui schimb de informații și practici cu privire la sistemele judiciare ale țărilor membre.

Nu numai întâmplarea a făcut ca anunțul privind inițiativa unor întâlniri periodice ale președinților curților de apel din capitalele Uniunii Europene și procurorilor generali ai parchetelor de pe lângă aceste instanțe, să se facă la București, de către d-nul Laurent LeMesle, procuror general al Parchetului de pe lângă Curtea de Apel din Paris, cu ocazia vizitei efectuate în anul 2007 la Parchetul de pe lângă Curtea de Apel București.

Anul trecut, în perioada 29 – 30 octombrie, a avut loc a doua întâlnire a președinților curților de apel din capitalele Uniunii Europene și procurorilor generali ai parchetelor de pe lângă aceste instanțe.

Tema reuniunii a fost „*Principiul duratei rezonabile a proceselor și aplicarea acestuia la nivelul curților de apel*”.

Mesajele participanților s-au referit la dorința realizării unui spațiu comun de justiție și libertate în cadrul Uniunii Europene, în care cetățenii europenii să aibă aceleași drepturi și reglementări judiciare în domeniile fundamentale.

S-a reliefat existența unui proces de convergență al jurisdicțiilor, în care dialogul între diferite sisteme judiciare este foarte important.

Armonizarea dispozițiilor dreptului substanțial în Uniunea Europeană este necesară, iar întâlnirea a avut ca principal scop integrarea și dialogul dintre sistemele judiciare.

S-a subliniat că activitatea sistemului judiciar este fundamentală pentru realizarea principiilor europene, legate de un spațiu comun de libertate și justiție.

Cu ocazia deschiderii lucrărilor s-a procedat la schimbarea numelui sălii Aula Magna a Curții de Apel din Roma, în care s-a desfășurat întâlnirea de lucru, în Aula Europa.

Întâlnirea a fost organizată pe trei secțiuni, cu următoarele teme:

- „Justiția în apel – o justiție de calitate, cu o durată rezonabilă”;
- „Justiția civilă în apel – scop și limite”;
- „Justiția penală în apel – scop și limite”.

În raport de temele stabilite, în cadrul discuțiilor s-au remarcat particularități ale sistemului judiciar în Uniunea Europeană.

Astfel, în sistemul anglo-saxon, curtea de apel verifică doar dacă procesul a fost corect, s-a desfășurat în

baza legii, fără a judeca însă fondul cauzei. Soluția dată de curtea de apel este definitivă.

Rolul curții de apel este limitat, dar vital.

Curtea de Apel în Regatul Unit, are natura unei curții de casație, dar și de apel, suferind și influențele competențelor date de posibilitatea revizuirii cauzelor.

David Neuberger, președintele secției civile a Curții Regale de Justiție din Londra a accentuat că reluarea cercetărilor judecătorești în apel, ar genera o duplicare a procesului ceea ce nu este dezirabil interesului finalității judiciare.

Astfel, în sistemul common law s-a identificat ca prioritate reducerea timpului dintre momentul depunerii acțiunii și acela al emiterii hotărârii.

S-a arătat că în majoritatea cauzelor deduse apelului durata acestora s-a situat între 6 – 9 luni, durată excesiv de mare în raport cu natura procedurilor din apel.

La nivelul Curții de Apel din Republica Irlanda, se identifică disfuncții legate de armonizarea legislației naționale cu cea europeană, deoarece constituția irlandeză poate suferi foarte greu modificări atât în sensul armonizării cu prevederile Tratatului de la Lisabona, cât și organizării instituționale în sensul celor prevăzute în tratat.

Paul Gallagher, procurorul general al Irlandei, a arătat că sistemul judiciar irlandez are la bază principiul în virtutea căruia, acuzarea trebuie să dovedească, dincolo de orice îndoială rezonabilă, că acuzatul a comis fapte penale care întrunesc elementul material (*actus reus*) și elementul volitiv.

În Irlanda procesul penal este adversial bazat pe decizia unui juriu.

Judecătorul are rolul de a menține echilibrul între părți în procedurile legate de prezentarea acuzații și apărării și a admisibilității probelor.

Pornind de la aceste particularități, sistemul judiciar irlandez se vede în situația de a se adapta în raport de practica CEDO.

Astfel, într-o recentă decizie CEDO, Belgia a fost condamnată tocmai pentru un verdict al unui juriu cu privire la o faptă de omor, considerându-se că procedura cu jurați nu apără acuzatul de arbitrariu.

În acest sens, deși procedura cu jurați face parte din tradiția de sute de ani a Irlandei, s-a considerat că nu poate fi un argument suficient pentru a fi invocată împotriva schimbării sistemului.

Una din principalele probleme identificate la Curtea de Apel din Roma este durata lungă, uneori inacceptabilă, a proceselor.

Antonietta Confalonieri, profesor de drept comparat la Universitatea Urbino, a sesizat că timpul acordat managementului cauzelor în sistemul judiciar italian, trebuie ajustat, acordându-se o atenție sporită necesităților sistemului.

Astfel, anumite cauze trebuie să necesite urgență în soluționare, iar regulile generale trebuie interpretate în această direcție.

În acest sens, s-au identificat două aspecte generale de care depinde implementarea unui sistem mai eficient, respectiv bugetul alocat sistemului judiciar și nivelul de performanță al persoanelor desemnate să-l administreze.

Giovanni Causio, președintele Curții de Apel din Aquila, a remarcat că, în sistemul judiciar italian se înregistrează efectele aplicării noului principiu al „Dubiului rezonabil” prevăzut în recentul amendament la

art. 533 paragraful 1 din Codul de procedură penală italian.

Acesta este explicat ca o extensie a dreptului apărării de a solicita o interpretare dincolo de orice îndoială rezonabilă, a ansamblului probatoriului.

Dar, se atrage atenția că orice interpretare trebuie să aibă la bază în primul rând faptele în materialitatea lor și probele.

Carmin Punzi, profesor emerit de procedură civilă al Universității „La Sapienza” din Roma, a remarcat că printre tendințele actuale de evoluție a sistemului judiciar italian se numără și implementarea unor „instrumente alternative” de soluționare a cauzelor, cum ar fi concilierea, medierea și arbitrajul.

Aceste „instrumente” sunt proceduri alternative la acțiunea judiciară statală (*jus dicere*) și exprimă excluderea monopolului statului exercitat în numele interesului public.

„Instrumentele alternative” nu sunt altceva decât manifestarea autonomiei drepturilor individuale ale cetățenilor și determină crearea unei ordini legale între persoanele private ce exced dispoziției (*dictum*) a statului în numele ordinii publice.

În acest sens s-a pronunțat și Paolo De Fiore, președintele Tribunalului din Roma, care s-a declarat susținătorul unor sisteme judiciare alternative și dezvoltarea în materie civilă a culturii concilierii.¹

¹ Paolo De Fiore a acordat un amplu interviu pe această temă în publicația *Giustizia Alternative*, nr. 1, din octombrie 2009, revistă editată de Asociația pentru promovarea justiției alternative. În susținerea acestor inovații structurale s-a remarcat și interviul lui Peter J. Nickles, procurorul general al Districtului Columbia, care recomandă dezvoltarea unor instrumente cum ar fi: arbitrajul și înțelegerea, indicând ca modele de urmat Curtea Internațională de Arbitraj de la Paris și Londra și pentru celelalte state din Uniunea Europeană.

La Curtea de Apel Ljubljana funcționează un proiect pilot ADR (Alternative Dispute Resolution). Acest program pilot privește sistemele de mediere alternative de soluționare în materie civilă, comercială și dreptul familiei.

Autoritățile judiciare din Slovenia intenționează să organizeze la nivelul tuturor instanțelor, compartimente similare de mediere.

Gordana Ristin, președintele secției de măsuri alternative a Curții de Apel din Ljubljana, a arătat că în raport de realitățile sistemului judiciar sloven, s-a demarat începând cu anul 2001 un program de implementare a unor proceduri alternative.

Astfel, la nivelul Curții de Apel din Ljubljana se derulează un program de aplicare a medierii, care se realizează cu precădere în materie civilă și comercială. Sistemul judiciar din Slovenia își propune ca în următorii 5 ani să aplice instituția alternativă a medierii pe scară largă la întregul sistem al instanțelor de apel.

În Germania se remarcă modificările recente ce au la bază efectul crizei economice în materia cauzelor interesând sistemul bancar, fiind introdusă înțelegerea judiciară, procedură preliminară de competența primei instanțe, ceea ce se consideră o inovație în sistemul judiciar tradițional german.

Monika Nohre, președinta Curții de Apel din Berlin, a apreciat că sistemul instanțelor de apel din Germania este greoi pentru justițiabili, fiind criticat de aceștia, avocați și politicieni.

De aceea, consideră că în viitor s-ar putea introduce limite de valoare a pretențiilor și/sau prejudiciului în stabilirea competenței curții de apel.

În raport de particularitățile mai sus arătate, Uniunea Europeană recunoaște și respectă diversitatea,

paralel cu garantarea unui minim standard al respectării drepturilor și libertăților cetățenești, dar și aplicarea principiului recunoașterii reciproce.

În toate sistemele de justiție, penală și civilă, din cadrul Uniunii Europene, se remarcă preocuparea de a reduce costurile foarte ridicate a proceselor și a termenelor de soluționare a acestora.

O direcție este aceea de a găsi metode alternative de soluționare în apel a cauzelor civile (concilierea și medierea).

La nivelul instituțiilor procesual penale, se remarcă procesul de reformă din Franța, unde, ca urmare a percepției opiniei publice asupra sistemului judiciar considerat prea lent și prea scump, se vor introduce modificări de substanță.

În acest sens, Laurent LeMesle, procuror general al Parchetului de pe lângă Curtea de Apel Paris, a precizat că se intenționează a se introduce progresiv elemente novatoare atât în faza preliminară, dar și de fond a procesului penal, îmbinându-se principii ale sistemelor inquisitoriale și adversariale. Se are în vedere desființarea instituției judecătorului de instrucție și stabilirea pentru procuror a poziției de unic organ de urmărire penală.

Pentru început se vor diminua competențele judecătorului de instrucție, va crește rolul și ponderea procurorului în faza de urmărire penală, care va fi sprijinit de poliția judiciară.

Principala concluzie care s-a desprins în urma întâlnirii, este aceea că, la nivelul tuturor sistemelor judiciare, se simte nevoia reformelor, atât în materie penală, cât și materie civilă, proces ce va cuprinde cu necesitate armonizarea legislațiilor naționale a țărilor din Uniunea Europeană.

INTERPRETARE ȘI LACUNĂ JURIDICĂ

Dr. Otilia Micloșină
Procuror la
Parchetul de pe lângă
Judecătoria Reșița

The notion of interpretation can cover many activities, both in common parlance and the lawyers' language. Interpretation may be useful in making and implementing the law or may lead to contradictory results, depending on who is interpreting.

The theory of interpretation must discern the causes of these differences and, by applying them specifically, to explain possible nuances, to develop systems able to make it a common language for all the people of law, lawyers, theorists or officials. Given the consequences of interpretation, further and deeper study and expression of concepts related to interpretation are necessary.

Noțiunea de interpretare poate acoperi mai multe activități, atât în limbajul obișnuit, cât și în limbajul juriștilor. Interpretarea poate fi utilă procesului de elaborare și aplicare a dreptului, sau poate conduce la rezultate contradictorii, în funcție de cel ce interpretează.

Teoria interpretării trebuie să deslușească cauzele acestor diferențe, și aplicându-le concretului, să explice nuanțările posibile, să dezvolte sisteme astfel încât să devină un limbaj comun pentru toți oamenii dreptului, fie

juriști, doctrinari sau funcționari. Având în vedere consecințele procesului de interpretare, s-ar impune studiul și exprimarea conceptelor relaționate de interpretare mai aprofundat, pentru că posibilitățile de explorare sunt nelimitate, «până la ultima frontieră», ca să-l parafrazez pe Jean Luc Picard.

Ricardo Guastini¹ consideră că interpretarea juridică este în genere interpretare textuală. Expresiile interpretare juridică, interpretarea dreptului, interpretarea legii, interpretarea normei, interpretarea actelor normative sunt similare, semnifică în mare, «fie activitatea de a certifica sau de a decide semnificația unui anumit document sau text juridic; fie rezultatul sau produsul unei astfel de activități, sau chiar înțelesul în sine. Dacă interpretarea este activitate de certificare sau de decizie este o problemă controversată, la care diversele teorii ale interpretării oferă răspunsuri diverse.»²

Aceste diferențe rezultă din marea varietate de texte juridice supuse activității de interpretare, legi, regulamente, contracte, testamente, sentințe, acte administrative, într-o încercare de enumerare cu titlu exemplificativ. O primă distincție ce ar ajuta la deslușirea tipurilor de interpretare, ar fi între interpretarea legii ce diferă de interpretarea izvoarelor dreptului. Interpretarea legii, a normelor depinde de înțelesul ce îl acordăm noțiunii de «normă». Normă poate fi textul normativ, dar în același timp prin interpretarea actelor normative putem

¹ **Ricardo Guastini**, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2006, pag.128.

² Idem, : „ora, l’attività di accertare o decidere il significato di un qualche documento o testo giuridico; ora, il risultato o prodotto di tale attività, ossia il significato stesso. Se l’interpretazione sia attività di accertamento o di decisione è questione controversa, alla quale le diverse teorie dell’interpretazione offrono risposte differenti”.

înțelege conținutul acesteia, semnificația sa. În acest caz, norma nu este obiectul activității de interpretare, ci rezultatul acesteia.

Conceptul restrâns de interpretare se referă la activitatea de atribuire de semnificații unui text normativ, în cazul în care există dubii sau controverse asupra semnificației sale sau asupra câmpului de aplicare. Aici interpretarea are sensul său original, conform maximei *Interpretatio cessat in claris*, ce apare în prezența lacunei de drept sau a unei obscurități ale legii.

Într-o astfel de interpretare apar indisolubil și argumentele, pentru că «o interpretare care nu este argumentată, nu este o interpretare veritabilă, ci o înțelegere intuitivă»³.

În sensul larg al noțiunii de interpretare, conceptul implică activitatea de atribuire de semnificații unor norme, și atunci când nu există dubii sau controverse aferente acesteia, de fapt este o activitate de îmbogățire a dreptului.

S-ar putea argumenta că a atribui unui text normativ o semnificație evidentă asupra căreia nu există nicio controversă, sau chiar de a rezolva o controversă minoră, nu ar însemna o interpretare. Trebuie însă subliniat faptul că o semnificație clară este rezultatul mai multor variabile, dacă putem numi variabilă entitatea ce aplică norma. Este de-ajuns ca, deși înțelesul normei să fie clar, să se excludă de la aplicare un anumit fapt, care după modul de gândire al celui ce aplică legea să nu fie de competența normei, și deja avem interpretare, și încă interpretare diferită. Explicația sau argumentarea acestei opinii constă în faptul că orice interpretare implică și

³ Idem, «una interpretazione in favore della quale non occora addurre argomenti non è vera interpretazione, ma semplice compresione intuitiva».

aplicare, sau orice aplicare a legii implică și activitatea de interpretare.

Ricardo Guastini definește interpretarea ca fiind «activitatea ce urmărește determinarea semnificației izvoarelor dreptului, sau activitatea ce conferă enunțurilor ce formează izvoarele dreptului statutul de norme». Deci, interpretarea este activitatea ce se exercită asupra textelor normative și din care rezultă normele⁴.

Și Pierluigi Chiassoni⁵ observă și determină diferența între cele două noțiuni: dispoziție și normă, de fapt între documentele normative și semnificațiile aferente. Termenii de dispoziție și normă sunt utilizați pentru a defini un enunț normativ ce face parte din izvoarele dreptului, sau semnificația dispozițiilor normative, sau bineînțeles ambele înțelesuri.

Având în minte distincția clară între dispoziții și norme se poate configura teoretic activitatea de interpretare, și semnificația acesteia, determinând conceptele de «interpretare în sensul larg» și «interpretare în sensul restrâns».

Autorul, pornind de la ambiguitatea relației proces-produs, în virtutea căreia interpretare poate defini atât activitatea intelectuală, cât și rezultatul acesteia, și de la tipul de activități ce incumbă acestui concept, relevă cel puțin trei înțelesuri ale noțiunii de interpretare:

1. **Interpretare în sensul foarte larg** al cuvântului, ce cuprinde un conglomerat de activități heterogene, și care însumează interpretarea în sensul larg și interpretarea în

⁴ În acest sens, norma are înțelesul de produs, rezultat al interpretării. Sintagma de interpretare a normelor este eronată, pentru că tinde să confunde textul cu semnificația sa.

⁵ **Pierluigi Chiassoni**, *Codici interpretativi. Progetto di voce per un Vademecum giuridico*, *Analisi e diritto* 2002-2003, *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, pag.56

sensul restrâns, ce corespunde noțiunii de interpretare textuală, și alte operațiuni ulterioare.

Aceste operațiuni ulterioare sunt grupate de Pierluigi Chiassoni sub numele de interpretare metatextuală, pentru că transcend dispozițiile normative existente⁶. Printre aceste operațiuni se pot aminti calificarea unui document-subiect ca un document normativ ce face parte din izvoarele dreptului pozitiv; identificarea dispozițiilor ce se aplică cazului, ce ar presupune o interpretare la «prima mână», atehnică; calificarea normei ce se aplică ca normă imperativă, supletivă, normă comună, normă specială, normă excepțională, principiu general, principiu general; rezolvarea antinomiilor, prin ceea ce se numește «coerentizare»⁷, care presupune o activitate de interpretare textuală ce ar avea ca rezultat certificarea antinomiei, dacă nu chiar crearea acesteia de către cei care aplică dreptul; integrarea lacunelor, ce presupune de asemenea o activitate interpretativă de certificare sau chiar de creare a lacunelor de către juriști; formularea argumentelor din care o anumită soluție ce ar rezulta dintr-o problemă interpretativă *lato sensu* să fie acreditată ca fiind soluția exactă sau corectă.

2. **Interpretare în sensul larg** ce definește activitatea de atribuire de semnificații dispozițiilor actelor normative în general.

3. **Interpretarea în sensul restrâns** ce este utilizat pentru activitatea de atribuire a semnificațiilor dispozițiilor normative care nu sunt clare.

⁶ Idem, pag.108

⁷ Idem, pag.108, “coerentizzazione”. Cred că pot traduce acest concept cu termenul de “coerentizare” ce merită o atenție ulterioară, și pe care îl voi explora în relație cu noțiunea de “antinomie” și “lacună juridică”.

Pentru a face distincția între norme cu înțeles clar și norme cu înțeles neclar este evident că se recurge tot la interpretare, care poate diferi în funcție de operatorul ce realizează interpretarea, iar autorul conchide că de fapt nu ar trebui să se delimiteze între interpretare în sens restrâns și interpretare în sens larg, ci ar fi de dorit să se definească ambele forme artificial stabilite de doctrină, prin conceptul de interpretare textuală a dispozițiilor normative.

În concluzie, interpretarea textuală poate fi definită ca “activitatea intelectuală a documentelor normative subsumată aplicării unui cod hermeneutic ce constă în atribuirea semnificației unei dispoziții, semnificație creditată ca fiind juridic corectă, și având ca rezultat o normă explicită.

François Terré⁸ pornește demersul de a defini interpretarea de la faptul că prin acest proces se realizează trecerea de la general la particular. Autorul face distincția între interpretarea dreptului sau interpretarea asupra unui fapt.

Interpretarea dreptului circumscrie două tipuri de interpretare: după litera legii sau în spiritul legii.

Pentru a defini domeniul interpretării, autorul pornește de la aceeași maximă menționată anterior, dar observă că este dificil să se distingă între un termen clar și unul obscur, mai ales că în limbaj juridic orice noțiune capătă înțelesuri diferite, iar norma juridică devine o normă suplă.

Autorul descrie și interpretarea faptelor, sau chiar a absenței faptelor. Judecătorul este ținut să aplice contractul, adică să îi interpreteze astfel încât să producă efecte. În acest scop, ar trebui să se raporteze la voința

⁸ François Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, 1998, pag.378

părților, dar dacă aceasta nu este suficientă, se face referire la buna-credință, cutumă și echitate.

În această situație, judecătorul acoperă o lacună de drept, nu o lacună normativă. Opinia multor autori conducea la concluzia că nu există decât lacună legislativă, dar contractul poate genera vid ce trebuie acoperit de către autorul interpretării în scopul producerii de efecte juridice.

Mihai Gheorghe constată că: «prin interpretarea juridică s-ar înțelege un ansamblu de operațiuni raționale de abstragere, lămurire și argumentare a sensurilor și semnificațiilor normative purtate de obiecte juridice - acte juridice, mijloace de probă - cu scopul găsirii unei soluții pentru o problemă juridică teoretică sau practică»⁹.

Și în această definiție a conceptului de interpretare, observă că obiectul îl reprezintă atât actele legislative, cât și contracte, prevederile testamentare, diferitele mijloace de probă.

Teoria interpretării corective specifică că niciun interpret nu se poate substitui legiuitorului pentru a schimba sensul unei norme, dar «i se îngăduie să completeze lacunele când orice altă posibilitate a fost epuizată»¹⁰. Astfel, lacuna apare când nu există o normă juridică expresă, dar judecătorul este obligat să judece făcând apel la principiile dreptului. Deci, interpretarea rezolvă lacuna de drept. Autorul face distincția între sistemele ce solicită o interpretare strictă, care nu admite lacune, și un sistem permisiv ce admite lacuna. Este lacună juridică dacă:

⁹ Mihai Gheorghe, *Fundamentele dreptului, Argumentare și interpretare în drept*, Lumina Lex, București, pag. 65

¹⁰ Idem, pag.338

«- un raport, o stare de fapt, un caz ori vreun aspect al acestora nu au o reglementare juridică;

- ar trebui să aibă, reglementarea decurgând dintr-un principiu general; dreptul reglementează un caz asemănător cu acela cercetat, adică cele două cazuri se deosebesc și nu se asemeiesc»¹¹.

Ricardo Guastini relevă trei tipuri de interpretare ce relaționează cu lacuna juridică¹²:

- **interpretarea cognitivă** care se exprimă prin enunțuri ale limbajului descriptiv, având ca rezultat declararea *adevărat* sau *fals*, fiind o activitate științifică.
- **interpretarea decizională** ce constă în deciderea semnificației unui enunț normativ, sau în activitatea de a alege între diferitele semnificații ale unei norme, acel înțeles determinat. Bineînțeles că interpretarea decizională presupune interpretare cognitivă. Autorul subliniază că interpretarea decizională se bazează pe activități politice, în sensul larg al cuvântului.
- **interpretarea creativă** ce constă în atribuirea unui enunț normativ o semnificație nouă care nu se regăsește între semnificațiile reținute de către interpretarea cognitivă. În sens restrâns, totuși interpretarea creativă nu ar fi o activitate de

¹¹ Idem, pag.339. Exemplul de sistem în care lacuna juridică nu este posibilă ar fi dreptul penal. Explicația ar rezida din faptul că dacă nu există incriminare sau pedeapsă, nu există nici condamnare. Dar nici judecătorul unei instanțe penale nu poate refuza judecarea cauzei. În cazul în care lacuna este prezentă la nivelul incriminării faptei săvârșite, judecătorul o complinește prin achitarea inculpatului, deci aplicând dispoziții normative ce sunt stipulate în Codul de procedură penală. Și în această situație este lacună juridică complinită prin aplicarea unei norme existente.

¹² **Ricardo Guastini**, *Il diritto come linguaggio* Lezioni, Torino, G. Giappichelli Editore, 2006, pag. 146: interpretazione cognitive, interpretazione decisoria, interpretazione creativa.

interpretare, ci de creare a dreptului, aplicabilă atunci când se impune rezolvarea unei lacune de drept.

Autorul constată că lacuna depinde de interpretare. Dacă o ordine juridică este o variabilă, această caracteristică rezultă din faptul că normele pot fi interpretate în moduri diferite ce pot conduce la concluzii diferite.

Concluzia este că lacuna este o problemă de interpretare. Alte consecințe pot deriva:

- interpretarea poate preveni lacuna, orice text poate fi interpretat astfel încât lacuna nici să nu existe.

- interpretarea poate acoperi lacuna juridică: aceasta există, dar se poate crea drept sau se poate integra în sistemul normativ. Se observă că suntem în ipoteza creării de drept, nu mai este ipoteza interpretării unei dispoziții preexistente.

Totuși linia de demarcație dintre tehnica de prevenire a lacunei, strict interpretativă și tehnica de acoperire a lacunei nu este foarte clară. Distincția în fapt între interpretarea unui text normativ și formularea unui text nou nu este atât de netă în ceea ce privește tehnica utilizată.

Cu titlu exemplificativ, putem desprinde câteva tehnici interpretative ce sunt folosite pentru prevenirea sau acoperirea lacunei juridice:

- argumentul *a contrario* poate fi uzitat pentru a obține de la dispoziția interpretată o normă implicită ce conține consecință juridică pentru toate tipurile de fapte ce nu sunt incluse în actul legislativ în cauză.

- interpretarea extensivă, ca fiind interpretarea ce extinde semnificația literară a unui text normativ în scopul de a include în câmpul de aplicare a normei și alte fapte pentru care, la o primă interpretare, nu ar avea

incidență. Acest tip de interpretare poate folosi argumente analogice sau *a fortiori*. Astfel se disciplinează fapte în sistemul juridic.

- interpretarea evolutivă este interpretarea ce tinde să adapteze o dispoziție veche la fapte concrete noi, care nu au fost incluse în semnificația originară. În acest sens, revelatorie este evoluția cunoscută de art. 998-1004 C.civ. ce guvernează răspunderea civilă delictuală.

Așa cum am precizat, aceste tehnici de complinire a vidului legislativ sunt exemplificative, pentru că posibilitățile de explorare a tehnicilor interpretative în relația cu lacuna și a lacunei juridice în ansamblu pot oferi multe satisfacții, ca în povestirea lui Mark Twain al cărui erou înfometat mănâncă o bucată de gheață zdrențuită și constată că gustul cel mai bun l-au avut găurile.

Surse bibliografice

1. Ricardo Guastini, *Il diritto come linguaggio Lezioni*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2006
2. Pierluigi Chiassoni, *Codici interpretativi. Progetto di voce per un Vademecum giuridico*, Analisi e diritto 2002-2003, Ricerche di giurisprudeza analitica, Torino, Giappichelli
3. François Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, 1998
4. Mihai Gheorghe, *Fundamentele dreptului, Argumentare și interpretare în drept*, Lumina Lex, București

COORDONATORUL PUBLICAȚIEI
Procuror șef serviciu
CONSTANTIN SIMA

Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție
Bd. Libertății nr.12 - 14, sector 5, București
Telefon: 021/319.38.36 sau 021/319.38.56/2214
e-mail: Constantin_Sima@mpublic.ro



Tehnoredactare computerizată
Costache Adrian
documentare@mpublic.ro

ISSN-1224-241