



IUSTITIA

REVISTA BAROULUI DOLJ

ANUL VII

NR. 1 (14)/2017

○ **Colegiul de redacție** ○

Avocat dr. Adrian Cristian Moise

Avocat Sorin Ionuț Manafu

Avocat Andreea Diana Furnea

Avocat Dan Marius Peța

Avocat Dragoș Marian Stoenac

Cuprins

PROFESIA LA ZI – Conferința Independența avocaților, Craiova 6 mai 2017

The autonomy of the legal profession. The functional independence of the profession and its limits
Gheorghe FLOREA..... 9

The Independance of the Bars
Kiril Atanasov GRUEV..... 13

The Independence of Lawyers
Speech: The Financial Independence of the Lawyer. The impact of Greek High Taxation
on the Independence of Lawyers
Nikolaos VALERGAKIS 17

Right of Defence and the Lawyer's Independence
Calin Viorel IUGA..... 20

Discursul Decanului Baroului Chișinău, avocat Emanoil Ploșnița 25

Avocatul și internetul
- Managementul riscului informatic -
Dan OANCEA 28

Independența avocatului
Lucian Bernd SĂULEANU 34

STUDII ȘI CERCETĂRI

An Amazon Echo called Alexa, which is a virtual personal assistant, may be the key
to solving a murder case?
Sorin MANAFU 38

Există o cale de atac împotriva refuzului trimiterii preliminare?
Manuela GORNOVICEANU..... 43

Legislația Profesiei de Avocat. Necesitatea unor modificări principale
Dan-Sebastian CHERTES 50

Măsurile preventive privative de libertate – condițiile și cazurile de aplicare
Dragoș STOENAC..... 57

PRACTICĂ JUDICIARĂ

Neconstituționalitatea în noile Coduri penal și de procedura penală
Bogdan Valentin MIHĂLOIU 62

Jurisprudența relevantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene în materia dreptului la nume Oana-Nicoleta RETEA	66
Studiu de caz privind contestația împotriva deciziei de concediere Adriana Elena BELU	76
Unele comentarii referitoare la Decizia Civilă nr. 269/2017 pronunțată de Curtea de Apel Craiova Andreea Diana FURNEA	83
FORUM	
Atelier de lucru „Sistemul de asigurări sociale al avocaților. Prezent și perspective” Dan Marius PEȚA	88
Atelier de lucru „Înghițarea cursului CHF în contractele de credit. Argumente pro și contra” Dan Marius PEȚA	90
ALUMNI	
Clauza de arbitraj și cerința utilizării unor mecanisme alternative preliminare Andra Camelia IONESCU	94
Prestația compensatorie Ancuța-Mirabela PECA	97
Împrejurări abuzive în exercitarea dreptului de petiționare și necesitatea instituirii unui Corp de Control și Evidență privind petiționarea Andreea AGAPIE	102
Natura juridică a răspunderii administratorului societății în lumina Legii nr. 31/1990 privind societățile Mariana – Denisa PÎRVU	104



UNIUNEA NAȚIONALĂ A BAROURILOR DIN ROMANIA
BAROUL DOLJ
INIȚIATĂ ÎN ANUL 1865

și



organizează conferința

Independența Avocaților

Craiova, România

Aula Magna, Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova

Sâmbătă, 6 Mai 2017



Parcul "Nicolae Romanescu" Park din Craiova. Podul Suspendat (construit între 1901 și 1902)



Statuia "Mihai Viteazul" și Biserica "Sfânta Treime" din Craiova.



www.barouldolj.ro



www.facebook.com/BaroulDolj/

Conferință profesională organizată de Baroul Dolj cu sprijinul Uniunii Naționale a Barourilor din România, Facultății de Drept din Craiova și Centrului Teritorial Craiova al Institutului Național pentru Pregătirea și Perfecționarea Avocaților.

Parteneri media:



UNIVERSUL JURIDIC





Sâmbătă, 6 mai 2017

Palatul "Jean Mihail" din Craiova (1898-1907), momentan Muzeul de Artă din Craiova

Independența Avocaților

O conferință a Baroului Dolj

09:30 - 10.00 ÎNREGISTRAREA PARTICIPANȚILOR

Aula Magna, Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova
Strada Calea București, Nr. 107D, Craiova, Județul Dolj, Romania

10:00 - 10.15 BUN VENIT ȘI DESCHIDEREA CONFERINȚEI

- **Lucian Bernd SĂULEANU**
Decanul Baroului Dolj
- **Sevastian CERCEL**
Decan, Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova
- **Stanca Ioana GIDRO**
Președinte, Comisia Barourilor de Est FBE

10:15 - 12.15 PANEL 1

10:15 - 10.35 Gheorghe FLOREA
Președinte
Uniunea Națională a Barourilor din România

AUTONOMIA PROFESIEI DE AVOCAT. INDEPENDENȚA FUNCȚIONALĂ ȘI LIMITELE ACESTEIA.

10:35 - 10.55 Christoph MUNZ
Vicepreședinte
Comisia Barourilor de Est FBE

INDEPENDENȚA BAROURILOR ȘI RELAȚIA ACESTORA CU AUTORITĂȚILE PUBLICE

10:55 - 11.15 Nikolaos VALERGAKIS
Președinte
Baroul Salonic, Grecia

INDEPENDENȚA FINANCIARĂ A AVOCATULUI. IMPACTUL NIVELULUI ÎNALT DE IMPOZITARE DIN GRECIA ASUPRA INDEPENDENȚEI AVOCAȚILOR

11:15 - 11.35 Flavius Antoniu BAIAS
Decan
Facultatea de Drept, Universitatea București

INDEPENDENȚA AVOCATULUI ȘI INTRAREA ÎN PROFESIA DE AVOCAT

11:35 - 11.55 Kiril Atanasov GRUEV
Președinte
Baroul Vidin, Bulgaria

INDEPENDENȚA BAROURILOR

11:55 - 12.15 PAUZĂ DE CAFEA

12:15 - 13.55 PANEL 2

12:15 - 12.35 Mariusz MACIEJEWSKI
Președinte
Comitetul de Dezvoltare Profesională
Baroul Varșovia, Polonia

UTILIZAREA EFICIENTĂ A MEDIERII ÎN CAUZELE DE AFACERI PENTRU O PRACTICĂ MODERNĂ A AVOCATURII

12:35 - 12.55 Traian BRICIU
Director, Institutul Național pentru Pregătirea și
Perfecționarea Avocaților

INDEPENDENȚA AVOCATULUI FAȚĂ DE CLIENT

12:55 - 13.15 Emanoil PLOȘNIȚĂ
Decan
Baroul Chișinău, Moldova

ASIGURAREA INDEPENDENȚEI AVOCATULUI ȘI STANDARDE PROFESIONALE ȘI ETICE

13:15 - 13.35 Dan OANCEA
Consilier
Uniunea Națională a Barourilor din România

AVOCATUL ȘI INTERNETUL

13:35 - 13.55 Biljana DRAŽEVIĆ
Decan
Baroul Zaječar, Serbia

PROVOCĂRI PENTRU INDEPENDENȚA AVOCATULUI

13:55 - 14.00 CONCLUZII

- **Lucian Bernd SĂULEANU**
Decanul Baroului Dolj



UNIUNEA NATIONALA A BAROURILOR DIN ROMANIA
BAROUL DOIJ
INIINTAT IN ANUL 1865

and



organize the conference

The Independence of Lawyers

Craiova, Romania

Aula Magna, Faculty of Law, University of Craiova

Saturday, May 6, 2017



"Nicolae Romanescu" Park in Craiova. The Suspended Bridge (built 1901-1902)



"Mihai Viteazul" Statue and
"Sfânta Treime" Church in Craiova.



www.barouldolj.ro



www.facebook.com/BaroulDolj/

Professional conference organized by Dolj Bar Association with the support of National Union of Romanian Bars, Craiova Law Faculty and Craiova Center of the National Institute for Lawyers' Professional Development.

Media partners:





'Jean Mihail' Palace (1898-1907), currently the Art Museum in Craiova.

Saturday, May 6, 2017

The Independence of Lawyers

A Dolj Bar Association's Conference

09:30 - 10.00 REGISTRATION OF PARTICIPANTS

Aula Magna, Faculty of Law, University of Craiova
107D Calea București Street, Craiova, Dolj County Romania

10:00 - 10.15 WELCOME AND OPENING OF CONFERENCE

- **Lucian Bernd SĂULEANU**
Dean of Dolj Bar Association
- **Sevastian CERCEL**
Dean, Faculty of Law, University of Craiova
- **Stanca Ioana GIDRO**
President, FBE East Bars Commission

10:15 - 12.15 PANEL 1

10:15 - 10.35 Gheorghe FLOREA
President
National Union of Romanian Bars

THE AUTONOMY OF THE LEGAL PROFESSION. FUNCTIONAL INDEPENDENCE AND ITS LIMITS.

10:35 - 10.55 Christoph MUNZ
Vice-President
FBE East Bars Commission

THE INDEPENDENCE OF THE BARS AND THEIR RELATIONSHIP WITH THE PUBLIC AUTHORITIES

10:55 - 11.15 Nikolaos VALERGAKIS
President
Thessaloniki Bar Association, Greece

THE FINANCIAL INDEPENDENCE OF THE LAWYER. THE IMPACT OF GREEK HIGH TAXATION ON THE INDEPENDENCE OF LAWYERS

11:15 - 11.35 Flavius Antoniu BAIAS
Dean
Faculty of Law of the University of Bucharest

THE INDEPENDENCE OF THE LAWYER AND THE ACCESSION IN THE LEGAL PROFESSION

11:35 - 11.55 Kiril Atanasov GRUEV
President
Vidin Bar Association, Bulgaria

THE INDEPENDENCE OF THE BARS

11:55 - 12.15 COFFEE BREAK

12:15 - 13.55 PANEL 2

12:15 - 12.35 Mariusz MACIEJEWSKI
Chairman
Professional Development Committee
The Warsaw Bar Association, Poland

EFFECTIVE USE OF MEDIATION IN BUSINESS CASES FOR MODERN LEGAL PRACTICE

12:35 - 12.55 Traian BRICIU
Director, National Institute for Professional Development of Lawyers, Romania

THE LAWYER'S INDEPENDENCE FROM THE CLIENT

12:55 - 13.15 Emanoil PLOȘNIȚĂ
Dean
Chișinău Bar Association, Moldova

ENSURING THE INDEPENDENCE OF THE LAWYER THROUGH PROFESSIONAL STANDARDS AND ETHICS

13:15 - 13.35 Dan OANCEA
Member of the Council
National Union of Romanian Bars

THE LAWYER AND THE INTERNET

13:35 - 13.55 Biljana DRAŽEVIĆ
Dean
Zaječar Bar Association, Serbia

CHALLENGES FOR THE INDEPENDENCE OF THE LAWYER

13:55 - 14.00 CONCLUSIONS

- **Lucian Bernd SĂULEANU**
Dean of Dolj Bar Association



European Bars Federation
Eastern Bars Commission
fbe_EastBarsComittee@baroul-cluj.ro
Tel. +40 729 931 435 - Fax. +40 264 418 559

NATIONAL UNION OF ROMANIAN BARS
Dolj Bar Association
ESTABLISHED IN 1865



The Meeting of Eastern Bars Commission

Board Room, Faculty of Law
University of Craiova
Friday, May 5th 2017, 12.00

Întâlnirea Comisiei Barourilor de Est

Sala de Consiliu, Facultatea de Drept
Universitatea din Craiova
Vineri, 5 mai 2017, 12.00

Craiova, Romania

MEETING PARTICIPANTS

Members of the Eastern Bars Commission, representatives of bar associations from Albania (Tirana), Bulgaria (Vidin), Greece (Thessaloniki), Moldova (Chişinău), Serbia (Zaječar, Niš) and of various Romanian bar associations.



Faculty of Law, University of Craiova

Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova

360
view.ro

MEETING AGENDA

Presentation of the European Bars Federation
Evolution and importance

Prezentarea Federației Barourilor Europene
Evoluție și importanță

Christoph MUNZ, Vice-President

Presentation of the Eastern Bars Commission
Role and importance

Prezentarea Comisiei Barourilor de Est
Rolul și importanța

Stanca Ioana GIDRO, President

Romanian consulates and embassies' role in supporting collaboration between bars from various European countries for cases with citizens from the diaspora. Practical involvement possibilities of the consulates in international projects of the Eastern Bars Commission.

Rolul consulatelor și ambasadelor române în sprijinirea colaborării barourilor dintre diverse țări europene pentru cauzele care privesc cetățenii din diaspora. Modul concret de implicare a consulatelor în proiectele internaționale ale Comisiei Barourilor de Est.

Geanina BOICU, Former General Consul of Romania in Barcelona

Discussions about the schools legal education project.

Discutarea proiectului de educație juridică în școli.

Discussions about the common challenges of the lawyers from the East Bars and proposal of joint actions, through FBE - CCBE

Punțarea problemelor comune ale avocaților din barourile est-europene și propuneri de acțiune comună prin intermediul FBE - CCBE


Conclusions

Concluzii

PROFESIA LA ZI –

Conferința Independența avocaților, Craiova 6 mai 2017

The autonomy of the legal profession. The functional independence of the profession and its limits



PhD **Gheorghe Florea**, Lawyer
President of the National Association of Romanian Bars

The autonomy of the legal profession is the result of a compromise between the individual freedom and independence of the lawyer and the State's interference in the exercise of the profession, including the State's right to set rules to this regard.

The autonomy of the legal profession reflects ***the principle of subsidiarity***, in accordance to which any matter should be managed by the proper level of institutional organization.

The members of the legal profession have a specific expertise and constitute therefore the most appropriate court for the administration and regulation of the profession.

The professional interests are represented by professional organizations (local bar, national bar, bar association etc.). In part, they are involved in developing their regulations of public interest and protect the general interests of the citizens through active and continuous cooperation with the state's institutions.

In most European countries where continental law is applied, *professional orders* are constituted for the accomplishment of the administration of the legal professions. They are non-governmental organizations authorized by law to provide public services regarding the discipline and the organization of a profession, as public power. Unlike the professional associations, characterized by free adhesion, the professional orders are not the result of a free adhesion but are the result of forced association, the admission to the professional body being provided as a condition to practice the profession, being prohibited to do so by the persons who are not registered with the table (register) of the order. Moreover, the professional orders are established by special laws. ***All professional orders established by special laws*** (expressly qualified or not by law as being of *public utility*) are ***institutions of public utility***. The professional orders are ***non-governmental professional organizations, non-for-profit, with legal personality, own patrimony and budget, autonomous and independent, always of public utility or of public interest, subject to a mixed legal regime, combining elements of public law (the exercise of the public service, the exorbitant prerogatives on power of regulation and the disciplinary power) with those of private law (the internal structure and functioning of the order)***.

The *administration* activity is carried out more widely so that administration tasks are accomplished by *private organizations* being in a collaboration and participation relation with the authorities of the public administration. They serve *the public interest*, understood as "*the needs of citizens at a given moment*." Legal entities are thus established by law, **remaining subject to special regulations underlying their establishment and functioning.**

The bars – as organizational form of the professions legal order - are professional organizations that bring together all persons entitled to practice the lawyer's profession, their adhesion being compulsory for the practice.

In Romania, in accordance with the specific legislation of the regulated professions, *the professional orders* (bodies) represent the competent authorities corresponding to those professions being regulated.¹ The Constitutional Court ruled that, in the view of the legislature, the lawyer's profession is a **public service** whose organisation and function is governed by a special law, not subject to Government Ordinance no.26/2000². Moreover, the Constitutional Court showed that the Bars and the Lawyers' Association, as chambers of public notaries are *professional associations* with a distinctive feature. The entire activity carried out by these associations and their members is one of a *public interest*, issue that requires a more comprehensive settlement.³

The lawyers are performing *an independent activity*, as members of *the organisational structure specific to their profession*. As underlined in the current doctrine, the lawyers cannot be assimilated to civil servants.

As consequent, the lawyer's profession is organised and functions based on the principle of *autonomy*, within the limits of competence established by the law whilst the independence of the profession, the autonomy of the bar and the free exercise of the profession cannot be diminished by acts of the executive power, of the Public Ministry or other public authorities⁴.

The National Association of the Romanian Bars (UNBR) is established under the Law no. 51 / 1995 on the organization and the practice of the lawyer's profession, republished with subsequent amendments and completions. UNBR is formed of all lawyers registered with the bars and is headquartered in Bucharest. In accordance with the law, the legal profession is practiced only by the lawyers mentioned in the table of lawyers kept by the bars⁵ to which the lawyers are registered. The bar is member of UNBR. In

¹ The Law no. 200/2004 on the recognition of the diplomas and the professional qualifications for the regulated professions in Romania.

² The Decision of the Constitutional Court no. 391 from 1997, published in the Official Journal of Romania, Part I, no. 143 from April 8, 1998; The Decision of the Constitutional Court no. 44 from 2003, published in the Official Journal of Romania, Part I, no. 161 from March 13, 2003; The Decision of the Constitutional Court no. 195 from 2004, published in the Official Journal of Romania, Part I, no. 532 from June 14, 2006; The Decision of the Constitutional Court no. 88 from 2005, published in the Official Journal of Romania, Part I, no. 163 from February 23, 2005; The Decision of the Constitutional Court no. 200 from 2006, published in the Official Journal of Romania, Part I, no. 299 from April 3, 2006;

³ The Decision of the Constitutional Court no. 233 from 2004, published in the Official Journal of Romania, Part I, no. 603 from July 5, 2004;

⁴ V.M. Ciobanu, *Theoretical and practical treaty of civil procedure*, volume I, National Publishing House, Bucharest, 1996, page 85 [V.M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. I, Editura Național, București, 1996, p. 85.]

⁵ The bar has the obligation to draft the annual table of definitive and trainee lawyers

addition, the establishment and the functioning of bars outside UNBR are forbidden and their establishment and registration documents are null and void. Under the law, UNBR is **a legal person of public interest**, with own **patrimony** and **budget**, the budget being formed of the contribution of the bars at rates set out by Congress of lawyers. Regarding the patrimony of UNBR, it can be used for activities producing income, in accordance with the law. The governing bodies of the National Association of the Romanian Bars are: The Congress of lawyers, the Council of UNBR, the Standing Committee and the President. The Congress's decisions are binding and definitive for all professional organs. The bars have legal personality, own patrimony and budget, and their governing bodies are the General Assembly, the Bar Council and the Dean.

The Bars, as decentralized structures of the administration of the profession of public interest, **have duties of public interest related to the authorization and control of the professional activity.**

The regulation of the profession by its members requires the lawyers' right to freedom against government intervention whilst being, at the same time, a guarantor of the public interest for the benefit of beneficiaries of the professional services. The lawyer's profession - properly adapted to the social conditions - ensure the provision of quality services whereas the protection of civil rights, including the "access to justice", a veritable "social good".

For an optimum regulation of the legal profession there are approaches that may be used: the approach relying on the By-laws of the profession - "rule-based regulation" or the approach relying on the *code of conduct and ethics* - "principle-based regulation".

Lawyers carry out their activity independently.

The professional services of lawyers address legal issues, often essential for beneficiaries.

The services provided by lawyers are complex and involve a high degree of expertise.

The provision of services within the legal profession is characterized by an *asymmetry of information* available on the one hand to those providing services, and on the other hand, to the beneficiaries. The beneficiary of services does not have the information, the expertise and the sufficient experience to evaluate the quality of the service offered when they choose the service provider or after having benefited from it.

The activities of lawyers are based on trust given *ex ante*.

Due to the asymmetry of the information, the beneficiary must be able to rely on the fact that the lawyer will not use this lack of information in its favour, but that the lawyer is ready to provide the client with the best service possible, adapted to the client's needs.

All countries want to prevent the valorisation of the information asymmetry existing between bidders and recipients of services.

The minimal professional standards and the observance of the codes of professional ethics are the proper tools to protect the beneficiary from any abuse.

In some European countries, the legal profession is subject to tariff regulation in the interest of the consumer protection. They are carefully justified and designed to serve the general interest and not of a certain group of interests.

Lawyers' activity must be recognized and supported, throughout its entire entrepreneurial dimension. Lawyers invests in economic and human resources without receiving any financial

compensation from the state. Acknowledging lawyers as "entrepreneurs", in the full sense of the term, requires to support this field of professional activity also thorough its integration, or at least the integration of the social-professional insertion of law school graduates in the legal profession in programs promoting growth and competitiveness, including through measures embodying tax incentives.

This approach involves the analysis and improvement of structural conditions of the professional practice, because the development of the profession should not be limited to single-member companies or independent individual practitioners.

In addition, the State has the obligation to prevent the exposure of the consumers of legal services to become a victim of "false lawyers" so-called "independent" in relation to the professional structure legally organized.

Given the personal relationship of *trust* between the lawyer and the services' beneficiary and the *legal personal interests* involved, it is essential that the professional secrecy – the lawyer's and his collaborators' right to refuse to testify and the prohibition for them to testify – to be guaranteed by law. These are the fundamental characteristics of the rule of law.

The services provided by lawyers reach key areas of the general interest. They should be accessible throughout the country, including in the rural areas.

The professional regulations must be compatible with the European fundamental freedoms, especially with the ***freedom to provide services, the freedom of establishment and the freedom of movement***. Therefore, they must be non-discriminatory, imperatively justified by the public interest as well as proportionate.

The provision of services by a lawyer often involves a **distinct risk for the beneficiary's personal legal interests**. These potential risks require the need *to regulate the access to the profession and to impose strict requirements for the authorization to practice the profession*. The regulation refers to the professional training but also to the reputation, health control and commitment not to simultaneously carry on incompatible activities.

Lawyers are required to participate in regular training activities.

There is and always will be a certain tension between the State's and the individual's interests.

The institutions of the legal profession will be operational if *the professional regulations will be subject to timely updates*, which do not obstruct the fundamental characteristics and advantages of the legal profession as *guarantor of the professional knowledge generating real competencies, independence / transparency and trust arising from all this*.

There are many criticisms about the failings of the professional organizations (the bars) in the field of monitoring and assuring the quality of the professional services.

This is rather due to problems in the implementation of the existing regulations, than to weaknesses in the professional organisation system.

The Independence of the Bars



Kiril Atanasov GRUEV

Dean of Vidin Bar Association

According to IBA standards for the independence of the legal professions (Adopted 1990), the independence of the legal profession constitutes an essential guarantee for the promotion and protection of human rights and is necessary for effective and adequate access to legal services.

An equitable system of administration of justice which guarantees the independence of lawyers in the discharge of their professional duties without any improper restrictions, pressures or interference, direct or indirect is imperative for the establishment and maintenance of the rule of law.

It is essential to establish conditions in which all persons shall have effective and prompt access to legal services provided by an independent lawyer of their choice to protect and establish their legal, economic, social, cultural, civil and political rights.

1. Every person having the necessary qualifications in law shall be entitled to become a lawyer and to continue in practice without discrimination.

2. Legal education shall be open to all persons with requisite qualifications and no one shall be denied such opportunity by reason of race, colour, sex, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth, status or physical disability.

3. Legal education shall be designed to promote knowledge and understanding of the role and the skills required in practising as a lawyer, including awareness of the legal and ethical duties of a lawyer and of the human rights and fundamental freedoms recognised within the given jurisdiction and by international law.

4. Programmes of legal education shall have regard to the social responsibilities of the lawyer, including co-operation in providing legal services to the needy and the promotion and defence of legal rights of whatever nature whether economic, social, cultural, civil and political and specially rights of such nature in the process of development.

Education of the public concerning the law

5. It shall be a responsibility of the legal profession and state organs to educate the members of the public about the principles of the rule of law, the importance of the independence of the judiciary and of the legal profession and to inform them about their rights and duties and the relevant and available remedies.

Rights and duties of lawyers

6. Subject to the established rules, standards and ethics of the profession the lawyer in discharging his or her duties shall at all times act freely, diligently and fearlessly in accordance with the legitimate interest of the client and without any inhibition or pressure from the authorities or the public.

7. The lawyer is not to be identified by the authorities or the public with the client or the client's cause, however popular or unpopular it may be.

8. No lawyer shall suffer or be threatened with penal, civil, administrative, economic or other sanctions or harassment by reason of his or her having legitimately advised or represented any client or client's cause.

9. No court or administrative authority shall refuse to recognise the right of a lawyer qualified in that jurisdiction to appear before it for his client.

10. A lawyer shall have the right to raise an objection for good cause to the participation or continued participation of a judge in a particular case, or to the conduct of a trial or hearing.

11. Save as provided in these principles, a lawyer shall enjoy civil and penal immunity for relevant statements made in good faith in written or oral pleadings or in his or her professional appearances before a court, tribunal or other legal or administrative authority.

12. The independence of lawyers in dealing with persons deprived of their liberty shall be guaranteed so as to ensure that they have free, fair and confidential legal assistance, including the lawyer's right of access to such persons. Safeguards shall be built to avoid any possible suggestion of collusion, arrangement or dependence between the lawyer who acts for them and the authorities.

13. Lawyers shall have all such other facilities and privileges as are necessary to fulfil their professional responsibilities effectively, including: a) confidentiality of the lawyer-client relationship, including protection of the lawyer's files and documents from seizure or inspection and protection from interception of the lawyer's electronic communications; b) the right to travel and to consult with their clients freely both within their own country and abroad; c) the right freely to seek, to receive and, subject to the rules of their profession, to impart information and ideas relating to their professional work.

14. Lawyers shall not by reason of exercising their profession be denied freedom of belief, expression, association and assembly; and in particular they shall have the right to:

- a) take part in public discussion of matters concerning the law and the administration of justice;
- b) join or form freely local, national and international organisations;
- c) propose and recommend well considered law reforms in the public interest and inform the public about such matters. Legal service for the poor

15. It is a necessary corollary of the concept of an independent bar that its members shall make their services available to all sectors of society so that no one may be denied justice.

16. Lawyers engaged in legal service programmes and organisations, which are financed wholly or in part from public funds, shall enjoy full guarantees of their professional independence in particular by: a) the direction of such programmes or organisations being entrusted to an independent board with control over its policies, budget and staff; b) recognition that, in serving the cause of justice, the lawyer's primary duty is towards the client, who must be advised and represented in conformity with professional conscience and judgement.

Lawyers' Associations

17. There shall be established in each jurisdiction one or more independent self-governing associations of lawyers recognised in law, whose council or other executive body shall be freely elected by all the members without interference of any kind by any other body or person. This shall be without prejudice to their right to form or join in addition other professional associations of lawyers and jurists.

Functions of the Lawyers' Associations

18. The functions of the appropriate lawyers' association in ensuring the independence of the legal profession shall be inter alia:

- a) to promote and uphold the cause of justice, without fear or favour;

- b) to maintain the honour, dignity, integrity, competence, ethics, standards of conduct and discipline of the profession; and to protect the intellectual and economic independence of the lawyer from his or her client;
- c) to defend the role of lawyers in society and preserve the independence of the profession;
- d) to protect and defend the dignity and independence of the judiciary;
- e) to promote free and equal access of the public to the system of justice, including the provision of legal aid and advice;
- f) to promote the right of everyone to a prompt, fair and public hearing before a competent, independent and impartial tribunal and in accordance with proper and fair procedures in all matters;
- g) to promote and support law reform, and to comment upon and promote public discussion on the substance, interpretation and application of existing and proposed legislation;
- h) to promote a high standard of legal education as a prerequisite for entry into the profession and the continuing education of lawyers and to educate the public regarding the role of a Lawyers' Association;
- i) to ensure that there is free access to the profession for all persons having the requisite professional competence, without discrimination of any kind, and to give assistance to new entrants into the profession;
- j) to promote the welfare of members of the profession and the rendering of assistance to members of their families in appropriate cases;
- k) to affiliate with and participate in the activities of international organisations of lawyers.

19. Where a person involved in litigation wishes to engage a lawyer from another country to act with a local lawyer, the appropriate association of lawyers shall co-operate in assisting a foreign lawyer to obtain the necessary right of audience provided that he or she has the qualifications and fulfils the conditions required to obtain that right.

20. To enable the lawyers' association to fulfil its function of preserving the independence of lawyers it shall be informed immediately of the reason and legal basis for the arrest or detention and place of detention of any lawyer; and the lawyers' association shall have access to the lawyer arrested or detained.

Disciplinary proceedings

21. Lawyers' associations shall adopt and enforce a code of professional conduct of lawyers.

22. There shall be established rules for the commencement and conduct of disciplinary proceedings that incorporate the rules of natural justice.

23. The appropriate lawyers' association will be responsible for or be entitled to participate in the conduct of disciplinary proceedings.

24. Disciplinary proceedings shall be conducted in the first instance before a disciplinary committee of the appropriate lawyers' association. The lawyer shall have the right to appeal from the disciplinary committee to an appropriate and independent appellate body.

How these standards have been applied in Bulgaria ?

The Constitution of the **Republic of Bulgaria** on July 13 1991. in article 134 sets the bar as a public legal body necessary for the implementation of protection of individuals in the exercise of judicial power in the course of justice. The principles of freedom, independence and autonomy of the Bar are

constitutionally established. So not only law, but the Constitution delegates to the Governor and the Attorney-disciplinary judiciary. Attorney therefore is a public-legal body with organs whose functions are undoubtedly public legal. In this light, the Attorney general and the bar are not professional organizations. In §4 of the transitional and final provisions of the Constitution provides that defined her organization of the judiciary (hence the Bar) takes effect after the adoption of new structural and procedural laws; the same should be adopted within three years, as expressly stated in §3, paragraph 3 of the same provisions. Such zoning law and the Law on the Bar once in Article 134, Paragraph 2 of the Constitution provides that the organization and procedures of the Bar is governed by law. So the new law was passed by the Grand National Assembly in its meeting on 12 September 1991. Promulgated in the State Gazette. 80 of 27 September 1991. and it entered into force three days later, on 30 September 1991.

Independence and dignity of the Bar, however, stems not only from the law but from the very nature of the profession of defender - the only figure who operates in protecting the rights of citizens. Therefore the law governing Attorney primarily concerned citizens' rights, adequacy of protection and effectiveness in order not to turn into formalism.

Effective and possible legal defense is a fundamental right and a sign of real functioning democracy. That s why Bar should be free, self-governing and independent, legally and practically.

With the adoption of the new democratic Constitution of the **Republic of Bulgaria** in 1991. Bar activity - activity in protecting the rights and freedoms of citizens was constitutional. Bar activity is carried out in accordance with the principles of independence, excellence, self-government and self-support. Legal profession is exercised after passing the Bar oath. In the exercise of the legal profession lawyer is guided by the legitimate interests of the client is obliged to defend in the best way by legal means.

The Independence of Lawyers

Speech: The Financial Independence of the Lawyer.

The impact of Greek High Taxation on the Independence of Lawyers



Nikolaos VALERGAKIS,
President of the Bar Association of Thessaloniki

Honorable Dean of the Dolj Bar Association
Honorable Dean of University of Craiova
Honorable President of East Bars Commission
Honorable President of National Union of Romanian Bars
Dear colleagues

First of all I would like to thank you for this honorary invitation. It gives me a great pleasure as a president of the Bar Association of Thessaloniki to take part at the proceedings of this Conference with the so crucial topic "The Independence of Lawyers". My speech will focus on the financial independence of lawyers and whether the Greek tax system affects this independence.

Lawyers of all the European countries are clearly aware of the financial difficulties we are facing, in our countries, and the need that there is, for economic and fiscal reforms. However, it is difficult to understand the correlation that the Troika and the governments, made, between the profession of lawyer and the economic crisis. The lawyers, and the proper administration of justice should not have any relationship with the public debt and the economic crisis. Lawyers defend the proper administration of justice, and to do so governments should be taken into account the independent character of lawyer and the independent role of the Bar Associations. This special role of independence in legal profession is the cornerstone of each democratic society. So, the consequences of each reform that concerns the legal profession should be analyzed and applied very carefully.

The year 2016 for Greek lawyers was particularly difficult. We have fought hard, with abstinence of our profession of 9 months, against an insurance reform that creates problems and jeopardizes not only the dignified exercise of the profession of lawyer but also the professional survival of many lawyers. Lawyers through the Plenary of Presidents of the Bar Associations of the country, raised objections to unconstitutionality. Also, there are institutional opinions from the Parliament's scientific service and the Economic and Social Committee of EU, as well, who expressed reservations and remarks regarding the constitutionality, and opposition, of this bill, to the jurisprudence of the European Court of Human Rights. They are all concluded that although it is an insurance legislation, it has tax features and in combination with the tax reforms of recent years, it leads to the "confiscation" of lawyers' work and impoverishment of lawyers.

One of the main changes at the proposed system, is the linking of insurance contributions with the income of the self-employed. Under the proposed regulations lawyers are required to pay:

- Master pension contribution: 20% of the net taxable income from the previous year's activity.
- Contributory supplementary contribution: 7.5% on the income from their activity during the previous tax year.
- Healthcare contribution: 6.95% of net taxable income from the previous year.
- Contribution for lump sum compensation: 4% of the net taxable income from the activity carried out during the previous year.

Overall, therefore, a charge of 38.45% is levied on taxable income for social security contributions. In addition, the above amounts are collected as follows: Prepayment of the 20% levy on the "minimum wage per act or representation".

Really tell me who can survive with dignity and stand in the professional life with the remaining 40%? How can we ensure and protect the lawyer's independence in the exercise of the legal profession?

Also, The second pillar of the insurance law concerns the consolidation of all the country's insurance funds in one. However, this regulation does not convince us for the legislator's good intentions. This is simply because this reform does not link insurance contributions with insurance benefits. Lawyers' insurance contributions and reserves from our insurance fund will flow into the new fund to cover pensions that the state budget is unable to cover. Does it seem to you social justice? It is obvious, that the new insurance law for the lawyers in Greece is another attempt to increase tax on freelancers and lawyers.

It is obvious that the new arrangements do not provide a positive solution to the insurance problem. Its deterioration is due to the explosive mix of the demographic problem, rising unemployment and the ongoing recession. As long as these factors are not addressed, the funding gap will be multiplied and new ways of covering it will have to be invented.

I have to say that the Plenary of the Presidents of Greek Bar Associations has condemned the lack of previous actuarial studies provided by Article 22 (5) of the Constitution which establishes the institution of social security in conjunction with Article 106 (1) of the Constitution on "Planning and Coordination of economic activity for the consolidation of social peace. " The obligation to carry out actuarial studies concerns any legislation concerning benefits, income and organization of social security. Beyond the Constitution, this obligation is also grounded in the International Convention on the European Social Security Code

Moreover, the constitutional obligation, to establish a minimum level of dignity for everyone is derived from the combination of articles 2, 4 and 25 of our Constitution which refers to the respect and protection of human value, as well as that Greek citizens contribute without distinction to public charges in proportion to their means. The recognition and protection of the fundamental and inalienable rights by the State aims at the achievement of social progress in freedom and justice. In practice these means that we ought to have a tax-free limit, a minimum guaranteed income and a limit at seizures of a bank accounts. According to all these above we can understand that the introduction of a minimum insurance contribution even for those who have zero income is against the constitutional principles.

As you can understand from all these, the new insurance legislation does not simply prevent lawyer's independence by reducing the level of dignity, but leads, specially, the new lawyer to unemployment and to the abandonment of the profession.

In a democratic society, the Attorneys have to carry out a tremendous work, connected with the discovery of the truth and the application of the rules of law. And we have to implement a work that is aimed to the defending of civil liberties and social rights. Faced with the reality of complex legislation, equality of unsuspecting citizens would be a blank letter if there was no help from the lawyer, the lawyer, who succeeds in equating de facto inequalities between citizens.

We all know that justice is one of the three pillars of democracy, as it regulates the affairs of the citizens and the smooth functioning of every organized society. To that extent, justice works well and effectively. It consolidates and strengthens democracy. Otherwise, it just undermines it. To carry out its work, Justice must be independent, with a distinct role and work in relation to the other two powers, the legislative and the executive.

A prerequisite for the proper administration of Justice is the existence and unimpeded functioning of the Rule of Law and lawyers strive for it. We defend and fight for Freedom, Democracy, Peace and Social Justice. We defend with courage and self-denial the Constitution and the Democratic institutions, as well as the individual, political and social rights of the citizens. We struggle against any form of authoritarian power, violation of constitutional freedoms and illegality. We defend the independence of the judiciary, against any form of interference by the executive and any other factor within and outside the Judicial function.

Lawyers are not confined only for their professional interests. We are interested in the general problems of the Country, and we offer our knowledge and services in such a way that it is useful to individuals and the society.

Lawyers have suggestions, positions and opinions. Determination to fight for the independence and dignity of the judiciary, for the dignity and rights of Greek citizens. Governments and all the Institutions should understand this and not sacrifice everything on the altar of politics.

All that I mentioned above makes lawyers annoying for the state authority, and the perfect way to fight us is economic annihilation. I believe, that those who have the state power think are convinced that the economically weak and unsecure lawyer would not have the courage and the energy to defend everything I mentioned above. And in this direction, they made all the recent reforms.

It is a fact that the economically weak is vulnerable to temptation, it is easier to reconcile for his economic interest and finally to give in into pressures.

But this is not going to happen at the professional of lawyer. Whatever blows we accept, financial or institutional, we will continue to practice our profession with seriousness, sobriety, dignity and faith in democracy. We will continue to defend the constitution and the rights of the citizens. Because the concept of lawyer, the profession of lawyer is interwoven with democracy and the protection of rights.

I want to thank you all again, for invite us here in this crucial Conference and give us the opportunity to express the current situation in Greece and share our opinions with you. I'm ready to listen carefully all the speakers and exchange our thoughts in so important issues as the independence of our profession and the independence role of the Bars.

Thank you

Right of Defence and the Lawyer's Independence

Attorney-at-Law **Calin Viorel Iuga**
Cluj Bar Association

1. On 22 July 2011, Andres Behring Breivik, a Norwegian right-wing extremist, detonated a trap car near the Oslo government buildings, killing eight people. Within a few hours, he landed on the of Utøya island, where a Workers' Party camp was held, and, claiming to be a cop, he opened fire onto the young people there, shooting 69 people to death. The youngest of the victims was Sharidyn Svebakk-Bøhn, who had just turned 14¹.

Since his guilt was obvious, Breivik's trial was dominated by the debate about his mental health. After multiple psychiatric tests, Breivik was found to be responsible for his actions and was sentenced to 21 years of imprisonment.

The Breivik's defence throughout the trial, starting with the next day after the act was committed, was ensured by the Norwegian lawyer Geir Lippestad (born on 7 June 1964) and known as a socialist activist.

Although the Norwegian lawyer was shocked by what happened, he decided to assist and represent a man with diametrically opposed political convictions and contrary to his intimate beliefs as someone had to do this for the rule of law and respect for human rights. *"I lost part of my soul when I accepted to defend a monster,"* said Geir Lippestad to the French magazine ParisMatch, while pointing out that *"It is easy to say: it is very cruel, this guy should not have the same rights as others, but if we change the rules for one person, we threaten the very essence of democracy."* Every person has the right to be assisted by a lawyer before a Court of Law.

The lawyer's first reaction was to refuse the case. He took the decision to defend Breivik following the discussion he had with his wife, a professional nurse, who made him understand that he could not refuse the case: *"Wait, if he had been hurt by bullets, doctors and nurses would have treated him, they would have done their job. You're a lawyer, don't you want to do your job?"*².

2. On 6 September 2007, the Police Precinct 2 of the Police Inspectorate of Brasov County filed the notification of Cioacă Constantin Cristian regarding the disappearance of his wife Ghinescu Elodia Marilena on 5 September 2007.

On 18 September 2007, prosecutors initiated the criminal prosecution against Cioacă for allegedly committing a crime of murder, arguing that on the night of 29 August to 30 August 2007, he murdered his wife, then severed the body and threw it into an unidentified place.

On 12 February 2009, Elodia Ghinescu was officially declared missing, this being the first step towards declaring her death.

¹ http://ro.wikipedia.org/wiki/Anders_Behring_Breivik

² <http://www.parismatch.com/Actu/International/Geir-Lippestad-L-homme-de-Bien-qui-defend-le-Mal-Anders-Breivik-161108>

On 2 July 2013, Cristian Cioacă was sentenced to 21 years of imprisonment plus the forfeiture of civil rights for 5 years.³

Cristian Cioacă's defence during the criminal prosecution was provided by the Romanian lawyer Florentin Sorescu from Argeş Bar, who at the time of taking up the case was preparing to leave the profession of lawyer in exchange for becoming a writer, having a passion for dramaturgy.

Florentin Sorescu became the lawyer of Cristian Cioacă purely by chance. He told the Romanian magazine *Cancan*: "*Cristian Cioacă initially turned to a lawyer from his town, who advised him to take a defender outside the Braşov Bar, given his wife's position in this Bar. He then discussed with a lawyer from Piteşti, but he did not have the time to deal with the case. Being a friend of mine, however, he recommended me the file and so I ended up representing him in court*".⁴

As Cristian Cioacă did not want to hear his lawyer's advice, the latter terminated the legal assistance contract. Lawyer Florentin Sorescu motivated his refusal as follows: "*He asked me to deal with the divorce from Elodia, but I told him that it was not an appropriate gesture, that the action would turn against him and that he would raise much dislike. I did not agree with this action. He explained his point of view and we agreed that he would hire someone else. After all, it's his life!*".⁵

3. Several questions arise from the comparative study of the two cases: Is the independence of the lawyer, taken as an individual, absolute? Does anyone, regardless of the guilt and the crime he / she has committed, have the right to be defended by a lawyer? Can the lawyer refuse to defend a person in any situation and, if so, should it be motivated? Between the rule of law based on respect for human rights and the lawyer as an individual, which is more important? In the extreme situation where all lawyers would refuse to defend, what would happen with the right to defence and the rule of law?

The answer to the first question is in fact the answer to the other questions.

Seen from the *inside*, one cannot compel a lawyer to perform a service contrary to his / her beliefs. The intimate conviction has been defined as a common psychological state for all people regarding their firm, unwavering view of certain phenomena, events, situations⁶.

In psychology, moral conscience is the psychic instance of reporting to self-esteem, valorisation, guilt, humiliation, and compensation. Low self-esteem is negatively reflected in the lawyer's social status, both as an individual and as a profession as long as the independence is incompatible with the victimisation and humiliation.

Apparently, exercising the lawyer's profession would mean identifying the lawyer with the cause of the client, namely with the aim pursued by the client and with the means proposed to achieve the goal, all mediated by the lawyer. This identification involves a legitimate aim and means, and a critical filtering of the client's subjective version of his / her chances of winning. In fact, if the lawyer does not retain his / her independence against the client, he / she will not be able to give objective advice and will not sanction and censor the client's conduct when he / she violates the law and morals.

But there are cases where the lawyer is fighting for a cause although he / she does not believe in it just because he / she is receiving a fee.

³ http://ro.wikipedia.org/wiki/Cazul_Elodia_Marilena_Chinescu

⁴ <http://www.cancan.ro/actualitate/intern/elodia-l-a-salvat-pe-avocatul-politistului-cioaca-15457.html>

⁵ <http://www.cancan.ro/actualitate/regional/avocatul-sorescu-l-a-abandonat-pe-politistul-cioaca-24960.html>

⁶ *Tratat universitar de psihologie judiciară – teorie și practică [Universal Treaty of Judicial Psychology - Theory and Practice]*, Tudorel Butoi and Ioana Teodora Butoi, Phobos Publishing, Bucharest, 2003, p. 284

The example given by the Norwegian lawyer with the doctor who must treat any patient who needs it cannot be applied to the profession of lawyer simply because the practice of lawyer is not a matter of life and is not usually consumed in a single act, by objective means.

The doctor never identifies with the patient's problem and is forbidden to apply medical procedures he / she does not believe in.

In the profession of doctor, the professional act is initiated by a doctor, while in the profession of lawyer the lawyer acts only after consulting with the client and sometimes only after receiving his / her approval.

With doctors one will never encounter a situation where during a medical procedure agreed or not by the patient, the doctor asks if what he / she does is right. The most common example is the procedure of a surgery. The doctor applies the same techniques regardless of the patient, whereas in the case of the lawyer each case is unique.

Seen from the *outside*, the observance of the right of access to a court of any person provided by Art. 6 paragraph 1 of European Court of Human Rights is not such as to remove the absolute character of the lawyer's independence as an individual.

In the *SIAŁKOWSKA v. POLAND* cases (application no. 8932/05, paragraphs 111 and 112), ECHR has shown that the independence of the profession of lawyer is essential for the proper and correct functioning of justice. When analysing the State's responsibility for the acts of the lawyers appointed in the legal assistance service, the Court must take account the guarantees of independence of the lawyer's profession. (Paragraphs 111, 112). In this context, the Court considers that it is not the role of the State to oblige a lawyer to institute any legal action or to lodge any remedy contrary to his / her opinion on the prospects of success of such an action or remedy. It is in the common nature of things that such State powers would be detrimental to the essential role of an independent legal profession in a democratic society that relies on *trust between lawyers and their clients*. The Court emphasises that it is the responsibility of the State to ensure a necessary balance between, on the one hand, the right of any person to enjoy effective access to justice and the independence of the lawyer's profession on the other.

It is clear that ECHR does not consider that it is its duty to criticise or to draw conclusions on the professional competence of any lawyer or to encourage such interference from State authorities.

Instead, the Court condemns the signatory States of the Convention in cases where legal assistance is compulsory, they do not provide a system that allows the immediate replacement of a lawyer who, in the light of his / her own beliefs, refuses to give such assistance.

Thus, in the above-mentioned case (paragraph 114), ECHR considered that there had been a violation of Art. 6 paragraph 1 of the Convention in that the applicable domestic Polish legislation did not specify the period within which the applicant for compulsory legal assistance must be informed of the lawyer's refusal to take the case and therefore the applicant lost the time-limit for the appeal.

In *BERTUZZI v. FRANCE* case (application no. 36378/97) ECHR considered that there had been a violation of Art. 6 paragraph 1 of the Convention in that the mandatory legal assistance was not effective, the appointment of lawyers being *formal*. Formal appointment of a lawyer does not meet the requirements of Art. 6 (3) (c) on compulsory legal assistance if such assistance is not effective, as long as the Convention is called upon to guarantee rights which are practical and effective, not theoretical and illusive⁷.

⁷ See also *Artico v. Italy*, *Imbrioscia v. Elvetia*, *Daud v. Portugal*, *Czekalla v. Portugal* and *Sannino v. Italy*

The Court's reluctance in performing any thoughtful qualitative assessment of the performance of a lawyer is explained by the nature of the relationship between a lawyer and his / her client and the risks involved in interfering in this relationship.

The Court considers that the courts / prosecutor's offices⁸ are responsible for complying with Art. 6 par. 1 of the Convention, which are required to provide representation of the party by a legal practitioner even when that right is not claimed (for example, in the case of persons who cannot defend themselves, such as those with mental disabilities) or the appointed lawyer refused to take over the case.

However, in *Ashingdane v. United Kingdom* case (decision of 28 May 1985), the Court stated that the right of access to a court provided for in Art. 6 of the Convention *is not an absolute right* and may be subject to limitations, provided that they do not affect the essence of the law, may pursue a legitimate aim and that there may be reasonable proportionality between the means used and the aims sought to be achieved.

The ECHR decisions delivered in the aforementioned cases stand for the prevalence of the principle of the lawyer's independence as an individual over the citizen's right of access to justice, which is not absolute and is limited by the guarantees of independence of the lawyer's profession. In the context of ECHR practice, Law 51/1995 and the Status of the lawyer profession do not guarantee at present the full independence of the lawyer except as regards the provision of legal aid against a fee. In this case, the refusal to take over a case or to terminate the legal assistance contract should not be motivated (Article 229 paragraph (2) of the Status).

In the case of free legal aid, the lawyer's refusal is allowed only in case of conflict of interest or for "*other justified reasons*" (Article 73 paragraph (1) and paragraph (2) of Law 51/1995 and Article 153 paragraph (1) and (2) of the Status), without indicating the reasons. The lawyer's refusal for other reasons is considered a serious disciplinary offense.

In the current regulation of the Romanian law, the task of providing free legal assistance is transferred from the State responsibility to the lawyer's responsibility as an individual, who will be obliged to provide legal services, including in cases in which he / she does not believe in (they are as good as lost from the very beginning or he / she is professionally or emotionally unable to prepare the defence). Such a transfer of responsibilities, in addition to violating the lawyer's independence, brings prejudices to the citizen who is left with a formal defence and who could have defended himself better.

Moreover, in the case of a malpractice, the lawyer will not be able to claim that he has been forced by the law to perform the compulsory service.

An alternative to sanctioning a lawyer refusing to provide a service contrary to his / her beliefs could be to set up a procedure to quickly replace a lawyer declaring that he / she is refraining from providing the mandatory legal assistance for which he / she was appointed. The fact that a lawyer is on a list of lawyers willing to provide compulsory legal assistance does not mean that he / she has to accept any case he / she is assigned to for the simple reason that he / she enters this list at the expense of quality legal services, that ECHR sanctions when they are formal.

In conclusion, the answer to the question whether the independence of the profession of lawyer is absolute is an affirmative one. Yes, independence is and must be absolute. The lawyer's independence is not selfish, but it is for the main benefit of the rule of law. Even if everyone has the right to defence

⁸ In *Cusani v. Great Britain* case (Decision of 24 September 2002) ECHR I called the judge "*the final guardian of the fairness of the proceedings*"

regardless of the act he / she has committed and the degree of guilt, between formal defence and lack of defence, the formal defence is more dangerous as one can do worse to the client than in the case when he / she defends himself / herself. ECHR has never sanctioned the refusal of a lawyer to perform his / her profession, but has always sanctioned formal defence.

The lawyer may refuse to defend a person in any situation and the refusal must not be motivated.

Between the legal system based on respect for human rights and the independence of the lawyer as an individual, the lawyer's independence is more important. Compelling the lawyer to perform the service contrary to his / her will turns him / her into a simple clerk.

In the extreme situation where all lawyers would refuse formal defence, the right of defence provided by international conventions and treaties is protected, along with the lawyer's independence. These laws guarantee practical, not illusive rights. A legal system cannot work only on paper. In contrast, in the reverse situation where lawyers would accept formal defence, the lawyer's independence disappears and so does the legal system.

Finally, I wonder if Mr. Geir Lippestad's wife, a professional nurse, has ever heard one of the doctors telling the patient's kin: *I'm sorry, but I cannot do anything else. The surgery will put his life in jeopardy, and I'd rather he lives for his remaining days than to kill him with my own hands.*

Discursul Decanului Baroului Chișinău, avocat Emanoil Ploșnița

Buna ziua, dragi confracți avocați!

În primul rând, salut cu multă stimă fiecare membru al profesiei prezent aici, atât din partea avocaților Baroului Chișinău, al cărui Decan sunt, cât și din partea tuturor avocaților din Republica Moldova.

Apoi, aș vrea să mulțumesc dlui Lucian Bernd Sauleanu, Decanul Baroului Dolj, pentru faptul de a mă invita călduros aici pentru a vă vorbi despre problemele noastre comune ale avocaților! Și am impresia că înfruntăm aceleași probleme indiferent de care mal al Prutului practicăm avocatura.

Am fost rugat să mă împart cu câteva gânduri pe tema „Asigurarea independenței avocatului și standardele profesionale și etice” și, totodată, să îmi limitez intervenția la 15 de minute.

Stimați colegi!

Avocatul este declarat prin lege independent și trebuie să fie independent. Este o garanție fundamentală și naturală a unei profesii liberale, care acționează ca gardian al legalității și respectării drepturilor și libertăților omului.

Din păcate, noi, avocații din Republica Moldova, avem pe ce ne plânge la acest capitol. Deși dificultăți am avut întotdeauna, în ultima perioadă s-au înțesit atacurile asupra avocaților din partea autorităților ce înfăptuiesc justiția, în special sub forma urmării penale abuzive față de avocații care își fac cinstitul meseria.

În decembrie 2016 Uniunea Avocaților din Republica Moldova a semnalat societății, autorităților și comunității internaționale despre cazurile foarte frecvente de aplicare selectivă a legii, fiind flagrant încălcate normele procesuale ce stabilesc condițiile pornirii urmăririi penale, reluării acesteia, punerii unei persoane sub învinuire și aplicarea măsurilor procesuale corelative. Dintre acestea s-au remarcat cele mai frecvente și cele mai grave manifestări ale ingerințelor flagrante:

1. confundarea avocatului cu clientul și intentarea unor dosare penale față de avocați pentru infracțiuni, subiecți ale cărora avocații nu pot fi. Menționez aici cazul avocaților Veaceslav Țurcan și Maxim Belinschi din Chișinău, împotriva cărora a fost începută urmărirea penală pe fapta „falsul în declarații”, fiind acuzați de inexactități făcute în actele de procedură și pledoariile în cadrul ședinței de judecată la reprezentarea clienților;

Am citit cu îngrijorare și despre derapajele săvârșite în privința avocatului Danil Matei din Baroul Dâmbovița, derapaje care au răsunat ca un ecou rece și la Chișinău.

2. încălcarea drepturilor avocatului și ale clientului la întrevvedere în locuri de detenție;

3. lipsa condițiilor normale strict necesare de lucru pentru avocați în instanțele de judecată precum și în penitenciare;

4. atitudinea magistraților față de avocați în proces - Avocații sunt neglijați și ignorați de judecătorii care îi citează să fie prezenți în instanță la o oră concretă, iar apoi sunt îndemnați să aștepte ore în șir, pe holurile instanțelor, până va veni rândul judecării cauzei în care participă, fapt ce creează suprapuneri ale ședințelor de judecată, iar avocații nu-și pot organiza eficient timpul de muncă, suportând pierderi financiare însemnate;

5. admiterea prin hotărâri judecătorești abuzive în profesia de avocat a procurorilor și judecătorilor aflați în funcție;

6. impunerea avocaților de predare a telefoanelor mobile și a genților, uneori și obligarea demonstrării conținutului acestora în unele incinte;

7. scurgerile intenționate de informații din dosarele penale către presă cu scop de manipulare a opiniei publice și de creare a imaginii negative a unei persoane.

Dragi confrăți avocați!

Din reacțiile voastre am înțeles că aceste probleme nu vă sunt de loc străine. Baroul Chișinău vă este recunoscător pentru susținerea tehnică și morală venită din partea UNBR până acum și mă tem că vom avea nevoie de această susținere și în viitor.

Independența nu ne poate fi oferită, ci ne incumbă nouă să o exercităm, să o cerem, să o urmărim silind, dacă trebuie!

Mai mult decât atât, avocatul nu trebuie doar **să fie** independent, ci **să fie văzut** ca independent și **să se simtă** independent. Fiindcă doar așa poate fi valorificat dreptul la apărare al clientului, care are atâta greutate în procedurile judiciare.

Deși suntem, juridic vorbind, membri ai diferitor uniuni profesionale, ne regăsim, totuși, profesional vorbind, în aceeași breaslă a avocaturii. Am convingerea că trebuie să ne ținem împreună și să ne susținem permanent, fiindcă, așa cum ne învață și zicala strămoșească... „unei-i unul nu-i putere, unde-s doi puterea crește”...

Aceste constatări mă duc și la întrebarea pe care doresc să o formulez astăzi: cum să înfăptuim independența pe care dorim și trebuie să o avem?

Nu există un răspuns scurt și singular la această întrebare, dar, o să vă destăinuiesc o constatare personală, că standardele profesionale joacă rolul unei „busole” profesionale în mâna avocatului, iar standardele de etică și deontologie ocupă locul unui „munte de integritate” în cazul diferitelor dileme care îi apar avocatului în interacțiunea cu clientul său, în conduita cu alți actori ai sistemului justiției, și în apariția sa în societate în general.

În iulie 2016 Congresul avocaților din Republica Moldova a adoptat o revizuire a Codului deontologic al profesiei de avocat, aliniindu-l, în măsură de peste 90% la Codul deontologic al Consiliul Barourilor și al Societăților de Drept din Europa (CCBE).

Aș vrea să sintetizez noutățile pe care le consider pertinente în contextul discutat.

- în ceea ce privește relațiile cu clienții, se prevede că, „deși interesul clientului este primordial, avocatul nu-și va subordona integritatea personală și profesională clientului său. Avocatul nu este în drept să accepte o propunere frauduloasă și este obligat să acționeze în conformitate cu legea” (capitolul II 2(7) din Codul deontologic al UARM).

În adevăr, avocatul trebuie să știe când să traseze o linie roșie peste care crezul său profesional nu îi permite să treacă.

- o altă reglementare nouă este cea potrivit căreia „avocatul nu va face promisiuni cu privire la rezultatul sarcinii preluate, indiferent de faptul cât de previzibil este acesta, în special când rezultatul depinde de decizia instanței de judecată, a unei autorități publice sau a unui terț” (subpct. (8)).

Constat cu tristețe că mulți avocați încă fac această greșeală, care pe urmă se întoarce împotriva lor.

- în relațiile cu instanțele de judecată și alte organe jurisdicționale, Codul dispune că „avocatul nu este în drept să furnizeze judecătorului, cu bună-știință, o informație falsă sau de altă natură, să-l inducă pe acesta în eroare. Avocatul nu poartă răspundere pentru veridicitatea informațiilor prezentate de către client” (capitolul V (3)).

- și, în final, ceea ce pentru mine are o o importanță deosebită, noul Cod de etică în sfârșit prevede reguli clare de comportament al avocatului în societate: „avocatul va avea un comportament demn care să nu prejudicieze imaginea profesiei în societate” (Capitolul VII(1)).

Din păcate, tot mai frecvent vedem „avocați vedetă”, „avocați politici”, „avocați protestatari” și nu am nimic împotriva libertății de exprimare a opiniilor și a libertății de a-și alege stilul de viață, dar să nu o facă din contul imaginii avocaturii.

Aș vrea să-mi intervină mea cu un citat după eseistul canadian Pierre Bourgo (Pier Burgo) care la timpul său scria că „independența nu este o recompensă, ci este o responsabilitate”.

Într-adevăr, stimați colegi avocați, suntem obligați să ne menținem independența.

În primul rând, suntem obligați să ne menținem independența față de clienți, fiindcă doar așa putem să-i oferim o asistență juridică imparțială, care răspunde cel mai bine necesităților sale pe termen lung, despuată de considerente emotive. Totodată, în așa fel avocatul se delimitează de posibila activitate infracțională săvârșită de client.

În al doilea rând, suntem obligați să ne menținem independența față de autoritățile publice și actorii din sistemul judiciar, deoarece doar în acest condiții putem valorifica dreptul la apărare al clientului.

Vă mulțumesc!

Avocatul și internetul

- Managementul riscului informatic -

Prof. univ. dr. **Dan Oancea**

Av. Baroul București

Membru în Consiliul U.N.B.R.

Membru în Consiliul de Conducere al I.N.P.P.A.

Director al departamentului de drept public, Facultatea de Drept București

Protejarea valorilor profesiei de avocat în activitatea avocatului în mediul virtual contribuie, la rândul ei, la asigurarea independenței profesiei, care este tema sub auspiciile căreia se desfășoară prezenta conferință. Independența profesiei de avocat derivă în primul rând din principiile fundamentale pe care avocatul este dator să le respecte în activitatea sa, principii care pot fi afectate atunci când avocatul recurge la comunicare prin intermediul Internetului.

Tehnologia informatică procură imense beneficii avocaților și formelor de exercitare a profesiei în care aceștia își desfășoară activitatea, căci spațiul virtual oferă în prezent acestora nenumărate oportunități:

- realizarea, în timp scurt și cu costuri minime, de comunicări profesionale cu clientul, instanțele și celelalte autorități ale statului cu care avocatul interacționează,
- informarea imediată asupra noutăților legislative,
- posibilitatea cunoașterii înregistrării și evoluției unor cauze judiciare și a accesării hotărârilor judecătorești pronunțate,
- accesarea de modele de acte,
- prezentarea și promovarea avocatului, a activității sale și a formei sale de exercitare a profesiei,
- crearea de rețele profesionale, în cadrul cărora să poată fi realizate atât schimbul de informații și de experiență, cât și recomandări profesionale de către membrii rețelei,
- cunoașterea activității organizațiilor profesionale ale avocaților și informarea asupra evenimentelor importante pentru profesie, precum și multe altele.

Accesarea mediului informațional comportă însă și limitări și, mai ales, riscuri, care pot afecta semnificativ valorile fundamentale ale profesiei. Acestea trebuie cunoscute de avocat și de organizațiile sale profesionale, tuturor revenindu-le responsabilități în vederea evitării și preîntâmpinării lor.

Drept urmare, în cele ce urmează vom aborda problematica acestor riscuri din perspectiva avocatului și a formei în care acesta își exercită profesia (pe care o vom denumi în continuare, în mod generic, "Cabinetul").

Riscurile pot afecta, în egală măsură, pe avocat și Cabinetul său, dar și pe clienții cu care acesta se află în raporturi profesionale, căci ele se pot materializa în încălcări ale principiului fundamental al

confidențialității sau conduce la pierderea unor date sensibile, ambele generatoare de potențiale pretenții din partea celor afectați prin aceasta. O atare perspectivă impune adoptarea unei atitudini prudente, care ar trebui să îmbrace forma unei politici de management al riscului informatic, pe care avocatul ar trebui să o adopte. Această necesitate este cu atât mai evidentă cu cât, din punct de vedere economic, Cabinetele reprezintă, prin natura lor, structuri fragile, care resimt, printre primele, efectele fluctuațiilor pieței și care pot fi serios periclitate atunci când la acestea se adaugă incidente decurgând din încălcarea, chiar neintenționată, de către avocat a îndatoririlor sale profesionale. În vederea definirii și implementării unei astfel de politici, avocatul trebuie, în primul rând, să realizeze, la nivelul Cabinetului său, o auto-analiză riguroasă a regulilor sale interne de organizare și funcționare, precum și a procedurilor proprii în vederea determinării atât a factorilor de risc existenți cât și a procedurilor pe care ar trebui să le adopte în vederea preîntâmpinării acestora.

În mod firesc, analiza trebuie să aibă ca obiect aplicațiile informatice pe care avocatul le utilizează în activitatea sa.

Rețelele sociale (Facebook, Twitter, LinkedIn ș.a.) reprezintă un nou mod de comunicare, a cărui utilizare a devenit în ultimul timp tot mai frecventă în activitatea avocaților. Prezența avocatului pe aceste platforme poate genera riscuri multiple: încălcarea confidențialității ca urmare a schimburilor online de informații (schimburi care sunt de esența acestor rețele sociale), crearea de contacte online într-o manieră care ar putea fi considerată ca fiind necorespunzătoare sub aspectul eticii profesionale, crearea neintenționată de relații de fapt de tipul „avocat – client” prin intermediul rețelei sociale, colectarea de informații într-o manieră necorespunzătoare, încălcarea regulilor prevăzute de legislația profesiei privind publicitatea formelor de exercitare a profesiei.

Blogurile reprezintă jurnale personale postate pe Internet. Acestea pot avea o diversitate de contribuitori și teme și reprezintă o cale facilă de obținere de informații în mod rapid. Pentru avocați, blogurile se pot dovedi utile pentru a-și informa clienții asupra evoluțiilor legislative sau jurisprudențiale în anumite domenii, pentru a-și promova serviciile juridice și pentru a atrage astfel noi clienți. Prin intermediul acestor bloguri sunt oferite informații într-un domeniu sau este creat cadrul pentru un forum având ca obiect anumite tematici. Postarea de către avocat de informații juridice pe acestea ar trebui realizată într-o manieră impersonală și generală, astfel încât să nu poată fi interpretată ca reprezentând o consultanță juridică care să conducă la crearea, în mod neintenționat, a unei relații de fapt de tipul „avocat-client”, relație ce ar putea să se constituie într-o vulnerabilitate pentru avocatul care oferă consultanța. La aceasta se adaugă și complicații pe planul eticii profesionale, căci blogul nu este limitat teritorial iar consultanța oferită prin acesta ar putea suscita discuții privind incidența regulilor deontologice de la locul receptorului informației.

Poșta electronică (E-mail) reprezintă forma cea mai uzuală de comunicare prin Internet, fiind utilă atât pentru comunicarea cu clienții, cât și pentru transmiterea de documente. Comunicarea prin e-mail poate însă aduce atingere principiului confidențialității. Utilizarea de programe antivirus și *spyware*, din fericire tot mai frecventă în ultima vreme, nu este întru-totul suficientă pentru protejarea comunicărilor prin e-mail ale avocatului. Dată fiind vulnerabilitatea sistemelor de e-mail față de intervenția unor hackeri sau alți terți neautorizați, este extrem de dificil pentru un utilizator de e-mail să aibă încredere în

securitatea comunicărilor prin e-mail, cu atât mai mult în cazul unui avocat, care este ținut de imperativul asigurării confidențialității, care este o valoare fundamentală a profesiei în principal pentru considerentul că acesta urmărește securizarea comunicării dintre avocat și clientul său. Avocatul care utilizează comunicarea prin e-mail în raporturile cu clientul trebuie să aibă permanent în vedere atât nivelul de securitate pe care îl poate oferi cât și implicațiile acestuia asupra confidențialității comunicărilor sale cu clientul.

În acest context trebuie avută permanent în vedere și posibilitatea de care dispun furnizorii de servicii de email de a accesa mesajele e-mail ale clienților lor.

La cele de mai sus se adaugă riscurile decurgând din comunicarea între diferite sisteme de e-mail. În acest caz, pot interveni erori de transmitere din cauză că sistemele de email diferite utilizează scheme diferite de adresare. Pentru ca un mesaj să poată fi expediat în mod corect între aceste sisteme, este necesar ca adresa să se potrivească cu schema de adresare a sistemului destinatarului. Dacă formatul este diferit, mesajul nu va fi livrat la destinatar sau ar putea fi livrat unui alt destinatar, la fel și în cazul unui mesaj cu o adresă greșită.

Cu privire la măsurile care ar putea diminua potențialele consecințe aferente recurgerii la acest mod de comunicare ne vom referi mai jos.

Utilizarea informală a e-mailului de către avocat poate genera și aceasta probleme juridice pentru avocat. În general, se manifestă o tendință a utilizatorului de e-mail de a considera că acest mod de comunicare este unul neoficial și să-l trateze cu mai puțină prudență decât ar manifesta-o în cazul unei comunicări redactate pe hârtie.

Discuțiile online reprezintă o altă facilitate pe care Internetul o poate oferi avocaților. În acest fel, pot fi create „încăperi virtuale” în care să poată fi conduse discuții cu colegii avocați sau cu clienții ori negocieri cu partea adversă.

Vizualizarea online, în regim de acces controlat, a unor baze documentare de către persoane autorizate (de tipul *data-rooms*) s-a dovedit în practică a fi o modalitate eficientă și ieftină de informare, care elimină inconvenientele și costurile inerente unei deplasări la locul documentării. Crearea de către avocat a unei rețele de tip Extranet¹ poate permite avocatului să partajeze cu clientul vizionarea, în timp real, a unor documente relevante pentru cazul acestuia din urmă, a investigațiilor juridice întreprinse de avocat, a actelor de procedură, precum și a altor materiale importante pentru cazul clientului.

Tot prin Internet, avocatul poate pune la punct **biblioteci online**, personalizate în funcție de interesele unui anumit client sau structurate pe o anumită tematică juridică.

Toate aplicațiile de mai sus, deși în mod indiscutabil utile avocatului pentru acordarea serviciilor sale juridice, reprezintă totodată o sursă de riscuri specifice, care necesită o atentă monitorizare.

Principalul risc pentru avocatul prezent pe Internet îl constituie faptul că nu întotdeauna acesta cunoaște identitatea celui cu care interacționează. Există o varietate de situații-premisă pentru apariția

¹ Rețea privată care utilizează tehnologia Internetului și sistemul de telecomunicații publice pentru a partaja, în condiții de securitate, informațiile sau operațiunile unei entități cu terții din afara acestei entități. O rețea de tip Extranet poate fi privită ca o parte a rețelei de tip Intranet a unei entități, care este extinsă pentru a servi unor utilizatori din afara acelei entități.

acestui risc: postarea pe Internet de formulare sau de link-uri prin care potențialii clienți pot angaja serviciile avocaților unui Cabinet sau, respectiv, contacta prin e-mail avocați din cadrul acestuia, camerele virtuale de discuții (*chat rooms*) dedicate analizei sau dezbaterii unor teme juridice etc. Toate acestea generează riscul creerii de raporturi faptice de tipul „avocat-client”, deci a unor raporturi profesionale aflate în afara unui raport contractual profesional corespunzător și anterioare realizării unei evaluări prelabile de către avocat a clientului și a cazului acestuia, în vederea verificării oportunității încheierii unui raport profesional propriu-zis.

Oportunitățile de comunicare electronică au condus la creșterea exponențială a riscului divulgării neintenționate de informații confidențiale. Comunicările prin e-mail și prin celelalte căi de comunicare electronică pot cu ușurință ajunge, din eroare, la alți destinatari iar aceasta generează posibilitatea expunerii avocatului expeditor sub aspectul răspunderii profesionale.

Alte complicații apar în legătură cu stocarea de date. Cabinetele colectează o cantitate semnificativă de informații și de date cu caracter personal cu privire la clienții lor, pe care le salvează în bazele lor de date. Deseori aceste baze de date sunt deseori extrem de vulnerabile pentru că fie că nu sunt protejate deloc, fie pentru că sunt protejate prin sisteme de securitate necorespunzătoare. În aceste condiții, există riscul ca datele informatice cu caracter sensibil să poată fi accesate de persoane neautorizate iar aceasta să afecteze grav raporturile cu clienții astfel afectați. Acest risc este agravat de organizarea deseori necorespunzătoare a informațiilor stocate, care afectează și administrarea comunicărilor realizate prin e-mail. În practică, în mod frecvent, stocarea de informații și date în calculator nu este realizată într-o manieră riguroasă, diferitele fișiere care le conțin aceste informații și date nefiind cuprinse în directoare și subdirectoare structurate pe tematici și având identificatori clari. Aceasta este de natură a conduce la amestecarea datelor sensibile cu alte date, care nu au acest caracter, cu riscurile aferente privind accesul la acestea, din afară, pe calea Internetului, a unor persoane neautorizate.

Față de cele arătate mai sus, este recomandabil ca avocatul să-și însușească și să aplice **măsuri de bune practici** prin care să evite sau, cel puțin, să limiteze producerea riscurilor menționate:

În acest sens, este utilă inserarea, la loc vizibil, pe pagina web a Cabinetului sau pe blogul avocatului, a unei declarații de tip *disclaimer*, din care să rezulte, în mod neechivoc, că:

- nu se nasc raporturi profesionale avocat-client în absența unui contract de asistență juridică agreat de ambele părți, prin care se prevăd cel puțin identitatea clientului, obiectul serviciilor juridice și onorariul;
- prin blogul sau, respectiv, pagina web nu se oferă consultanță juridică.

În plus, în cazul blogurilor, este recomandabilă dezactivarea funcției „comment”, pentru a se evita comentarii de tip SPAM sau nepotrivite.

De asemenea, în conceperea și utilizarea unui blog sau a unei pagini web, avocatul trebuie să aibă în vedere dispozițiile legislației profesiei de avocat privind publicitatea profesiei.

Tot astfel, avocatul trebuie să evite utilizarea rețelelor sociale pentru realizarea comunicărilor dintre el și client sau pentru acordarea de consultanță juridică.

În sfârșit, o atenție deosebită el trebuie să o acorde respectării în mediul online a confidențialității privind clientul. În acest scop, indiferent de platforma pe care este prezent pe Internet, avocatul trebuie să aibă în mod permanent grijă pentru nu posta informații sensibile privind clienții săi.

Acestor bune practici trebuie să li se asocieze **măsuri tehnice de securizare a comunicărilor prin Internet și a datelor:**

Un mecanism ideal pentru protejarea comunicării informațiilor confidențiale este cifrarea (criptarea), căci utilizatorii care nu dețin o „cheie” de decriptare nu pot citi mesajele cifrate. Criptarea implică însă dezavantajul că necesită mijloace de decriptare (atât „hard” cât și „soft”), care presupun cheltuieli pentru avocat și client.

O alternativă, atunci când acest lucru nu este posibil, o poate reprezenta o declarație de nerăspundere, de tip *disclaimer*, inserate în toate mesajele pe care avocatul le transmite prin e-mail clienților săi.

Este, de asemenea, recomandabilă obținerea în prealabil a unui consimțământ scris din partea clientului privind recurgerea la serviciile de e-mail în comunicările profesionale cu acesta. În acest fel clientul nu va putea invoca ulterior prejudicii pe care le-ar fi suferit ca urmare a acestui tip de comunicare a informațiilor confidențiale.

În privința documentelor pe care avocatul le transmite prin email, există și riscul ca acestea să poată fi modificate, fără știrea avocatului, de cel sau cei care le accesează. Consecința inevitabilă o reprezintă în acest caz discuțiile ce se nasc în legătură cu un document diferit de cel inițial transmis de către avocat. Acest risc poate fi evitat prin convertirea documentelor text (de ex. Word) în fișiere-imagi (PDF) sau în alte formate needitabile, înainte de transmiterea acestora prin e-mail, deoarece formatul PDF permite numai citirea, nu și modificarea unui document.

Întrucât avocatul trebuie să protejeze datele clienților săi, pe care le stochează pe calculator, o măsură eficientă de securizare o reprezintă autentificarea, prin care se poate asigura atât controlul asupra accesării acestor date cât și identificarea celor care le accesează. Autentificarea presupune recurgerea la o parolă, care să permită accesul la date. Aceasta trebuie să fie bine aleasă (sub aspectul conceperii ei) și să fie modificată periodic.

Semnătura digitală este, la rândul ei, un alt instrument de autentificare, care confirmă unui destinatar, cu certitudine, identitatea semnatarului unui document și faptul că nimic din conținutul actului nu a fost alterat.

Pentru toate rețelele conectate la Internet este recomandabilă utilizarea unui *firewall*². Acesta poate examina toate conectările la o rețea, filtra comunicările care sosesc, solicita autentificarea, restrânge accesul la unele sisteme și/sau bloca anumite servicii.

² Un *firewall* reprezintă un sistem de securitate a rețelei, fundamentat fie pe hardware sau pe software, care utilizează reguli pentru a controla traficul de date care intră sau iese din respectiva rețea. Un *firewall* funcționează ca o barieră

Partiționarea hard-diskului unui calculator reprezintă o altă măsură pentru protejarea informațiilor confidențiale. În acest fel, hard-disk-ul va avea o zonă „publică”, care poate fi accesată de oricine, precum și una „nepublică”, în care se află documentele confidențiale și la care accesul nu este posibil decât în anumite condiții.

De o certă utilitate este și implementarea unei politici de acces la serviciile informatice pentru a se stabili ce tipuri de conectivitate cu alte sisteme sunt permise. De exemplu, avocatul utilizează numai e-mailul, el poate restricționa (inhiba) alte forme de acces, cum ar fi FTP (*file transfer protocol*)³.

Toate cele arătate mai sus impun ca avocatul și Cabinetul său să-și definească o politică privind stocarea documentelor electronice și accesul la acestea, precum și, dacă mijloacele disponibile avocatului îi permit acest lucru, să desemneze o persoană care să răspundă de managementul datelor și informațiilor clienților.

Această măsură trebuie, în mod necesar, să fie însoțită de preocuparea permanentă a avocatului de a fi la curent cu evoluția tehnologiei informației, astfel încât el să-și poată actualiza, în timp util, procedurile de securitate pentru a proteja datele clienților săi și comunicările cu aceștia.

între o rețea de încredere și o rețea care nu prezintă această proprietate. El controlează accesul la resursele rețelei prin intermediul unui model pozitiv de control model, ceea ce înseamnă că numai traficul permis în respectiva rețea este definit în politica aceluia *firewall*, orice alt trafic fiind împiedicat.

³ *File Transfer Protocol* (FTP) reprezintă un protocol standard de Internet pentru transmiterea de fișiere între calculatoare conectate la Internet prin intermediul unor conexiuni de tip TCP/IP. FTP este un protocol client-server care se bazează pe două canale de comunicare între utilizator și server: un canal de comandă pentru controlarea unei conversații și un canal de date pentru transmiterea de conținut informațional (fișiere). Prin utilizarea unui FTP, utilizatorul poate încărca, descărca șterge, redenumi, muta sau copia fișierele aflate într-un server.

Independența avocatului

Av. **Lucian Bernd Săuleanu**
Decanul Baroului Dolj

Independența la nivel social și politic

Barourile sunt cele care asigură performanța efectivă a avocaților din care sunt formate, funcționarea acestora fiind guvernată de regula protejării membrilor și apărării independenței acestora împotriva oricărei restricții sau încălcări.

Putem spune că este de asemenea, obligația Barourilor, să facă orice este necesar în vederea garantării independenței avocaților, pentru a fi adevărații custozi ai garanțiilor individuale de care se bucură.

În acest scop, Baroul are obligația de a apăra rolul avocatului în societate și, în particular, să mențină onoarea, demnitatea și integritatea acestora; să promoveze participarea avocaților la diferite programe pentru a asigura accesul la justiție a persoanelor cu o situație financiară precară; să promoveze și să susțină reformele legislative, precum și discuțiile asupra legislației existente și a propunerilor legislative; să promoveze la cele mai înalte standarde nivelul de competență al avocaților și să vegheze asupra respectării standardelor de conduită și disciplină a avocaților.

Cu toate acestea, în ultimele decenii, practica dreptului s-a schimbat considerabil, iar practicienii în drept sunt oarecum obligați să adopte o abordare mai mult comercială a activității desfășurate, acesta reprezentând unul dintre motivele pentru care independența avocatului poate fi, în anumite cazuri, subiectul unor amenințări pe scară largă.

Independența economică

Independența economică a avocatului și a barourilor a reprezentat un factor decisiv în evoluția acestora de-a lungul timpului. Acest principiu implică, la nivel de etică, obligația avocaților de a fi devotați activității pe care o desfășoară, dar, în același timp, obligația statului de a asigura o remunerație corespunzătoare pentru avocați.

De asemenea, în baza principiului independenței economice, un avocat nu trebuie să fie supus unor sancțiuni de natură economică pentru aducerea la îndeplinire a îndatoririlor profesionale.

Independența față de dezvoltarea tehnologică

Dezvoltarea rapidă a tehnologiei informației în secolul în care trăim, a demonstrat că atacurile asupra naturii independenței avocaților au fost mai mult rezultatul unei globalizări a interschimburilor tehnologice decât a unei acțiuni politice.

Problema recurentă a confidențialității profesionale reprezintă exemplul cel mai elocvent în acest caz. Confidențialitatea profesională este o regulă ale cărei origini, precum și conținut, sunt marcate de un anumit grad de ambiguitate.

Regula tradițională a eticii expune datoria pe care avocatul o are față de clientul său, și anume: secretul profesional trebuie respectat de către avocați în acord cu legislația internă, regulile și standardele profesiei, iar orice încălcare a acestei reguli va fi subiectul unei sancțiuni corespunzătoare.

Reafirmarea acestui principiu pare să fie de importanță primordială, la momentul la care efectele crimei organizate și indignarea îndreptățită care derivă în acest caz, apar ca o justificare a atacurilor asupra principiului confidențialității profesionale.

Mai mult decât atât, lupta împotriva crimei organizate împreună cu eșecul guvernărilor de a adopta o legislație adecvată, dezvăluie o slăbiciune care impune o constantă amenințare asupra confidențialității profesionale.

În acest sens, a-i atribui avocatului un potențial rol de acuzator al clientului său, ar însemna a-i submina rolul de apărător pe care și l-a asumat, dar și funcția de apărare în sine. A forța avocații să raporteze suspiciuni cu privire la clienții lor, ar avea ca efect chiar schimbarea naturii și a scopului confidențialității profesionale, lipsind-o de orice aplicabilitate efectivă.

Această situație nu face decât să genereze neîncredere în practica avocaților și să submineze, în consecință, rolul pe care aceștia trebuie să îl ocupe într-un sistem de drept.

O soluție în acest sens, ar fi respectarea regulii conform căreia fiecare individ și instituție este liber să se exprime în orice etapă a procedurilor judiciare, prin intermediul unui avocat, care acționează în temeiul codului de etică profesională, fără teama că documentele corespondentelor fi folosite, la un moment dat, împotriva lor.

Internetul și serviciile juridice

Precum și în celelalte domenii ale societății, internetul are un impact puternic asupra legii; acesta pătrunde puternic în câmpuri diferite ale domeniului juridic.

Descoperirea informațiilor utilizând tehnologia modernă, furnizează baza și catalizatorul apariției unui tip de serviciu juridic destul de aparte. Întregul proces, de la crearea până la aplicarea legii, predarea, învățarea dreptului, este redefinit prin prisma tehnologiei.

Unul dintre aspectele pozitive ale efectelor pe care internetul le are asupra naturii independenței avocatului, este acela de a permite redefinirea serviciilor juridice oferite.

Astfel, tehnologia creează noi oportunități de comunicare între avocați, între avocați și clienți, între avocați și instanțele judecătorești. Tehnologia stă la baza transferului rapid de date, avocații economisind astfel timp în prelucrarea datelor și depunerea diverselor documente care stau la baza soluționării cazurilor.

Cu toate acestea, internetul și tehnologia nu pot suplini rolul avocatului, care adaugă valoare, înțelepciune și judecată serviciilor oferite.

Independența financiară

Independența financiară a unui avocat și eventualele limitări sau îngrădiri ale acesteia, sunt evaluate din perspectiva eticii profesiei de avocat.

Independența financiară a avocatului poate fi privită din două perspective: perspectiva financiară absolută și posibilitatea ca aceasta să aibă un impact asupra activității de avocatură și asupra atitudinii avocatului în legătură cu un anumit caz.

Aceste două componente sunt adiacente și există împreună, în majoritatea cazurilor întâlnite, ceea ce poate conduce la o anumită dependență a avocatului față de ceva sau de cineva. Dacă avocatul nu are ca bază etica financiară profesională, în relațiile cu clienții săi, acesta pune negreșit în pericol propria sa independență.

Nevoia pentru o independență financiară a avocatului intervine, în primul rând, în momentul încheierii unui contract cu clienții săi, la stabilirea onorariului. Acesta trebuie stabilit în funcție de

complexitatea cazului, timpul necesar pentru efectuarea diferitelor acțiuni, situația financiară a clientului, experiența și reputația avocatului, faptîntâlnit din ce în ce mai rar în practică.

Cel mai important aspect al relației avocat-client îl reprezintă prestarea serviciilor de către avocat în mod onest și obiectiv, independent de orice alți factori, inclusiv cei financiari; orice altă relație între aceștia ar trebui evitată.

Avocatul este cel care are datoria de a evita orice alt tip de relație, decât cea profesională, cu clientul, precum și de a renunța la încheierea unor contracte fără a îndeplini anumite formalități înainte, formalități care vor asigura conformitatea intereselor ambelor părți.

Spre exemplu, avocatul trebuie să evite să reprezinte un client în acele cazuri în care el, rudele sale sau prietenii apropiați au un interes personal, deoarece limita dintre independența financiară și dependența avocatului este foarte ușor de încălcat atunci când intervin interesele sale personale.

Un alt exemplu elocvent care poate afecta independența financiară a avocatului, constă în acceptarea remunerației pentru un anumit caz de la o altă persoană decât clientul său. În acest caz, nu se aduce atingere independenței financiare a avocatului dacă acesta are aprobarea clientului său, după ce a prestat serviciile în cazul respectiv.

Pentru a apăra integritatea independenței financiare de care se bucură, avocatul trebuie să respecte trei reguli care stau la baza desfășurării activității sale: competență (experiență, calificare), sinceritate (încredere) și bună-credință. Aceste pietre de temelie ale profesiei de avocat își găsesc aplicabilitate în toate sferele activității sale, în special în aria financiar-economică.

Așa cum putem observa, este imposibil să separăm problema dependenței/independenței financiare a avocatului de alte aspecte conexe acestei profesii. Etica profesiei de avocat se află în strânsă legătură cu independența unui avocat, din moment ce doar o persoană cu un nivel scăzut de moralitate poate proceda la anumite acțiuni care atrag consecințe negative.

Independența Barourilor în relația cu autoritățile publice

Independența Barourilor este recunoscută ca fiind un pilon fundamental al democrației în zilele noastre, însă, nu de puține ori, au fost exercitate atacuri asupra naturii independenței acestora.

Statul trebuie să protejeze existența profesiilor liberale, prin recunoașterea și respectarea dreptului avocaților de a forma asociații profesionale (Barouri), care le protejează interesele și promovează integritatea profesiei. Acest fapt implică însă și obligația statului de a nu aduce vătămări independenței profesiei de avocat.

Rolul pe care profesiile juridice îl au în diferitele proceduri legale poate afecta comunitatea la scară înaltă, influențând calitatea serviciilor prestate, transparența, durata, complexitatea și costurile procedurilor judiciare. Așadar, atât avocații, constituiți în Barouri, cât și autoritățile publice au interesul, dar și obligația de a colabora și a lua decizii privind stabilirea drepturilor și obligațiilor ai membrilor organizațiilor profesionale.

În cazul independenței profesiei de avocat și a Barourilor în relația cu autoritățile publice, scopul pe care aceștia trebuie să îl urmărească este acela de a crea un sistem de justiție care să promoveze și să apere în mod corespunzător drepturile legale ale fiecărui cetățean în parte.

Cu toate acestea, există situații în care independența avocaților este afectată prin impunerea unor proceduri prin intermediul cărora avocații sunt subiecți obligației de dezvăluire către autorități a unor informații privind clienții lor, fapt ce constituie o încălcare a principiului confidențialității, care constituie un element esențial pentru o administrare corectă a justiției.

Statul, prin organele competente, trebuie să ia toate măsurile necesare pentru a asigura respectarea acestui principiu, întrucât este vital pentru o societate ca avocații să aibă posibilitatea de a se constitui în mod liber în asociații profesionale, iar prin intermediul acestora să își desfășoare activitatea, fără presiuni din partea autorităților publice.

Independența avocatului vs. independența Baroului

Există o limită periculoasă între protecția pe care Baroul o oferă membrilor săi și atingerea pe care o aduce în același timp independenței acestora. Mai exact, puterea normativă și de reglementare a Baroului asupra drepturilor și îndatoririlor membrilor săi poate fi văzută ca un posibil pericol, care poate limita sau încălca drepturile și libertățile acestora.

Spre exemplu, accesul în profesia de avocat este controlat de organizațiile profesionale, care stabilesc condițiile de admitere în profesie, dar și reguli de conduită sau limite ale onorariilor avocaților.

În ultimă instanță, chiar și deciziile legitime ale unui Barou independent reprezintă, de fapt, o limitare a independenței avocaților – comportamentul lor, poziția lor profesională și privată depind în mare parte de deciziile Baroului.

Noțiunea de „*independența Barourilor*” nu trebuie înțeleasă în sensul de autarhie profesională, izolare și monopol în deciziile luate, ci trebuie înțeleasă în sensul ei propriu, și anume „*libertatea oferită membrilor de a exercita profesia de avocat și de a se organiza în scopul apărării intereselor lor, fără interferențe abuzive din partea terților*”.

Cea mai bună apărare a independenței profesionale poate fi obținută prin menținerea unei atitudini deschise a Barourilor către dezbateri și critici publice, prin menținerea unor înalte standarde profesionale și prin îmbunătățirea constantă a activității acestora.

Independența la nivel disciplinar

Independența avocatului nu este o recompensă, ci o responsabilitate. Având în vedere acest aspect, în sarcina Barourilor stă obligația de a lua toate măsurile necesare, inclusiv de a apela la utilizarea procedurii disciplinare, în cazul în care un avocat săvârșește o încălcare a normelor care coordonează activitatea acestuia.

Mai mult decât atât, se impune ca aceste cazuri să fie cercetate în mod imparțial și în concordanță cu standardele profesiei, cu respectarea principiului proporționalității.

STUDII ȘI CERCETĂRI

An Amazon Echo called Alexa, which is a virtual personal assistant, may be the key to solving a murder case?

Attorney-at-Law **Sorin MANAFU**
Dolj Bar Association

The Amazon Echo is a hands-free speaker that users control with their voice. Echo uses a processor on the device to identify a “wake word” and in response to that word connects the device to Amazon’s cloud-based Alexa Voice Service to receive and respond to voice commands. In response to such commands the device delivers information such as news, weather, music, and other forms of entertainment and content over the device’s speaker.

Such interactions may constitute expressive content that implicates privacy concerns and First Amendment protections that guarantee the most basic component of freedom of expression is the right of freedom of speech. The right to freedom of speech allows individuals to express themselves without interference or constraint by the government.

Echo has received rave reviews from consumers and experts, and its popularity has led to other companies developing and selling similar “smart” speakers for use in the home.

Amazon does not seek to obstruct any lawful investigation, but rather seeks to protect the privacy rights of its customers when the government is seeking their data from Amazon, especially when that data may include expressive content protected by the First Amendment.

Procedural Posture

Amazon brings a motion to quash a search warrant that was issued as part of the Bentonville Police Department’s investigation into the death of Victor Collins, which is believed to have occurred at the residence of the defendant James Bates either late in the evening of November 21, 2015, or early in the morning of November 22. According to the search warrant affidavit, the victim’s body was found by the Bentonville Police on the morning of November 22 after they responded to a 911 call from the defendant. The defendant was arrested on February 22, 2016, and charged with first-degree murder. He pleaded not guilty and is currently released on bail pending trial.

During a search of the defendant’s residence on December 3, 2015, the Bentonville Police seized an Echo device located in the kitchen. On December 4, 2015, the Bentonville Police emailed a preservation request to Amazon for all records associated with the Echo device.

On December 4, 2015, the Bentonville Police also obtained a search warrant directed to Amazon, and later served that warrant on Amazon. On January 29, 2016, the Bentonville Police obtained and

served on Amazon an extension of the warrant. Both the original search warrant and the extension specified that the Bentonville Police should search for and seize “audio recordings, transcribed records, or other text records related to communications and transactions” between the Echo device and Amazon’s servers during the 48-hour period of November 21 through 22, 2015, as well as subscriber and account information.

On February 8, 2016, Amazon partially complied with the warrant by producing subscriber information and purchase history for the defendant’s Amazon account. Amazon has not produced any recordings or transcripts.

On April 18, 2016, the State filed in the public records of the Circuit Clerk’s office a search warrant return, along with the search warrants and supporting affidavits, accurately informing the Court that Amazon “eventually complied with the search warrants on February 8, 2016, but only supplied a portion of what was requested in both search warrants.” Amazon was not served with a copy of the State’s April 18, 2016 filing.

On June 28, 2016, the Bentonville Police obtained a search warrant for data contained on the defendant’s Echo device, the defendant’s Huawei Nexus cell phone, and the victim’s LG cell phone, all of which had been previously seized. According to a search warrant return filed by the State in the public records of the Circuit Clerk’s office on August 26, 2016, the Bentonville Police were able to “extract the data” from the Echo device and the LG cell phone, but not from the Nexus cell phone.

The June 28, 2016 search warrant return also indicated that the Bentonville Police were unable to extract any data from the defendant’s Nexus cell phone “due to the device being encrypted at the chipset level.” If the defendant had installed the Alexa App, and the cell phone could be accessed, then any stored audio recordings, transcripts of recordings, and records of responses from Alexa would be accessible on the cell phone.

The search warrant to Amazon received widespread coverage by local, national, and international news outlets following a December 27, 2016 article on the technology news website The Information discussing the efforts by the Bentonville Police in this case to obtain data from the Echo device, and warning readers to “*be careful what you say around your Amazon Echo.*”

Soon after the December 27, 2016 article was published, the State informed Amazon that it intended to pursue full compliance with the search warrant. Virtually all of the press coverage has centered on privacy concerns. Indeed, both the State and the defense in this case have made public statements to the press about the matter, and those comments have at times also focused on user privacy.

ARGUMENT

The First Amendment Applies to Alexa’s Audio Recordings and Responses.

Accordingly, Amazon asks the Court, consistent with the rulings of many other courts, to require the State in the first instance to make a heightened showing of relevance and need for any recordings. Specifically, the State must demonstrate:

- (1) a compelling need for the information sought, including that it is not available from other sources; and
- (2) a sufficient nexus between the information and the subject of the criminal investigation.

Once the Echo device detects the wake word, the Alexa Voice Service endeavors to respond to any ensuing voice communications detected in the user’s home. Accordingly, searching Alexa’s recordings is not the same as searching a drawer, a pocket, or a glove compartment. Like cell phones, such modern

“smart” electronic devices contain a multitude of data that can “*reveal much more in combination than any isolated record,*” allowing those with access to it to reconstruct “*the sum of an individual’s private life.*”

The recordings stored by Amazon for a subscriber’s Echo device will usually be both:

(1) the user’s speech, in the form of a request for information from Alexa, and

(2) a transcript or depiction of the Alexa Voice Service response conveying the information it determines would be most responsive to the user’s query.

Both types of information are protected speech under the First Amendment.

1. Amazon Users’ Requests to Alexa Are Protected by the First Amendment

It is well established that the First Amendment protects not only an individual’s right to speak, but also his or her “*right to receive information and ideas.*”¹ At the heart of that First Amendment protection is the right to browse and purchase expressive materials anonymously, without fear of government discovery.²

Amazon customers use their Alexa enabled devices to request a variety of information and expressive material, including “*music playback,*” “*streaming podcasts,*” and “*playing audio books.*” Given these functions, Amazon’s recordings of its customers’ requests for information through the devices are subject to the heightened protections of the First Amendment.

2. Alexa’s Responses to User Queries Are Protected by the First Amendment

In addition to the recordings of user requests for information, Alexa’s responses are also protected by the First Amendment. First, as noted above, the responses may contain expressive material, such as a podcast, an audiobook, or music requested by the user. Second, the response itself constitutes Amazon’s First Amendment-protected speech. In a similar context, courts have recognized that “the First Amendment protects as speech the results produced by an Internet search engine.”³ Alexa’s decision about what information to include in its response, like the ranking of search results, is “*constitutionally protected opinion*” that is “*entitled to ‘full constitutional protection.’*”

The defendant James Bates have agreed to hand over Amazon ‘Echo’ data and Amazon drops privacy rights fight in Arkansas murder case,

Now that Mr. Bates has agreed that the audio recordings are turned over to the police, Amazon “has cover” to turn over the data, said Mark Testoni, President of software company SAP National Security Services, told The Independent.

However, the Amazon Echo murder case is indicative of a broader issue: the privacy concerns of companies and law enforcement investigations.

Another such case was that of Apple resisting the request of the FBI for the company to assist the agency in accessing encrypted Apple devices which had been confiscated during counter-terrorism and criminal investigations. Apple also argued that it would be a violation of the privacy of its users to do so.

However, Mr. Testoni explained, “*we give our privacy over all the time to companies in disclosures on iPhone apps, but we’re reticent for companies to turn that over to the government.*”

¹ Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557, 564 (1969); see also Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 482 (1965) (“The right of freedom of speech and press includes not only the right to utter or to print, but the right to distribute, the right to receive, the right to read ... and freedom of inquiry”).

² See, e.g., McIntyre v. Ohio Elections Common, 514 U.S. 334, 357 (1995); Lamont v. Postmaster Gen., 381 U.S. 301, 307 (1965).

³ Zhang v. Baidu.com Inc., 10 F. Supp. 3d 433, 435 (S.D.N.Y. 2014).

The problem, Mr. Testoni said, is that “new sources of data that weren’t even thought of ten years ago” are having to be regulated by policies and laws formed in the 1980’s that really only related to telecommunications companies phone records.

“So much more data is being collected now” by smart home devices, said Mr. Testoni. He expects that the US will “have to have a healthy public policy debate. Most companies would welcome policy that balances private security and law enforcement activities.”

The underlying problem, according to Mr. Testoni, is formulating policy and regulations that will take into account the rapid forward progress of technology. He explained that many regulations have “barely caught up with the internet and we’ve had that for 25 years.” Until then, he thinks we will see more stories of companies like that of Amazon or Apple resisting the FBI’s request to weaken encryption on devices confiscated in counterterrorism and criminal investigations in order to access them.

Amazon won’t fight the subpoena that had hoped to use information gathered from an Echo speaker in the investigation of a murder case, because the defendant said he wouldn’t mind if the technology giant shared information that may have been gathered by an Amazon Echo smart speaker. Amazon had previously refused to hand over information to the cops, citing First Amendment protections, but has now acquiesced after the defendant gave authorities’ permission to access the data.

It’s a seemingly quiet end to a battle that seemed straight out of a Lifetime movie.

Freedom of Expression: The Philosophical Basis

Probably no other provision of the Constitution of the USA, has given rise to so many different views with respect to its underlying philosophical foundations, and hence proper interpretive framework, as has the guarantee of freedom of expression-the free speech clauses⁴.

The argument has been fought out among the commentators. “*The outstanding fact about the First Amendment today is that the Supreme Court has never developed any comprehensive theory of what that constitutional guarantee means and how it should be applied in concrete cases.*”⁵

Some of the commentators argue in behalf of a complex of values, none of which by itself is sufficient to support a broad-based protection of freedom of expression.⁶ Others would limit the basis of

⁴ While “expression” is not found in the text of the First Amendment, it is used herein, first, as a shorthand term for the freedoms of speech, press, assembly, petition, association, and the like, which are comprehended by the Amendment, and, second, as a recognition of the fact that judicial interpretation of the clauses of the First Amendment has greatly enlarged the definition commonly associated with “speech,” as the following discussion will reveal. The term seems well settled, see, e.g., T. Emerson, *The System of Freedom of Expression* (1970), although it has been criticized. F. Schauer, *Free Speech: A Philosophical Inquiry*, 50-52 (1982). The term also, as used here, conflates the speech and press clauses, explicitly assuming they are governed by the same standards of interpretation and that, in fact, the press clause itself adds nothing significant to the speech clause as interpreted, an assumption briefly defended *infra*, pp.1026-29.

⁵ T. Emerson, *The System of Freedom of Expression* 15 (1970). The practice in the Court is largely to itemize all the possible values the First Amendment has been said to protect. See, e.g., *Consolidated Edison Co. v. PSC*, 447 U.S. 530, 534 -35 (1980); *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765, 776 -77 (1978).

⁶ T. Emerson, *The System of Freedom of Expression* 6-7 (1970). For Emerson, the four values are (1) assuring individuals self- fulfillment, (2) promoting discovery of truth, (3) providing for participation in decisionmaking by all members of society, and (4) promoting social stability through discussion and compromise of differences. For a persuasive argument in favor of an “eclectic” approach, see Shriffrin, *The First Amendment and Economic Regulation: Away From a General Theory of the First Amendment*, 78 Nw. U.L. Rev. 1212 (1983). A compressive discussion of all the theories may be found in F. Schauer, *Free Speech: A Philosophical Inquiry* (1982).

the First Amendment to one only among a constellation of possible values and would therefore limit coverage or degree of protection of the speech clauses.

A broader-grounded view is variously expounded by scholars who argue that freedom of expression is necessary to promote individual self-fulfillment, such as the concept that when speech is freely chosen by the speaker to persuade others it defines and expresses the "self," promotes his liberty⁷, or the concept of "*self-realization*," the belief that free speech enables the individual to develop his powers and abilities and to make and influence decisions regarding his destiny.⁸

The literature is enormous and no doubt the Justices as well as the larger society are influenced by it, and yet the decisions, probably in large part because they are the collective determination of nine individuals, seldom clearly reflect a principled and consistent acceptance of any philosophy.

⁷ E.g., Baker "Process of Change and the Liberty Theory of the First Amendment, 55 S. Cal. L. Rev. 293 (1982); Baker, Realizing Self-Realization: Corporate Political Expenditures and Redish's The Value of Free Speech, 130 U. Pa. L. Rev. 646 (1982).

⁸ Redish, The Value of Free Speech, 130 U. Pa. L. Rev. 591 (1982).

Există o cale de atac împotriva refuzului trimiterii preliminare?

Av. **Manuela GORNOVICEANU**¹

Baroul Dolj

Abstract:

In fact, it is difficult to determine whether or not there is a remedy available to the interested party to whom the request for referral to the Court of Justice of the European Union for a preliminary ruling on the validity or interpretation of Union law has been refused. The answer could also be provided by the Court of Justice of the European Union and also by way of a reference for a preliminary ruling, without excluding the possibility for the national court to recognize the admissibility of an appeal by applying the relevant principles of law of the Union itself, namely the principle of equivalence and the principle of effectiveness.

Of course, the national court may choose to address the Court of Justice of the European Union even on the admissibility of such an appeal, putting an end to uncertainty and providing the answer to the question in the title of the paper.

Keywords: *preliminary reference; appeal; Court of Justice of the European Union; national court.*

Rezumat:

În realitate, este dificil de stabilit dacă există sau nu o cale de atac la îndemâna părții interesate căreia i s-a refuzat solicitarea de sesizare a Curții de Justiție a Uniunii Europene pentru pronunțarea unei hotărâri preliminare referitoare la validitatea sau interpretarea dreptului unional. Răspunsul ar putea fi oferit tot de către instanța Uniunii Europene și tot pe calea trimiterii preliminare, fără e exclude posibilitatea instanței naționale de a recunoaște admisibilitatea unui recurs, aplicând ea însăși principiile de drept al Uniunii relevante, respectiv principiul echivalenței și principiul efectivității.

Instanța națională poate alege să interpeleze CJUE chiar cu privire la admisibilitatea unui astfel de recurs, punând capăt incertitudinii și oferind răspunsul la întrebarea din titlul lucrării.

Cuvinte-cheie: *trimitere preliminară; cale de atac; Curtea de Justiție a Uniunii Europene; instanță națională.*

Apărent, răspunsul la această întrebare este simplu: Nu.

Dacă avem însă în vedere dreptul Uniunii Europene, răspunsul ar putea fi pozitiv.

În realitate, este dificil de stabilit dacă există sau nu o cale de atac la îndemâna părții interesate căreia i s-a refuzat solicitarea de sesizare a Curții de Justiție a Uniunii Europene pentru pronunțarea unei hotărâri preliminare referitoare la validitatea sau interpretarea dreptului unional.

Evident, răspunsul ar putea fi oferit tot de către instanța Uniunii Europene și tot pe calea trimiterii preliminare, fără e exclude posibilitatea instanței naționale de a recunoaște admisibilitatea unui recurs,

¹ E-mail: manuela_gornoviceanu@yahoo.com.

aplicând ea însăși principiile de drept al Uniunii relevante, respectiv principiul echivalenței și principiul efectivității.

Analizând legislația națională – vastă, de altfel, în mai toate materiile, dar extrem de săracă în cea care ne interesează – putem identifica doar Legea nr. 340/2009 privind formularea de către România a unei declarații în baza prevederilor art. 35 paragraful (2) din Tratatul privind Uniunea Europeană, cu două articole împietrite în timp și care par să nu țină cont (în special prin lipsa modificărilor ce s-ar fi impus) de faptul că actul normativ a fost adoptat înainte de Tratatul de la Lisabona.

Conform art. 2 al Legii nr. 340/2009:

„(1) Instanța de judecată, din oficiu sau la cerere, poate solicita Curții de Justiție a Comunităților Europene să se pronunțe cu titlu preliminar asupra unei întrebări ridicate într-o cauză de orice natură și care se referă la validitatea sau la interpretarea unuia dintre actele prevăzute la art. 35 paragraful (1) din Tratatul privind Uniunea Europeană, în cazul în care apreciază că o decizie în această privință este necesară pentru pronunțarea unei hotărâri în cauză.

(2) Dacă cererea este formulată în fața unei instanțe a cărei hotărâre nu mai poate fi atacată prin intermediul căilor ordinare de atac, solicitarea Curții de Justiție a Comunităților Europene de a se pronunța cu titlu preliminar este obligatorie, dacă aceasta este necesară pentru pronunțarea unei hotărâri în cauză.

(3) În cazurile prevăzute la alin. (1), judecata poate fi suspendată, iar în cazurile prevăzute la alin. (2), suspendarea judecării este obligatorie.

(4) În aplicarea art. 104b din Regulamentul de procedură al Curții de Justiție a Comunităților Europene, instanța poate cere, odată cu solicitarea Curții de Justiție a Comunităților Europene, conform prevederilor alin. (1) și (2), în cazurile urgente, aplicarea procedurii de urgență în fața Curții de Justiție a Comunităților Europene.

(5) Încheierea prin care instanța se pronunță asupra suspendării judecării poate fi atacată cu recurs la instanța superioară, în termen de 72 de ore de la pronunțare, pentru cei prezenți, sau de la comunicare, pentru cei lipsă. Calea de atac se soluționează prin încheiere, în camera de consiliu, fără citarea părților; hotărârea este definitivă.

(6) În cauzele penale în care instanța a dispus suspendarea cauzei, art. 303 alin. (6) din Codul de procedură penală se aplică în mod corespunzător.

(7) Judecarea cauzei suspendate se reia după comunicarea hotărârii pronunțate de Curtea de Justiție a Comunităților Europene.

(8) În cazul în care cauza nu a fost suspendată, instanța poate continua judecata pe alte aspecte decât cele semnalate Curții de Justiție a Comunităților Europene. Instanța nu poate încheia dezbaterile înainte de pronunțarea Curții de Justiție a Comunităților Europene.

(9) În cauza în care s-a solicitat Curții de Justiție a Comunităților Europene să se pronunțe cu titlu preliminar, hotărârea acesteia în ceea ce privește stabilirea validității sau interpretarea dată unuia dintre actele prevăzute la art. 35 paragraful (1) din Tratatul privind Uniunea Europeană este obligatorie”.

Față de dispoziția citată, singulară, rezultă că dreptul intern nu prevede o cale de atac împotriva încheierii/hotărârii prin care este respinsă solicitarea sesizării Curții de Justiție a Uniunii Europene, deși conform art. 2 alin. (1) din Legea nr. 340/2009 partea poate formula o astfel de cerere, la fel cum instanța de judecată, din oficiu, poate decide în sensul interpelării instanței Uniunii Europene pentru a se pronunța cu titlu preliminar referitor la validitatea sau interpretarea dreptului Uniunii Europene. Aceasta este

situația, indiferent dacă solicitarea de sesizare este făcută în fața unei instanțe de ultim grad sau a unei instanțe a cărei hotărâre este supusă unei căi de atac.

Aceeași lege prevede la art. 2 alin. (5) că este supusă recursului la instanța superioară, în termen de 72 ore de la pronunțare, încheierea prin care instanța se pronunță *asupra suspendării judecătii*, suspendare care operează facultativ - în cazul în care este sesizată o instanță ce nu este instanță de ultim grad - și obligatoriu - atunci când instanța ce dispune trimiterea întrebărilor preliminare este una ale cărei hotărâri nu sunt supuse niciunei căi de atac.

Legea națională descrie, deci, o cale de atac, a recursului, doar în situația în care s-a dispus suspendarea judecătii, chiar atunci când este obligatorie, întrucât dispozițiile alin. (5) nu fac vreo distincție privitor la exceptarea suspendării obligatorii dintre soluțiile ce pot face obiectul recursului.

În paralel, soluțiile pronunțate de instanțe cu privire la sesizarea Curții Constituționale a României pentru soluționarea unei excepții de neconstituționalitate ridicate în temeiul art. 29 din Legea nr. 47/1992 sunt supuse căii de atac a recursului, indiferent dacă instanța decide admiterea sau respingerea sesizării și fără legătură cu o eventuală dispoziție privind suspendarea judecătii până la soluționarea excepției de neconstituționalitate.

Nu același lucru se poate spune despre hotărârea, inclusiv încheierea, prin care este refuzată sesizarea Curții de Justiție a Uniunii Europene –CJUE-, aceasta putând fi atacată cu apel, potrivit normelor de drept comun, respectiv apel odată cu fondul, în cazul încheierii premergătoare, în sensul art. 408 NCPP și art. 466 NCPC, numai în cazul în care instanța în fața căreia s-a formulat cererea nu este de ultim grad. Pentru instanțele ale căror hotărâri nu sunt supuse niciunei căi de atac, refuzul trimiterii preliminare este definitiv.

Este o astfel de soluție conformă cu exigențele dreptului Uniunii Europene? Poate fi considerată procedura invocării excepției de neconstituționalitate o acțiune similară solicitării trimiterii preliminare? Dacă da, atunci instanța națională ar trebui ca, în temeiul normelor de drept unional, al principiilor cooperării loiale, echivalenței și efectivității, să lase neaplicate reglementările interne privind apelul, valorificându-și, astfel, competențele de legiuitor negativ față de normele de procedură naționale și aplicând, în același timp, dispozițiile procedurale incidente situațiilor similare. Astfel, calea de atac a recursului, reglementat de art. 29 alin. (5) din Legea nr. 47/1992, ar trebui recunoscută și în privința hotărârilor prin care instanțele naționale resping solicitarea de interpelare a CJUE.

Admisibilitatea recursului, în lumina priorității normelor de drept unional față de legea națională se întemeiază pe principiile cooperării loiale, echivalenței și efectivității.

Principiile echivalenței și efectivității nu au fost reglementate expres în cadrul instrumentelor de drept al Uniunii, spre deosebire de principiul cooperării loiale prevăzut în cuprinsul art. 4 alin. (3) TFUE²-Tratatul Fundamental al Uniunii Europene-, însă au reprezentat o consecință a acestuia din urmă³.

² Art. 4 TFUE:

„(...)

(3) În temeiul principiului cooperării loiale, Uniunea și statele membre se respectă și se ajută reciproc în îndeplinirea misiunilor care decurg din tratate.

Statele membre adoptă orice măsură generală sau specială pentru asigurarea îndeplinirii obligațiilor care decurg din tratate sau care rezultă din actele instituțiilor Uniunii.

Statele membre facilitează îndeplinirea de către Uniune a misiunii sale și se abțin de la orice măsură care ar putea pune în pericol realizarea obiectivelor Uniunii”.

³ Mihaela Mazilu-Babel, CJUE. Cauzele Ciup și Câmpăan. Triada principiilor echivalenței, efectivității și cooperării loiale. Aplicarea subsidiară a Cartei DFUE. Limitele autonomiei procedurale, în Revista Pandectele Române nr. 9/2016.

Întreaga construcție are în vedere conceptul de efectivitate a dreptului Uniunii, prin includerea obligației instanței naționale de a asigura eficiența normelor de drept al Uniunii în litigiile cu care sunt învestite. În lipsa unor reglementări exprese privind normele de procedură ce guvernează căile legale pentru aplicarea dreptului Uniunii, în jurisprudența CEJ-Curții Europene de Justiție- (actualmente CJUE) au fost dezvoltate cele două principii, cu efectul limitării autonomiei procedurale a statelor membre în două sensuri: în primul rând, sub aspectul echivalenței (procedurile și regulile naționale ce se aplică drepturilor conferite justițiabililor de legea națională să se aplice în același fel și celor care decurg din dreptul Uniunii), iar în al doilea rând, sub aspectul efectivității, în sensul că acestea nu trebuie să facă imposibilă sau excesiv de dificilă, în practică, exercitarea drepturilor conferite de dreptul Uniunii, printre care se numără și dreptul de acces la Curtea de Justiție a Uniunii Europene pe calea unei trimiteri preliminare.

Principiul autonomiei procedurale naționale se nuanțează, deci, pe aceste repere, statele membre fiind obligate să asigure protecția juridică a drepturilor conferite la nivel unional prin aplicarea regulilor de procedură incidente în dreptul intern unor acțiuni similare, ca o primă cerință.

Jurisprudența CJUE în sensul indicat este conturată în mai multe răspunsuri oferite pe calea trimiterii preliminare, atunci când acțiunile comparate sunt similare. În acest sens, Curtea s-a pronunțat în cauzele C-231/96, C-326/96, C-295-298/04 ș.a. Recent, în hotărârea Curții din 17 martie 2016, C-161/15, s-a reținut:

„29. Trebuie amintit că, potrivit unei jurisprudențe constante a Curții, principiul echivalenței presupune ca norma națională în discuție să se aplice fără distincție atât acțiunilor întemeiate pe drepturile conferite justițiabililor de dreptul Uniunii, cât și celor întemeiate pe nerespectarea dreptului intern care au un obiect și o cauză asemănătoare (Hotărârea din 27 iunie 2013, Agroconsulting-04, C-93/12, EU:C:2013:432, punctul 39). Respectarea acestui principiu implică astfel un tratament egal al acțiunilor întemeiate pe o încălcare a dreptului național și a celor, similare, întemeiate pe o încălcare a dreptului Uniunii (Hotărârea din 6 octombrie 2015, Târșia, C-69/14, EU:C:2015:662, punctul 34).

30. *Aplicată într-o situație cum este cea în discuție în cauza principală, condiția legată de respectarea acestui principiu al echivalenței impune, așadar, că, atunci când dispozițiile dreptului intern cu privire la modalitățile procedurale în materie de recurs conferă unei instanțe care se pronunță în această calitate obligația de a admite sau de a invoca din oficiu un motiv întemeiat pe încălcarea dreptului național, aceeași obligație trebuie să prevaleze în același mod în ceea ce privește un motiv de aceeași natură întemeiat pe încălcarea dreptului Uniunii.*

31. *În consecință, în cazul în care o instanță națională care se pronunță în recurs consideră că motivul întemeiat pe nerespectarea dreptului de a fi ascultat este un motiv de ordine publică internă care poate fi invocat pentru prima dată în fața sa în cadrul unui litigiu guvernat de dreptul intern, principiul echivalenței impune ca, în cadrul acelui litigiu, un motiv similar întemeiat pe încălcarea dreptului Uniunii să poată fi invocat în fața aceleiași instanțe în recurs”.*

Testul echivalenței trebuie făcut prin compararea Legii nr. 340/2009, care nu prevede posibilitatea exercitării unei căi de atac împotriva refuzului trimiterii preliminare, cu art. 29 alin. (5) din Legea nr. 47/1992, conform căruia *„dacă excepția este inadmisibilă, fiind contrară prevederilor alin. (1), (2) sau (3), instanța respinge printr-o încheiere motivată cererea de sesizare a Curții Constituționale. Încheierea poate fi atacată numai cu recurs la instanța imediat superioară, în termen de 48 de ore de la pronunțare. Recursul se judecă în termen de 3 zile”.* În ambele cazuri, hotărârile instanțelor cu competență exclusivă, de contencios constituțional și, respectiv, de interpretare a dreptului Uniunii Europene, pot avea ca efect înlăturarea aplicării normelor pretins neconstituționale sau neconforme, numai că, în timp ce în ipoteza constituționalității, hotărârea instanței în fața căreia se invocă excepția și se solicită sesizarea este supusă

recursului în 48 de ore de la pronunțare, în ipoteza cererii de formulare a unei trimiteri preliminare, hotărârea nu este supusă niciunei căi de atac (independent de calificarea instanței ca fiind de ultim grad sau nu), cu excepția părții ce ar viza suspendarea judecării.

Apreciem că respectarea principiului echivalenței impune aplicarea normelor de procedură prev. de art. 29 din Legea nr. 47/1992 și procedurii trimiterii preliminare, acceptând admisibilitatea recursului împotriva încheierii/hotărârii prin care se respinge cererea de efectuare a unei trimiteri preliminare. Nu se poate identifica, în concret, un raționament valid în sens contrar.

N-ar putea fi invocat, cu titlu de contraargument, nici principiul legalității căilor de atac, deoarece acesta se circumscrie în conceptul mai larg al principiului autonomiei procedurale a statelor membre. Altfel spus, dacă autonomia procedurală este limitată din perspectiva echivalenței, nu se poate justifica înlăturarea echivalenței motivat de autonomia procedurală, respectiv a legalității căilor de atac.

În concluzie, consecința constatării nerespectării principiului echivalenței este obligația instanței de a înlătura de la aplicare dispozițiile din dreptul intern (dreptul pozitiv care reglementează exhaustiv căile de atac) care nu permit folosirea regulilor procedurale prevăzute pentru acțiunea similară și aplicarea acestora cererii întemeiate pe drepturile conferite de dreptul Uniunii.

În subsidiar, adică doar dacă s-ar considera că principiul echivalenței nu impune admisibilitatea căii de atac a recursului în termen de 48 de ore, ce va fi judecat în trei zile, la refuzul de realizare a unei trimiteri preliminare de către o instanță ce nu este ultimă în grad, principiul efectivității impune ca modalitatea procedurală prevăzută de legea națională să nu facă, practic, imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea drepturilor conferite de ordinea juridică a Uniunii⁴.

Dincolo de concluziile ce se desprind din considerentele expuse mai sus relativ la principiul echivalenței, calea de atac a apelului (în cazul deciziilor instanțelor care nu sunt de ultim grad) nu reprezintă un remediu efectiv, „apelul” neavând vocația de a conduce la o valorificare a drepturilor pe care s-a întemeiat cererea. Astfel, instanța de apel nu ar putea să remedieze situația creată prin respingerea sesizării, ci, cel mult, ar putea ea însăși să adreseze întrebări Curții, dar raportat la motivele invocate în cadrul căii de atac a apelului pe fond și nu cu efectul repunerii părților în situația existentă în fața primei instanțe, în primul grad de jurisdicție.

Or, sensul dispozițiilor art. 267 TFUE nu este în nici un caz acela de a institui obligația instanței de ultim grad să sesizeze Curtea atunci când prima instanță nu a făcut-o (ca și o cale de atac), ci acela de a preciza diferența între regulile aplicabile autorităților judiciare din perspectiva obligativității sesizării în funcție de deciziile ce urmează a fi pronunțate. Art. 267 TFUE abilitează orice instanță națională să formuleze o cerere preliminară, garantând totodată faptul că o persoană se poate întemeia pe dreptul Uniunii în mod direct, la orice nivel al sistemului de drept național⁵.

Principiul efectivității implică „o cerință de protecție jurisdicțională, consacrată în cuprinsul art. 47 din cartă, pe care instanța națională este obligată să o respecte”, astfel cum a statuat Curtea prin hotărârea din 6 octombrie 2015, C-61/14:

„48. În ceea ce privește principiul efectivității, Curtea a statuat deja că acesta implică o cerință de protecție jurisdicțională, consacrată la articolul 47 din cartă, pe care instanța națională este obligată să o respecte (a se vedea în acest sens Hotărârea Sánchez Morcillo și Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, punctul 35, precum și jurisprudența citată).

⁴ Hotărârea din 1 iulie 2010, C-35/09, paragraful 41.

⁵ Paul Craig, Grainne de Burca, *Dreptul Uniunii Europene. Comentariu, jurisprudență și doctrină*, Ediția a IV-a, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 621.

49. Astfel, articolul 1 din Directiva 89/665 trebuie interpretat în mod necesar în lumina drepturilor fundamentale care sunt înscrise în cartă, în special dreptul la o cale de atac eficientă în fața unei instanțe judecătorești, prevăzut la articolul 47 din aceasta (a se vedea în acest sens Hotărârea Ryneš, C-212/13, EU:C:2014:2428, punctul 29).

50. În consecință, trebuie să se verifice dacă o reglementare precum cea în discuție în litigiul principal poate fi considerată conformă cu principiile echivalenței și efectivității, precum și cu principiul efectului util al Directivei 89/665”.

La fel, și în ce privește respectarea dreptului la un proces echitabil, consacrat în art. 47 alin. (2) din CDFUE-Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene-, în înțelesul pe care CEDO-Convenția Europeană a Drepturilor Omului l-a conturat în jurisprudența sa⁶.

În mod particular, se observă că, potrivit Legii nr. 340/2009, există posibilitatea atacării cu recurs în 72 de ore de la pronunțare doar a hotărârii prin care se dispune suspendarea judecătii, ceea ce, în mod logic, poate să se întâmple numai ca efect al admiterii trimiterii preliminare. Or, nu se poate discuta în astfel de împrejurări despre proces echitabil și egalitate a armelor, în special în domeniul dreptului penal, unde regula este că astfel de solicitări sunt făcute de către părți (acuzati – în cadrul procedurilor penale), așa încât, în realitate, calea de atac este pusă doar la îndemâna acuzării.

Concluzionând, lipsa unei căi de atac specifice, echivalentă celei din materia contenciosului constituțional, și, respectiv, reglementarea, mai degrabă formală, a unui apel de fond, încalcă în primul rând principiul echivalenței și, în subsidiar sau alternativ, principiul efectivității.

Or, aplicarea prioritară a reglementărilor dreptului Uniunii Europene cu caracter obligatoriu este de necontestat, conform art. 148 din Constituția României⁷.

În acest sens, art. 4 alin. (3) TFUE, art. 47 CDFUE și principiile enunțate fac parte din dreptul primar al Uniunii Europene și au caracter prioritar.

Supremația dreptului Uniunii și cerința ca instanțele naționale să asigure, practic, eficiența acestuia rezultă mai presus de orice îndoială din jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, iar în ce privește România, aceasta a fost consacrată la nivel constituțional și asumată prin aderarea României la tratatele constitutive ale Uniunii Europene.

⁶ Art. 52 alin. (3) din CDFUE - „În măsura în care prezenta cartă conține drepturi ce corespund unor drepturi garantate prin Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, înțelesul și întinderea lor sunt aceleași ca și cele prevăzute de convenția menționată. Această dispoziție nu împiedică dreptul Uniunii să confere o protecție mai largă”.

⁷ Art. 148 din Constituția României – Integrarea în Uniunea Europeană:

„(1) Aderarea României la tratatele constitutive ale Uniunii Europene, în scopul transferării unor atribuții către instituțiile comunitare, precum și al exercitării în comun cu celelalte state membre a competențelor prevăzute în aceste tratate, se face prin lege adoptată în ședința comună a Camerei Deputaților și Senatului, cu o majoritate de două treimi din numărul deputaților și senatorilor.

(2) Ca urmare a aderării, prevederile tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, precum și celelalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu, au prioritate față de dispozițiile contrare din legile interne, cu respectarea prevederilor actului de aderare.

(3) Prevederile alineatelor (1) și (2) se aplică, în mod corespunzător, și pentru aderarea la actele de revizuire a tratatelor constitutive ale Uniunii Europene.

(4) Parlamentul, Președintele României, Guvernul și autoritatea judecătorească garantează aducerea la îndeplinire a obligațiilor rezultate din actul aderării și din prevederile alineatului (2).

(5) Guvernul transmite celor două Camere ale Parlamentului proiectele actelor cu caracter obligatoriu înainte ca acestea să fie supuse aprobării instituțiilor Uniunii Europene”.

Dacă toate cele arătate anterior sunt valabile în ce privește soluția adoptată de o instanță ce nu este de ultim grad, în cazul hotărârilor (inclusiv încheierile) instanțelor de ultim grad nu există nici măcar posibilitatea exercitării apelului ordinar, fiind cu atât mai clară încălcarea principiilor de drept antemenționate.

Prin Decizia Curții Constituționale din 9 mai 2017 de admitere a excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 21 și 24 din Legea nr. 304/2004 (nepublicată încă în Monitorul Oficial), s-a reținut că recursul prev. de art. 29 alin. (5) teza a II-a din Legea nr. 47/1992 este „o cale de atac cu o fizionomie juridică proprie și cu un obiect specific constând în verificarea legalității soluției de respingere a cererii de sesizare a Curții Constituționale”.

Așadar, nu poate fi ignorat caracterul special al acestei căi de atac față de dispozițiile de drept comun, astfel cum pot fi calificate cele privind apelul.

Referitor la reglementarea la nivel constituțional a principiului legalității căilor de atac⁸, drepturile invocate din perspectiva protecției oferite de Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene și Convenția Europeană a Drepturilor Omului sunt unele care determină interpretarea dispozițiilor constituționale în conformitate cu aceste tratate și convenții.

Potrivit art. 20 alin. (1) din Legea fundamentală, „dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile cetățenilor vor fi interpretate și aplicate în concordanță cu Declarația Universală a Drepturilor Omului, cu pactele și cu celelalte tratate la care România este parte”.

De asemenea, cum am arătat, autonomia procedurală a statelor membre suportă limitări ca urmare a echivalenței și efectivității, fără deosebire după cum dispoziția internă ar fi prevăzută într-o normă de rang constituțional sau inferior. Un astfel de conflict nu intervine însă atunci când chiar Constituția impune o interpretare a propriilor sale dispoziții conformă cu tratatele și convențiile la care România este parte.

CONCLUZII

- Procedura invocării excepției de neconstituționalitate în fața instanței și solicitarea de sesizare a Curții Constituționale este similară cu procedura solicitării unei trimeri preliminare pentru verificarea validității sau interpretarea dreptului Uniunii Europene către CJUE, însă, dacă în primul caz există o cale de atac în situația respingerii, în al doilea caz – o astfel de cale nu există;

- Remediul procedural pentru respectarea principiilor echivalenței și efectivității, astfel cum acestea au fost consacrate în jurisprudența CJUE, este înlăturarea normelor naționale ce nu permit accesul la o astfel de cale de atac și aplicarea regulilor procedurale din acțiunea similară;

- Fundamentul juridic al unui astfel de mecanism derivă din supremația dreptului unional, acceptată prin tratatul de aderare și consacrată la nivel constituțional;

- Chiar dispozițiile constituționale (art. 129 din Legea fundamentală) trebuie să fie interpretate și aplicate în concordanță cu dreptul Uniunii Europene atunci când acesta vizează drepturile și libertățile cetățenilor, drepturile descrise de art. 47 din CDFUE făcând parte din această categorie.

- Principiul autonomiei procedurale a statelor membre nu este absolut, ci suportă limitări, în sensul celor precizate anterior.

Desigur, instanța națională poate alege să interpeleze CJUE chiar cu privire la admisibilitatea unui astfel de recurs, punând capăt incertitudinii și oferind răspunsul la întrebarea din titlul lucrării.

⁸ Art. 129 din Constituția României.

Legislația Profesiei de Avocat. Necesitatea unor modificări principiale

Av. Dan-Sebastian Chertes¹
Baroul Cluj

Abstract:

Every profession needs a legal framework based on principles. Without denying that the legislation of the profession of lawyer is subject to this fundamental rule, we will show below according to which principles it is necessary to bring about certain legislative changes.

Keywords: *profession of lawyer; legislative changes; governing bodies; National Union of Romanian Bars.*

Rezumat:

Oricărei profesii îi este necesar un cadru legislativ bazat pe principii. Fără a nega faptul că legislația profesiei de avocat se supune acestei reguli fundamentale, în cele ce urmează vom arăta conform căror principii sunt necesare a fi aduse anumite modificări legislative.

Cuvinte-cheie: *profesia de avocat; modificări legislative; organe de conducere; Uniunea Națională a Barourilor din România.*

I. COORDONATE

Oricărei profesii îi este necesar un cadru legislativ bazat pe principii. Fără a nega faptul că legislația profesiei de avocat se supune acestei reguli fundamentale, în cele ce urmează vom arăta conform căror principii sunt necesare a fi aduse anumite modificări legislative.

Majoritatea modificărilor ce vor fi prezentate *infra*² au făcut obiectul discuțiilor unei Comisii formate din 13 avocați din cadrul Baroului Cluj (din care a făcut parte și subsemnatul în calitate de președinte al acestei Comisii³), care în cadrul a opt ședințe desfășurate la sediul Baroului Cluj în perioada martie, 2016 – martie, 2017 a analizat aceste modificări, stabilind forma finală a unui Proiect de modificare a legislației profesiei⁴ prin raportare la Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, republicată, cu modificările și completările ulterioare, la Statutul din 2011 al profesiei de avocat și la Legea nr. 72/2016 privind sistemul de pensii și alte drepturi de asigurări sociale ale avocaților.

E necesară însă precizarea că prezentul articol reprezintă poziția autorului cu privire la necesitatea înnoirii legislației profesiei, nefiind neapărat și poziția membrilor Comisiei mai sus amintite.

¹ E-mail: dan.chertes@gmail.com.

² Analiza nu va indica neapărat textele legale care necesită a fi modificate, din motive de fluentă a argumentului.

³ Comisia a fost numită prin hotărârea Adunării Generale a Avocaților din Baroul Cluj din data de 26.02.2016.

⁴ Disponibil online la adresa: <https://avocaturaltfeldotro.files.wordpress.com/2017/05/proiect-de-hotarare-a-consiliului-baroului-cluj-modificare-lege-51-statut-lege-72-26-05-2017.pdf>. Pentru detalii asupra modificărilor discutate aici, a se vedea pe larg forma online a Proiectului.

II. DE LEGE FERENDA

2.1. Transparența decizională

Un prim principiu care ar trebui reflectat de prevederile legislației profesiei privește transparența decizională. Orice decizie a organelor de conducere locale (barou) sau centrale (UNBR) trebuie să fie accesibilă oricărui avocat.

În acest sens, pentru o evidență unitară ar fi oportună înființarea unui „monitor oficial” al tuturor hotărârilor adoptate de organele de conducere ale profesiei, de la înființarea UNBR la zi (hotărârile Consiliului UNBR, ale Comisiei Permanente, ale Congresului Avocaților, ale președintelui UNBR, ale consiliilor barourilor, ale decanilor, ale adunărilor generale ale barourilor, ale comisiei centrale de disciplină, ale comisiilor de disciplină ale barourilor etc.) Nu ar fi de neglijat nici necesitatea publicării în același mod a bugetelor barourilor și a UNBR (precum și a CAA), într-un format cât mai detaliat, pentru cunoașterea de către avocați a modului de cheltuire a banilor plătiți de aceștia sub formă de contribuții.

2.2. Accesul avocaților tineri în organele de conducere ale profesiei

Pentru a lărgi sfera persoanelor cu drept de a fi alese în organele profesiei și pentru a da posibilitatea tinerilor de a se implica în activitatea de îmbunătățire a profesiei este necesară scăderea vârstei de la care un avocat are dreptul de a candida pentru funcțiile alese prin vot. Astfel, pentru candidatura la funcția de decan vechimea necesară ar trebui să fie de 8 ani, nu de 10 iar pentru cea de consilier, de 6 ani, nu de 8. Pentru aceleași argumente ar fi necesară scăderea vechimii în profesie și pentru candidații comisiilor de disciplină ale barourilor și a comisiei centrale de disciplină.

În argumentarea prezentei propuneri s-a avut în vedere o analiză a legislației profesiilor juridice, pornind chiar de la prevederile Constituției. Astfel, sunt de avut în vedere următoarele vârste de accedere în funcții de conducere:

– Conform art. 37 alin. 2 din Constituție: „Candidații trebuie să fi împlinit, până în ziua alegerilor inclusiv, vârsta de **cel puțin 23 de ani** pentru a fi aleși în Camera Deputaților sau în organele administrației publice locale”.

– Aceeași limită de vârstă este impusă prin art. 5 alin. 7 din Legea nr. 33/2007 privind organizarea și desfășurarea alegerilor pentru parlamentul European.

– Conform art. 50 din Legea nr. 304/2004 privind statutul magistraților:

„(1) Pentru numirea în funcții de conducere, sunt necesare următoarele condiții minime de vechime:

a) pentru funcția de președinte și vicepreședinte de judecătorie, prim-procuror al parchetului de pe lângă judecătorie și adjunct al acestuia, o vechime de **5 ani în funcția de judecător sau procuror;**

b) pentru funcția de președinte și vicepreședinte de tribunal sau tribunal specializat, precum și președinte de secție la tribunal, prim-procuror al parchetului de pe lângă tribunal sau al parchetului de pe lângă tribunalul pentru minori și familie, adjunct al acestuia și procuror șef secție al parchetului de pe lângă tribunal sau al parchetului de pe lângă tribunalul pentru minori și familie, o vechime de **6 ani în funcția de judecător sau procuror;**

c) pentru funcția de președinte, vicepreședinte, președinte de secție la curtea de apel, procuror general al parchetului de pe lângă curtea de apel și adjunct al acestuia, procuror șef secție al

*parchetului de pe lângă curtea de apel, o vechime de **8 ani în funcția de judecător sau procuror.***"

Observăm că este suficientă o vechime de 8 ani în profesie pentru a putea candida pentru funcția de președinte al Curții de Apel, precum și de procuror general al Parchetului de pe lângă Curtea de Apel, motiv pentru care considerăm că această vechime este suficientă și pentru funcția de decan.

– Art. 52 alin. 8 din Legea nr. 36/1995 a notarilor publici stabilește că: „În organele de conducere ale Uniunii pot fi aleși notarii publici în funcție, cu o vechime efectivă în profesie de **cel puțin 8 ani la data alegerii.**”

2.3. Democrație reală: Alegerea organelor de conducere. Norma de reprezentare în Congres și în Consiliul UNBR. Accesul efectiv la un for decizional

2.3.1. Alegerea reprezentanților barourilor în Consiliul UNBR

Un prim deziderat este acela al alegerii reprezentanților fiecărui barou în Consiliul UNBR de adunarea generală a baroului din care aceștia fac parte. Apare firesc ca aceștia să fie aleși de cei pe care îi reprezintă în Consiliul UNBR, adunarea generală a fiecărui barou cunoscându-și mult mai bine avocații din propriul barou decât i-ar putea cunoaște membrii Congresului pe fiecare candidat din fiecare barou, în parte. Un astfel de sistem ar evita re alegerea perpetuă reciprocă a membrilor Consiliului UNBR, care membri fac parte de drept din Congres (conform art. 62 alin. 1 Legea nr. 51/1995). O astfel de carență sistemică duce la scăderea încrederii în organele de conducere ale profesiei, creându-se o puternică suspiciune de castă închisă, care va avea tendința luării deciziilor în favoarea „celor puțini și privilegiați”, nu a „celor mulți” pe care îi reprezintă.

2.3.2. Alegerea președintelui și vicepreședinților UNBR de către Congres

Reglementarea legislativă actuală restricționează posibilitatea reprezentanților tuturor barourilor din țară în Congres de a desemna, în conformitate cu calitatea sa de organ suprem de conducere a profesiei de avocat, conducătorul profesiei de avocat (precum și a vicepreședinților). Din punct de vedere democratic este mult mai firesc ca alegerea președintelui și vicepreședinților UNBR să se facă de către Congres, nu de către Consiliul UNBR.

În aceeași măsură, ar fi firesc limitarea mandatelor președintelui UNBR la un număr de două, la fel ca în cazul decanului, neexistând nicio rațiune democratică pentru care conducătorul unui organ decizional local să aibă mandatele limitate, dar conducătorul organului decizional central să nu se supună acestei reguli.

2.3.3. Norma de reprezentare în Congres și în Consiliul UNBR

Limitarea delegaților în Congres și a membrilor în Consiliul UNBR la 50% din total, pentru un barou are în vedere evitarea luării deciziilor de un singur barou din țară, respectiv baroul cu cei mai mulți membri. La fel cum sistemul american de reprezentare în cadrul organelor legislative a fost conceput pentru a împiedica „tirania” demografică a statelor mai populate față de cele mai mici, prin impunerea arbitrară a voinței acestora, la fel se impune și în cadrul Congresului și a Consiliului UNBR o echilibrare de forțe.

2.3.4. Accesul efectiv la un for decizional

Pentru ca propunerile membrilor UNBR să nu se lovească de o eventuală cenzură a organelor decizionale „mici” (consiliul baroului, respectiv Consiliul UNBR) este necesar ca legislația profesiei să creeze o modalitate efectivă de acces la un forum decizional „suprem” de la nivel local și central.

Astfel, sub un prim aspect ar fi necesară completarea competenței adunării generale a avocaților dintr-un barou, în sensul în care propunerile membrilor baroului să poată fi discutate în cadrul acesteia. În această idee, orice propunere a unui număr de avocați cel puțin egal cu numărul de consilieri din baroul respectiv este necesar a fi analizată în cadrul adunării generale, prin înscrierea ei pe ordinea de zi, fie prealabil, fie la momentul desfășurării adunării, pentru a fi soluționată prin votul majorității membrilor prezenți în adunarea generală.

Sub un al doilea aspect, ar fi necesară completarea atribuțiilor Congresului avocaților, pentru o mai mare accesibilitate în cadrul acestuia a propunerilor transmise de adunarea generală a oricărui barou component al UNBR. În acest sens, este necesară completarea atribuțiilor Congresului pentru ca modificarea Statutului profesiei și a Statutului Casei de Asigurări a Avocaților să se poată face și în urma unei propuneri venite în baza unei hotărâri a adunării generale a oricărui barou component.

2.4. Un sistem de pensii echitabil și echilibrat, raportat la modul de stabilire a contribuțiilor

Suntem într-un tot de acord cu faptul că orice discuție privind modificări legislative ale modului de contribuție la sistemul de pensii trebuie să aibă **o dublă valență**: principială și financiară. Chiar dacă principial am ajunge la o concluzie favorabilă unui nou model de abordare a plății contribuțiilor, dacă financiar el nu ar avea susținere, discuția se mută pe tărâmul oportunității. Prin urmare, modificările pot fi principial corecte, dar neoportune financiar. Mai simplu, dacă principial ar fi corectă eliminarea pragului minim, dar financiar ar fi o măsură dezastruoasă pentru sistem, modificarea ar fi inoportună la acest moment.

2.4.1. Eliminarea pragului minim de contribuție la sistemul de pensii și eventuala majorare a pragului maxim

Principial este corect și nediscriminatoriu să se calculeze contribuția individuală la sistemul de pensii prin raportare la venitul efectiv realizat, fără a se stabili un plafon minim de contribuție, quantumul pensiei urmând să se calculeze în funcție de contribuția efectivă. De asemenea, este corect a se stabili un plafon maxim, având în vedere că peste un anumit plafon contribuția procentuală din venitul efectiv realizat nu poate genera o pensie la valoarea respectivei contribuții.

Contribuția procentuală la sistemul de pensii prin raportare la venitul efectiv realizat de avocatul definitiv concomitent cu eliminarea cotei minime de contribuție este echitabilă pentru a nu defavoriza (prin contribuția minimă obligatorie) avocații aflați în situația realizării unor venituri sub acest prag, având în vedere și caracterul liberal al profesiei, care poate genera foarte des venituri inconstante.

Înlăturarea pragului este o măsură menită și să protejeze avocatul din perspectiva demnității exercitării profesiei, evitând astfel crearea unor situații-limită, reflectate, de exemplu, prin acceptarea unor onorarii prea mici pentru o muncă complexă și de lungă durată, doar pentru a avea posibilitatea plății contribuțiilor, în vederea evitării suspendării din profesie sau a cumulării penalităților.

Eventuala critică a prezentei propuneri în sensul creării unei protecții față de avocații cu venituri mici este nesusținută, dacă această „protecție” se reflectă, în final, conform contribuțiilor **în quantumul ulterior al pensiei**.

Măsura poate fi dublată de majorarea pragului maxim, în vederea susținerii finanțării sistemului prin contribuțiile celor care au venituri peste acest prag, sub rezerva corelării majorării pragului cu pensia la care ulterior asiguratul va fi îndreptățit.

Chiar dacă eliminarea pragului minim s-ar dovedi o variantă nefiabilă financiar raportat la sustenabilitatea și finanțarea sistemului de pensii, credem că acesta trebuie fundamental regândit pentru ca modul de management al contribuțiilor să nu se mai bazeze pe principiul „*plătesc alții pentru noi la momentul pensiei*”, ci să reflecte un management individual, preferabil cu o posibilă intervenție parțială din partea asiguratului, al modului de administrare a contribuțiilor fiecărui asigurat în parte.

2.4.2. Caracterul opțional al contribuției avocaților stagieri la sistemul de pensii

Exceptarea avocaților stagieri de la plata contribuțiilor la sistemul de pensii ar fi benefic acestora în ideea acumulării de capital la începutul carierei. „Sanctiunea” acestei scutiri se reflectă în necalcularea vechimii la stagiul de cotizare pe perioada stagiaturii, neexistând astfel o discriminare pozitivă a acestora în raport cu avocații definitivi. O astfel de exceptare nu trebuie să fie imperativă, avocații stagieri putând opta pentru plata acestei contribuții, cu luarea în calcul a contribuției în acest caz la stagiul de cotizare.

Raportul dintre stagiarii existenți (care ar putea fi neplătitori pe perioada stagiului) și restul avocaților care contribuie la sistemul de pensii este unul care, aparent, nu ar duce la destabilizarea sistemului de pensii nici acum, nici pe termen mediu și/sau lung. Astfel, conform raportului anual 2016 a Casei de Asigurați a Avocaților din România (pag. 81), prezentat în cadrul Congresului Avocaților din 2017, la nivelul UNBR la data de 31.12.2016, existau 22.974 avocați activi, din care 21.739 avocați definitivi și **1.235 avocați stagieri**. Prin urmare, procentual, la nivel național, avocații stagieri sunt 5,37%.

2.5. Modernizarea profesiei

2.5.1. Profesia online

Falsa impresie că deținerea de către UNBR a unui domeniu de internet și a unui site funcțional ne-a modernizat ca profesie, respectiv a adus profesia în prezent poate duce la o autosuficiență periculoasă. Există, este adevărat, și alte tendințe de modernizare distinct de cea sus menționată, tendințe de „reînnoire a **tehnicii de calcul**”, după cum se susținea la un moment dat într-un document oficial UNBR.

Cu toate acestea, aducerea profesiei în prezent nu trebuie și nu se poate limita doar la achiziționarea unor laptopuri sau softuri LA ZI sau de crearea unor baze de date unitare. Este un început promițător, dar nu suficient.

Dincolo de generalizarea transmiterii/primirii oricăror documente/cereri de organele profesiei către/dinspre avocați prin intermediul e-mailului, modalitate rapidă de comunicare și cu costuri reduse în privința suportului folosit și a modului de transmitere este necesară abordarea anumitor soluții online pentru eficientizarea activității avocaților.

Pentru a lua doar un exemplu, ne referim la site-urile/afacerile private care oferă în prezent o „punte” online activă, nu pasivă⁵ între avocat și client (ex: <http://www.avocato.ro>). În acest sens, apare o „mișcare strategică” în aceeași cheie oferirea de organele centrale și/sau locale de conducere pentru toți

⁵ În acest sens, soluția „Info avocat” disponibilă pe site-ul UNBR (<http://uniuneabarourilor.ro/info-avocat/>) pare să fie un eșec, posibil și pentru că aceasta nu oferea o comunicare client-avocat directă și activă, ci una indirectă.

avocații membri, a unui serviciu similar gratuit, prin care toți avocații activi să aibă posibilitatea să fie contactați cu o problemă juridică concretă de către potențialii clienți.

Evident, soluțiile online de eficientizare a profesiei sunt numeroase, dar prezentul articol nu face obiectul detaliilor lor.

2.5.2. „DezINPPAizarea” profesiei. Alternative

INPPA s-a dovedit de la înființarea acestuia cel puțin un semieșec sub aspectul atingerii scopului final: avocați bine pregătiți profesional⁶. Posibil ca acest rezultat să se datoreze caracterului obligatoriu al punctajului profesional. Posibil să fie consecința unei mediocre pregătiri inclusiv a unora dintre lectorii INPPA sau cel puțin a unei lipse de tact didactic a unora dintre aceștia. În mod sigur sistemul „*bani contra puncte de pregătire profesională*”, generalizat prin plata unor cursuri de pregătire profesională pentru care se acordă punctele, fără ca avocatul să devină mai pregătit în urma acestora nu asigură o reală profesionalizare a avocaturii.

Pe de altă parte, și nesancționarea lipsei pregătirii profesionale (lipsei punctajului aferent perioadei de trei ani) a generat senzația puternică a *formei fără fond*. La urma urmei, *unde mai este caracterul obligatoriu al pregătirii profesionale, dacă acesta nu ajunge a fi impus prin sancțiuni, acolo unde el nu este respectat?* Întrebarea vine nu dintr-o poziție în favoarea unui astfel de sistem, ci din necesitatea reflectării ineficienței acestuia.

În opinia noastră, există cel puțin două modalități de abordare, în viitor, a pregătirii profesionale continue:

1. Sancționarea (pecuniar sau disciplinar) a lipsei pregătirii profesionale continue obligatorii, pentru a da eficiență prevederilor legale în vigoare, concomitent cu ridicarea nivelului de pregătire a lectorilor INPPA.

2. Desființarea **obligativității** pregătirii profesionale, dar menținerea sistemului actual de pregătire prin raportare la punctajele acordate și a modalităților de pregătire (concomitent cu ridicarea nivelului de pregătire a lectorilor INPPA). Eventuala diferență dintre avocații care doresc să realizeze opțional o pregătire profesională în oricare dintre modurile stabilite de Statut și cei care nu doresc acest lucru va fi făcută de înscrierea punctajului de pregătire profesională, într-o rubrică distinctă, în tabloul avocaților, pe fiecare an în parte.

Într-o profesie matură, pregătirea opțională ar fi varianta agreată și adoptată de majoritatea avocaților.

2.6. Implicarea în problemele sociale ale comunității

Nu în ultimul rând, un alt mod în care o profesie își poate dovedi maturitatea și umanismul are în vedere implicarea în problemele comunității din care face parte, fie prin asistență juridică gratuită voluntară⁷, fie prin orice alte acțiuni nejuridice de implicare gratuită voluntară.

Avocatura PRO BONO are la nivelul legislației profesiei o poziție excesiv de instituționalizată și birocratizată, avocatul nefiind în situația de a putea decide singur când poate să acorde o astfel de asistență, fiind necesară încuviințarea decanului. Așadar, încrederea organelor profesiei acordată individual

⁶ Propuneri formulate cu privire la reformarea INPPA au fost reținute inclusiv prin Hotărârea nr. 9/2017 a Congresului Avocaților din 23.-25.03.2017.

⁷ Pentru o poziție privind necesitatea avocaturii PRO BONO în România, a se vedea „Avocatura PRO BONO – indicator al funcționării profesiei într-o democrație reală”: http://actedo.org/wp-content/uploads/2015/12/ AVOCATURA-PRO-BONO_fin.pdf

fiecărui avocat este aproape inexistentă, reglementarea actuală pornind ori de la o prezumție absolută de incompetență a avocatului de a putea stabili cărui client îi poate acorda asistență gratuită și căruia nu, ori de la o prezumție absolută de rea-credință sau chiar una de comportament ilicit, bănuind avocatul că în spatele unui contract PRO BONO se ascunde de fiecare dată nedeclararea unui onorariu încasat și nefiscalizat.

Prin urmare, având în vedere că avocatul este liber să-și organizeze timpul și munca după cum dorește, că își poate evalua singur costul muncii pe care urmează să o presteze, precum și că este firesc să se implice în anumite situații speciale de acordare a asistenței juridice în mod gratuit, interdicția indirectă de a acorda asistență PRO BONO fără aprobarea decanului este excesivă și disproporționată.

Cu atât mai absurd este ca față de persoanele cu care avocatul este în relații de prietenie apropiată sau de rudenie, căsătorie sau asimilate căsătoriei acestuia să i se pretindă, pentru acordarea asistenței juridice, perceperea unui onorariu, fie el chiar derizoriu.

Mai mult, există o soluție eficientă, credem noi, de control instituțional a avocaturii PRO BONO. Astfel, reglementarea legală poate prevedea ca aceste contracte să se declare lunar baroului din care avocatul face parte, urmând ca baroul să țină un registru special al acestor contracte, menționându-se avocatul care le-a declarat și numărul lunar al acestora.

O astfel de modificare a debirocratizării avocaturii PRO BONO ar fi benefică și în contextul atitudinii internaționale față de aceasta, fiind încurajată în aproape toate statele cu lungă tradiție democratică, precum și în contextul oferirii unei cât mai mari protecții a dreptului de acces liber la justiție.

III. CONCLUZII

Oricând modificările privind legislația profesiei vor avea în vedere principii fundamentale corecte, șansele de reușită ale acestora vor fi mari, reglementând indirect și situații particulare ce nu pot fi avute în vedere la momentul modificării datorită constantei evoluții a lumii în care trăim. Oricând modificările vor viza situații particulare sau interese de grup, acestea vor ajunge să genereze un recul care, de cele mai multe ori, se va dovedi nociv și disproporționat prin raportare la scopul inițial, aparent, bine intenționat.

Măsurile preventive privative de libertate – condițiile și cazurile de aplicare

Av. Dragoș Stoenac
Baroul Dolj

Abstract

For a better management of the criminal trial, preventive measures must be taken into consideration. The main purpose of preventive measures is to freeze the criminal activity of the defendant and to prevent the commission of new crimes. This article presents a brief analysis of the two of the most important preventive measures which refers to preventive detention and home arrest.

Keywords: *criminal trial, preventive measures, detention, home arrest.*

Măsurile preventive sunt măsuri procesuale cu caracter de constrângere, ce au rolul de a restricționa libertatea celor asupra cărora există suspiciunea că au săvârșit o faptă prevăzută de legea penală, pentru a asigura buna desfășurare a procesului penal.¹

Măsurile preventive se pot dispune dacă sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiții²:

- Să existe probe sau indicii temeinice din care să rezulte suspiciunea rezonabilă că o persoană a săvârșit o infracțiune;
- Sunt necesare în scopul:
 - asigurării bunei desfășurări a procesului penal;
 - împiedicării sustragerii suspectului ori a inculpatului de la urmărirea penală sau de la judecată;
 - prevenirii săvârșirii de noi infracțiuni.
- Să nu existe o cauză care să împiedice punerea în mișcare a acțiunii penale. Trebuie precizat faptul că această condiție se verifică ori de câte ori se dispune confirmarea, prelungirea sau menținerea unei măsuri preventive.

Măsurile preventive sunt **privative** de libertate, cum este cazul reținerii, al arestului la domiciliu și al arestării preventive și **restrictive** de libertate, cum este cazul controlului judiciar și al controlului judiciar pe cauțiune.

În funcție de calitatea pe care o are persoana față de care se dispune măsura preventivă, organul judiciar poate dispune, în cazul suspectului doar măsura reținerii și în cazul inculpatului oricare dintre măsurile preventive.

Măsurile preventive se pot dispune numai după începerea procesului penal, adică a începerii urmăririi penale și pot fi aplicate pe tot parcursul acestuia până când hotărârea rămâne definitivă.

O condiție specială ce trebuie îndeplinită pentru a se putea dispune luarea măsurilor preventive este ascultarea suspectului sau a inculpatului înainte de momentul luării măsurii. În acest sens, art. 209 alin 5

¹ Carmen-Silvia Paraschiv, *Fișe de procedură penală*, Ed. Hamangiu, București, 2016.

² Art. 202 Cod procedură penală.

C.p.p. prevede că: „Măsura reținerii poate fi luată numai după audierea suspectului sau inculpatului, în prezența avocatului ales ori numit din oficiu.”, art. 212 alin. 3 C.p.p. prevede că: „Măsura controlului judiciar poate fi luată numai după audierea inculpatului, în prezența avocatului ales ori numit din oficiu.”, iar art. 225 alin. 7 C.p.p. prevede că: „Judecătorul de drepturi și libertăți îl audiază pe inculpatul prezent despre fapta de care este acuzat și despre motivele pe care se întemeiază propunerea de arestare preventivă formulată de procuror.”

În continuarea celor expuse mai sus, trebuie precizat faptul că măsurile preventive pot fi dispuse și fără îndeplinirea condiției speciale atunci când:

- Suspectul sau inculpatul lipsește nejustificat, este dispărut sau se sustrage;
- Când din cauza stării de sănătate, din cauză de forță majoră sau stare de necesitate nu se prezintă sau nu poate fi adus în fața judecătorului;
- Când se invocă dreptul la tăcere.

În continuare vor fi analizate măsurile preventive privative de libertate, respectiv condițiile și cazurile de aplicare ale acestora prin prisma practicii instanțelor și a Curții Europene a Drepturilor Omului.

Măsurile preventive au caracter temporar și reversibil, putând fi revocate ori înlocuite ori de câte ori se constată că împrejurările de fapt ori de drept care au determinat luarea lor s-au modificat ori au dispărut, și totodată acestea sunt prin natura lor adiacente față de activitatea principală, anume efectuarea actelor procesuale și procedurale care au ca scop stabilirea existenței faptelor penale, identificarea făptuitorilor și stabilirea răspunderii penale potrivit vinovăției acestora.

Măsurile preventive și prezumția de nevinovăție.

Recunoașterea prezumției de nevinovăție nu exclude luarea măsurilor preventive, ci garantează că acestea nu vor fi luate decât în cadrul și în condiții rigurose prevăzute de normele constituționale și de dispozițiile procedurii penale. Concilierea dintre existența și aplicarea măsurilor preventive privative de libertate și recunoașterea și prezența perpetuă a prezumției de nevinovăție pe tot parcursul procesului penal se realizează prin observarea dinamicii acesteia din urmă, a modului în care, dintr-o noțiune abstractă cu valoare de garanție a drepturilor fundamentale ale individului, aceasta capătă substanță pe măsura derulării procesului penal. În cursul procesului penal, forța prezumției de nevinovăție scade sau crește, în funcție de probatoriul efectuat, ajungând în final, la stadiul de certitudine a nevinovăției sau, dimpotrivă, la negarea sa completă.³

În cazul în care măsura preventivă este privativă de libertate, devine incident art. 5 parag. 1 lit. c) CEDO, conform căruia: *“Orice persoană are dreptul la libertate și la siguranță. Nimeni nu poate fi lipsit de libertatea sa, cu excepția următoarelor cazuri și potrivit căilor legale:*

c. dacă a fost arestat sau reținut în vederea aducerii sale în fața autorității judiciare competente, atunci când există motive verosimile de a se bănui că a săvârșit o infracțiune sau când există motive temeinice ale necesității de a-l împiedica să săvârșască o infracțiune sau să fugă după săvârșirea acesteia”

Astfel, art. 5 CEDO garantează dreptul la libertate și la siguranță. În lumina aceluiași articol, prin alin. 1 lit. c), se instituie o excepție de la aceasta garanție, arestarea sau reținerea unei persoane în vederea aducerii sale în fața autorității judiciare competente, atunci când există motive verosimile de a se bănui că a săvârșit o infracțiune sau când există motive temeinice ale necesității de a-l împiedica să săvârșască o

³ ICCJ, Secția penală, Decizia nr. 4284/2009, disponibilă pe www.scj.ro sau în Mihail Udrioiu, *Fișe de procedură penală partea generală*, Ed. Universul Juridic, București 2016, p. 335.

infracțiune sau să fugă după săvârșirea acesteia. În oricare dintre aceste situații privarea de libertate are un scop bine determinat, anume aducerea acestei persoane în fața autorității judiciare competente.

În ceea ce privește motivele verosimile care justifică deținerea unei persoane, prima situație prevăzută de textul Convenției este aceea în care persoana poate fi reținută când există motive verosimile de a se bănuși că a săvârșit o faptă incriminată de normele interne de drept penal. Astfel, în măsura în care arestarea s-a făcut pentru fapte imputate persoanei arestate ce nu sunt prevăzute în legea penală națională, privarea de libertate nu-și mai găsește justificarea în textul evocat⁴.

În ceea ce privește a doua situație din textul art. 5 parag. 1 lit. c) CEDO, aceasta prevede situația în care există motive temeinice spre a se crede că măsura are a fi luată spre a împiedica persoana să comită o infracțiune. Se instituie astfel un mijloc de a împiedica persoana să săvârșască o infracțiune **concretă și determinată**⁵. *Acest temei de privare de libertate se referă la date obiective care privesc iminența săvârșirii altei infracțiuni, ceea ce presupune referirea lor la o activitate anume a inculpatului, univocă, care determină obiectiv menținerea măsurii arestării ca singură modalitate de împiedicare.*⁶

Curtea de Apel Craiova a reținut în Decizia penală nr. 231 din 29 aprilie 2016 că: „Măsurile preventive dispuse în cursul procesului penal trebuie să răspundă unei duble exigențe, vizând caracterul proporțional și necesar al acestora în raport de scopurile reglementate de dispozițiile art. 202 C.p.p. Verificarea acestor cerințe prevăzute de lege este o operațiune care se realizează cu ocazia fiecărei prelungiri sau mențineri a măsurilor preventive, prin evaluarea tuturor datelor referitoare la faptele de care sunt acuzați inculpații, a datelor despre persoana acestora, a conduitei lor procesuale și a modului în care se derulează procesul. Instanțele nu pot limita analiza acestor împrejurări sau circumstanțe strict la datele despre gravitatea abstractă a infracțiunii sau infracțiunilor pretins săvârșite de persoana acuzată (dedusă din limitele de pedeapsă prevăzute de lege), mai ales că acestea rămân în principiu neschimbate de la momentul dispunerii măsurii și până la terminarea procesului.”

Prin aceeași decizie, mai reține Curtea că: „Organul judiciar chemat să dispună cu privire la luarea, prelungirea, menținerea sau înlocuirea măsurilor preventive trebuie să analizeze în mod detaliat condițiile prevăzute de lege pentru a putea aprecia care dintre cele cinci măsuri preventive cu grade diferite de severitate răspund cel mai bine principiului proporționalității și necesității, în condițiile în care pericolul pentru buna derulare a procesului penal ori pericolul pentru ordinea publică sunt elemente care în mod inevitabil suferă variații în sensul atenuării ori al agravării pe toată durata derulării procedurilor judiciare.”

În ceea ce privește condițiile și cazurile de aplicare a măsurilor preventive privative de libertate, acestea sunt reglementate de art. 223 Cod procedură penală și urmează a fi analizate în continuare prin prisma măsurii arestării preventive, după cum urmează:

Măsura preventivă să fie necesară în scopul asigurării bunei desfășurări a procesului penal, al împiedicării sustragerii inculpatului de la urmărirea penală sau de la judecată ori al prevenirii săvârșirii unei alte infracțiuni.

Necesitatea menținerii măsurii arestării preventive trebuie apreciată în fiecare caz în parte, în funcție de particularitățile cauzei, iar măsura trebuie menținută doar dacă indicii concrete impun luarea în

⁴ Corneliu Bîrsan, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Comentariu pe articole. Vol I*, Ed. Hamangiu, București 2013, p. 312

⁵ Cauza *Guzzardi contra Italiei*, 6 noiembrie 1980 – paragraful 102.

⁶ C.A. Brașov, secția penală, încheierea nr. 6/2003 în M.Udroiu – Procedură penală. Partea generală, Ed. C.H. Beck, București 2015, p. 471.

considerare a unui interes public ce trebuie să fie protejat precumpănitor în pofida prezumției de nevinovăție și a regulii constituționale și convenționale a libertății individuale⁷

Măsura preventivă să fie proporțională cu gravitatea acuzației aduse. Gravitatea acuzației trebuie să fie analizată atât la nivel abstract în raport de natura infracțiunii și de limitele de pedeapsă prevăzute de legiuitor cât și la nivel concret în funcție de circumstanțele concrete de săvârșire și de persoana inculpatului.

În ceea ce privește suspiciunea rezonabilă, această noțiune trebuie raportată la sensul oferit de jurisprudența CtEDO referitoare la existența unor date de natură a convinge un observator obiectiv și imparțial că este posibil ca o persoană să fi săvârșit o infracțiune⁸. De asemenea nu este suficient ca suspiciunea rezonabilă să se bazeze pe buna-credință a autorităților, cărora le revine obligația să determine dacă, într-un caz dat, arestarea preventivă este justificată⁹

Persistența motivelor plauzibile de suspectare a unei persoane că a săvârșit infracțiuni grave este o condiție sine qua non a menținerii acesteia în arest preventiv, dar după un timp ele nu mai sunt suficiente, instanțele trebuind să stabilească dacă alte motive pot fi luate în considerare pentru a legitima continuarea privării de libertate¹⁰ sau dacă alte măsuri preventive sunt suficiente pentru realizarea aceluiași scopuri.¹¹

Nu se poate reține suspiciunea rezonabilă cu privire la săvârșirea unei infracțiuni care să justifice privarea de libertate a reclamantului în temeiul art. 5 parag. 1 lit. c) CEDO în condițiile în care această suspiciune s-a întemeiat numai pe faptele arătate în plângerea victimei infracțiunii, fără ca alte verificări să fie efectuate în cauză de către procuror.¹²

În ceea ce privește riscul de a se sustrage de la urmărirea penală sau de la judecată, acesta nu poate fi măsurat numai prin raportare la severitatea pedepsei pe care o riscă inculpatul în caz de condamnare, ci trebuie analizat din perspectiva unui număr de alți factori relevanți, cum ar fi personalitatea inculpatului, moralitatea sa, domiciliul, profesia, resursele financiare, legăturile sale familiale și legăturile de orice altă natură cu statul în care are loc urmărirea penală¹³. Pentru analiza acestui criteriu, judecătorul trebuie să aibă în vedere, la evaluarea necesității măsurii preventive și posibilitatea eliminării acestui risc prin alte mijloace, de exemplu depunerea unei cauțiuni și controlul judiciar¹⁴.

Între altele, trebuie analizat și riscul exercitării unor presiuni asupra persoanelor care trebuie să dea declarații în cauză, însă acest risc trebuie **evaluat periodic** și în cazul în care s-a diminuat sau chiar a dispărut, persoanele fiind deja audiate și neexistând dovezi în sensul exercitării de presiuni din partea inculpatului, nu se mai justifică menținerea măsurii preventive.¹⁵

În ceea ce privește pericolul pentru ordinea publică, acesta desemnează o stare și nu un fapt ce ar putea periclita în viitor, după punerea în libertate a inculpaților, normala desfășurare a unui segment din relațiile sociale protejate în cadrul ordinii publice.¹⁶

⁷ Cauzele *Van der Tang contra Spaniei* din 13 iulie 1995 și *Pantano contra Italiei* din 6 noiembrie 2003.

⁸ Cauza *Fox, Campbell și Hartley contra Regatului Unit*, hotărârea din 30 august 1990, paragraful 32.

⁹ Cauza *Gusinskiy contra Rusiei*, hotărârea din 19 mai 2004, paragraful 53.

¹⁰ Cauzele *Conrada contra Italiei*, *Muller contra Franței*.

¹¹ Curtea de Apel Craiova – Decizia 231 din 29 aprilie 2016.

¹² Cauza *Stepuleac contra Republicii Moldova*, hotărârea din 6 noiembrie 2007, parag. 70-73.

¹³ Cauza *Neumaister contra Austriei*, hotărârea din 27 iunie 1968, paragraful 10.

¹⁴ Cauza *Tomasi contra Franței*, hotărârea din 27 august 1992, paragraful 98.

¹⁵ Cauza *Letellier contra Franței*, hotărârea din 26 iunie 1991, paragrafele 37-39.

¹⁶ *Noul Cod de Procedură Penală. Comentariu pe articole Ediția 2*, Ed. C.H. Beck, București 2017, p. 1082.

Pericolul pentru ordinea publică a fost definit, în doctrină, drept temerea că, odată pus în libertate, inculpatul ar comite noi fapte penale ori ar declanșa reacții puternice în rândul opiniei publice, determinate de fapta pentru care este cercetat.¹⁷

CtEDO a statuat într-o jurisprudență constantă că *“Totuși, potrivit art. 5 par. 3 din Convenție, justificarea pentru orice perioadă de detenție, indiferent cât de scurtă, trebuie să fie demonstrată în mod convingător de către autorități. Argumentele în favoarea și contra eliberării unei persoane, inclusiv riscul de influențare a bunului mers al procesului, nu trebuie privite în abstracto, ci trebuie susținute de probe concrete. Pericolul ca o persoană să se sustragă nu poate fi dedus numai pe baza gravității faptei de care este acuzată. Acest aspect trebuie completat cu alți factori relevanți, care ar putea eventual confirma existența reală a unui pericol de sustragere sau ar putea indica că acest risc este atât de redus încât nu poate justifica detenția preventivă”*¹⁸

Astfel, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a reamintit în cauza *Jiga contra României* (2010) că art. 5 par. 3 din CEDO cere autorităților naționale cărora li se solicită menținerea detenției provizorii să ia în calcul măsuri alternative prevăzute de lege, neprivative de libertate¹⁹.

De asemenea, în alte două cauze privind chiar România, Curtea a amintit că *autoritățile judiciare trebuie să furnizeze motive pertinente și suficiente pentru a justifica necesitatea menținerii reclamantului în stare de detenție provizorie, prezentând fapte concrete pe baza cărora estimează riscul lăsării reclamantului în libertate și să explice imposibilitatea de a aplica măsuri alternative detenției*²⁰.

Aceeași Curte a arătat că **acest pericol descrește pe măsura trecerii timpului**, iar autoritățile trebuie să motiveze de o manieră concretă necesitatea menținerii stării de arest.²¹

Continuarea detenției așadar poate fi justificată *dacă din anumite elemente concrete rezultă că trebuie acordată prioritate protejării ordinii publice, libertatea individuală trecând în subsidiar*²².

Cu privire la acest aspect, în practica recentă a Curții de Apel Craiova s-a reținut că: *„Prin deosebita gravitate a faptelor și prin reacția publică față de săvârșirea lor anumite infracțiuni pot produce o tulburare socială de natură a justifica detenția provizorie pe o anumită perioadă de timp, cu toate acestea aceeași împrejurare nu ar putea fi apreciată ca motiv pertinent și suficient pentru prelungirea detenției preventive decât dacă eliberarea persoanei acuzate sau plasarea acesteia sub puterea unei măsuri preventive mai puțin restrictive ar putea constitui în mod real o tulburare a ordinii publice.”*²³

Concluzii

Așa cum am arătat anterior, de fiecare dată când organul judiciar dispune cu privire luarea, menținerea, înlocuirea sau încetarea unei măsuri preventive, acesta trebuie să facă o analiză concretă a speței deduse judecării și să nu se limiteze la dispozițiile legii naționale.

În prezent, Curtea Europeană a creat un sistem eficace de protecție a libertății persoanei în situațiile în care aceasta se impune a fi limitată prin aplicarea măsurilor preventive. În consecință, având în vedere poziția pe care o ocupă Convenția Europeană a Drepturilor Omului în ierarhia normelor de drept, în conformitate cu art. 20 din Constituția României, dispozițiile interne și practica instanțelor naționale trebuie să respecte aceste standarde de protecție.

¹⁷ Cristina Rotaru, *Considerații privind temeiurile care au stat la baza măsurii arestării preventive*, C.J. nr. 11/2006.

¹⁸ Cauza Ignatov contra Ucrainei – hotărârea din 15 decembrie 2016.

¹⁹ *Jabłoński vs. Polonia* - hotărârea din 2000 și *Patsouria vs Georgia* - hotărârea din 2007.

²⁰ *Calmanovici vs Romania*- hotărârea din 2008 și *Scundeanu vs. Romania* – hotărârea din 2010.

²¹ *I.A. vs. Franța*, hotărârea din 1998.

²² *Smirnova contra. Rusiei*, hotărârea din 2003.

²³ Curtea de Apel Craiova - Decizia penală nr 231 din 29 aprilie 2016.

Neconstituționalitatea în noile Coduri penal și de procedura penală

Av. **Bogdan Valentin Mihăloiu**

Baroul Dolj

Abstract

The entry into force of new criminal codes meant a great professional challenge for practitioners in criminal law. Over this challenge, due to the novelty of institutions, overlapped the quality of the new regulations and from this point of view the lawyers practicing criminal law had the delicate task to predict how the new regulations will be reflected in practice, but at the same fellow lawyers had a difficult mission to intervene effectively to improve the standards by numerous exceptions from unconstitutionality in criminal cases who provided qualified defense.

This article aims to synthesize some wrong legislative solutions chosen in the new regulations that came into conflict with the fundamental law of the country.

Keywords: *criminal law, fundamental law, new regulations, challenges.*

Intrarea în vigoare a noilor coduri în materie penală a însemnat o provocare profesională deosebită pentru practicienii în drept penal, atât din perspectiva consistenței modificărilor operate în ambele conduri, cât și din perspectiva elementului de noutate în multiple materii.

Peste această provocare determinată de caracterul de noutate al unor instituții, s-a suprapus și calitatea noilor reglementări, iar din acest punct de vedere avocații practicieni de drept penal au avut pe de o parte delicată misiune de a anticipa modul în care se vor reflecta în practică noile reglementări, însă în aceeași măsură colegii avocați au avut o dificilul rol de a interveni eficient pe linia șlefuirii, îmbunătățirii normelor prin multiplele excepții de neconstituționalitate ridicate în dosarele penale în care asigurau apărarea calificată.

Consecința se reflectă fidel în numărul important de decizii de admitere a excepțiilor de neconstituționalitate atât în materia procesual penală, cât și în materia dreptului penal substanțial, și avem în vedere exclusiv acele decizii care până la data prezentei expunerii au fost publicate în Monitorul Oficial.

Este de subliniat că există chiar și decizii de respingere care prezintă deosebită relevanță pentru practicienii dreptului penal, cu titlu de exemplu făcând trimitere la decizia 711/27.10.2015, decizie pronunțată în materia tratamentului sancționator al concursului de infracțiuni –piatra de moară a apărării inculpaților în cauzele penale.

Trebuie precizat că noua filozofie penală, deși în aparență tindea la a alinia legislația noastră la cea europeană, cu un accent important pe instituții moderne, în acord cu noile tendințe în materia penală, s-a

manifestat în practică în sensul limitării severe a dreptului apărătorului în procesul penal, prin restrângerea unor instituții importante (de exemplu în materia nulităților), prin exacerbarea dezideratului de a asigura degrevarea instanțelor și celeritatea procedurii penale (sens în care vom analiza multiplele cazuri în care s-a apelat la soluția neconstituțională a lipsei publicității sau necitarea/neparticiparea părților sau obligativitatea prezenței apărătorului), printr-o aparentă diminuare a limitelor de pedeapsă, însă în realitate prin agravarea regimului sancționator a pluralității de infracțiuni (ex.: concursul de infracțiuni, recidiva) sau prin modificarea consistenței a listei de infracțiuni pentru care apărarea nu mai este obligatorie nici măcar în faza judecătii.

Ei bine, toate aceste elemente din noile reglementări au atras o cascadă de decizii de neconstituționalitate care au venit în esență să corecteze soluții legislative greșite, care intră în conflict cu legea fundamentală și care, în mod evident au condus la o îngreunare a activității apărătorului al cărui rost și rol au fost diluate puternic.

Sintetizând, au fost identificate mai multe categorii de soluții legislative cu elemente de neconstituționalitate care, din nefericire, nu au primit corecții nici până la data publicării prezentului material, și spunem acest lucru deoarece procesele penale sunt o realitate de zi cu zi, apărarea nu poate fi supusă pauzelor pentru corectarea legislației, astfel că îi revine avocatului rolul de a asigura apărări dificile, pe multe zone care și în prezent sunt pe vid de reglementare însă care produc efecte severe față de clienții noștri.

Din această perspectivă, următoarele soluții legislative cu primit decizii de neconstituționalitate fiind apreciate că intrând în conflict cu legea fundamentală:

1. Lipsa în materia unor măsuri preventive a unor reglementări neechivoce legate de termenele pentru care pot fi dispuse sau durată maximă pentru care se pot lua aceste măsuri, fie în faza de urmărire penală, fie în faza judecătii.

Astfel, reglementarea măsurii preventive a controlului judiciar, cea a arestului la domiciliu au fost absolut defectuoase, fiind necesară intervenția instanței de control constituțional pentru a corecta aceste carente de reglementare.

Cu titlu de exemplu, ca urmare a Deciziei 740/3.11.2015 s-a reglementat pe calea unei ordonanțe de urgență dacă durată arestului la domiciliu se ia în calcul la stabilirea duratei maxime a măsurilor preventive în faza de urmărire penală.

Decizia 361/07.05.2015 a determinat la peste 1 an de la intrarea în vigoare a NCPP stabilirea duratei maxime pentru care se poate dispune măsură preventive a arestului la domiciliu. O asemenea carentă de reglementare a fost de natură să producă grave încălcări ale drepturilor inculpatului în procesul penal deoarece calitatea reglementării a lăsat mult de dorit deși ne poziționăm în material esențială a libertății persoanei.

O situație similară a putut fi întâlnită în material controlului judiciar, cu titlu de exemplu făcând trimitere la Decizia CCR 712/4.12.2014 care a sancționat lipsa oricărei mențiuni din reglementarea acestei măsuri preventive prin art. 211-217 C. pr. pen referitoare atât la durată pentru care poate fi dispusă această măsură cât și cu privire la durată ei maximă.

2. Din considerente pe care legiuitorul le-a legat de celeritatea procesului penal dar și de degrevării organelor judiciare, multiple instituții de drept procesual penal s-a apelat fie la soluția legislativă "fără citarea părților", fie la soluția legislativă "fără participarea părților/apărătorului sau procurorului".

În absolut toate situațiile, instanță de control constituțional a sancționat aceste soluții cu decizii de admitere a excepțiilor de neconstituționalitate, reținând cu caracter de principiu că aceste soluții sunt

profund neconstituționale cu precădere din considerente ce țin de dreptul la apărare și dreptul la un proces echitabil.

Procesul penal reprezintă o ingerință severă a forței publice în viața privată, iar asemenea soluții legislative nu făceau altceva decât să îngreuneze și mai mult situația procesuală a participanților la procesul penal și să îngreudească în mod inacceptabil posibilitățile de apărare sau de conservare a dreptului la un proces echitabil.

O instituție nouă în procedura penală română, camera preliminară a fost din start reglementată atât de deficitar, încât majoritatea articolelor care o reglementau au fost declarate neconstituționale deoarece cuprindeau cele două soluții legislative greșite enunțate anterior.

Cu titlu de exemplu facem trimitere la următoarele decizii ale Curții Constituționale din România, structurate pe cele două soluții legislative greșite:

A. SOLUȚIA LEGISLATIVĂ “FĂRĂ CITAREA PĂRȚILOR”

*DECIZIA C.C.R 631/08.10.2015 în materia camerei preliminare-art.344,alin.2 și 3,345, alin. 3,346, alin. 2 și 347, alin. 1 C.pr.pen.

*DECIZIA C.C.R 542/14.07.2015-in materia caili de atac a contestației în anulare-art.431,alin.1 C pr .pen.

*DECIZIA C.C.R 506/30.06.2015-in materia admisibilității în principiu a căii de atac a revizuirii-art. 459, alin. 2 C.pr.pen.

*DECIZIA C.C.R 235/07.04.2015-in materia procedurii acordului de recunoaștere a vinovatiei-art. 484, alin. 2 și 488 C.pr.pen.

*DECIZIA C.C.R 641/11.11.2014-materia camerei preliminare-art 345, alin. 1 și art. 347, alin. 3 referitoare la derularea procedurii fără citarea părților.Decizia cuprinde elemente de interes și din perspectiva soluției legislative “fără participare” pe care o vom analiza în subpunctul următor.

B. SOLUȚIA LEGISLATIVĂ “FĂRĂ PARTICIPAREA PĂRȚILOR/PROCURORULUI”

*DECIZIA C.C.R 591/1.10.2015-in materia admisibilității caili de atac a recursului în casatie-art. 440, alin. 1 și 2 C pr .pen.

*DECIZIA C.C.R 496/23.06.2015-in materia controlului instanței asupra actului procurorului de redeschidere a urmăririi penale-art 335,alin.4 C.pr .pen.

*DECIZIA C.C.R 423/09.06.2015-in materia contestației privind durata procesului penal-art. 488, ind. 4, alin. 5 C.pr.pen.

*DECIZIA C.C.R 166/17.03.2015-in materia instituției confiscării sau a desființării unui inscrisurilor în cazul clasării – art. 549, ind. 1, alin. 2 și 3 C.pr.pen.

*DECIZIA C.C.R 663/11.11.2014-in materia contestației la încheierea pronunțată de judecătorul de cameră preliminară în prima instanța-art.339-348 C.pr.pen.

*DECIZIA C.C.R 641/11.11.2014-in materia comunicării cererilor și excepțiilor în procedura de cameră preliminară-art. 344, alin. 4, art. 345, alin. 1 și art. 347, alin. 3 C.pr.pen.

*DECIZIA C.C.R 599/20.10.2014-in materia plângerii împotriva soluțiilor procurorului-art. 341, alin. 5 C. pr. pen.

Analiza prezintă o deosebită importanță din perspectiva apărătorului deoarece CURTEA a sancționat lipsa de claritate a reglementării sau faptul că legiuitorul a pus pe primul plan nevoia de celeritate a

procedurii penale , de degrevare a instanțelor, în detrimentul unor drepturi sau principii fundamentale din procesul penal: dreptul la apărare, dreptul la un proces echitabil, dreptul la egalitatea armelor .

3. Pe aceeași linie s-a înscris și calitatea reglementării dreptului penal substanțial, instituții importante primind reguli care au intrat în conflict cu legea fundamentală și au fost sactionate ca atare prin decizii CCR.

Nefiind vorba de la fel de multe decizii că în material procesual penală, ne permitem în scurta noastră expunere să le enumerăm deoarece vizează instituții juridice importante, cu care apărătorii interacționează în mod obișnuit în activitatea profesională.

Astfel, au fost pronunțate în raport de Noul Cod Penal următoarele decizii:

*DECIZIA C.C.R 265/06.05.2014-materia aplicării legii penale mai favorabile – art. 5 NCP.

*DECIZIA C.C.R 508/07.10.2014-in materia instituției “împăcării”-art .159, alin. 3 NCP.

*DECIZIA C.C.R 732/16.12.2014-in materia infracțiunii de conducere a unui vehicul sub influența alcoolului sau a altor substanțe-art. 336, alin. 1 NCP.

*DECIZIA C.C.R 11/15.01.2015-in materia confiscării extinse - art.112, ind. 1, alin. 2, lit. a NCP.

*DECIZIA C.C.R 603/06.10.2015-in materia infracțiunii de conflict de interese – art. 301, alin. 1 și 308, alin. 1 NCP.

*DECIZIA C.C.R 405/15.06.2016-in materia infracțiunii de abuz în serviciu - art. 246 NCP, art 297, alin. 1 NCP și art. 13, ind. 2 din legea 78/2000.

Concluzionând, o materie atât de importantă de reglementare trebuia să primească o consacrare legislativă de mult mai înaltă factură, cu atât mai mult cu cât vorbim de conflict în noua legislație penală și legea fundamentală cu precădere pe tărâmul drepturilor fundamentale ale subiecților procesuali, iar consecința unei reglementări defectuoase nu poate fi decât dramatică.

Este de precizat că în prezent modificările care tind să pună în acord codurile cu deciziile CCR se afla în dezbatere parlamentară, fiind de dorit ca în cel mai scurt timp toți cei ce sunt implicați în aplicarea sau interpretarea acestor dispoziții legale extrem de importante să poată beneficia de o nouă reglementare, de o mult mai bună calitate și care să respecte standardele de constituționalitate impuse de legea fundamentală.

Jurisprudența relevantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene în materia dreptului la nume

Relevant Case Law of the Court of Justice of the European Union regarding the Right to Name

Drd. **Oana-Nicoleta RETEA**
Facultatea de Drept
Universitatea din Craiova

Abstract

The purpose of this article is to highlight how the CJEU solves the issues related to the name, taking into account its leading role in the integration process. As emphasised in the content of this article, the name is the key to identifying the natural person in the society, as a result, any matters raised by this element are of particular importance. The lack of harmonization in the regulations concerning the name in Europe has led the CJEU to resolve any disputes that occurred in undesirable situations, in terms of rights of free movement and non-discrimination on grounds of nationality.

Keywords: the name of the natural person, The Court of Justice of the European Union, case law, member state, nationality.

Rezumat

Scopul acestui articol este acela de a evidenția modul în care tranșează CJUE problemele ce vizează dreptul la nume, luând în considerare rolul principal al acesteia în procesul de integrare. Astfel cum a fost reliefat în cuprinsul articolului, numele este cheia identificării persoanei fizice în societate, drept urmare, toate problemele ridicate de acest element sunt de o deosebită importanță. Lipsa unei armonii în materia reglementărilor numelui la nivel european a determinat CJUE să soluționeze eventualele litigii ce au apărut în situații nedorite, prin prisma drepturilor de liberă circulație și nediscriminare pe motive de naționalitate.

Cuvinte cheie: numele persoanei fizice, Curtea de Justiție a Uniunii Europene, jurisprudența, stat membru, naționalitate.

1. Aspecte preliminare

Numele, și în aceeași măsură și prenumele, reprezintă, în cadrul statului organizat din punct de vedere al dreptului civil, elementele privilegiate de identificare ale unei persoane fizice, adesea fiind recunoscut faptul că numele este cheia¹ identificării persoanei. Cert este că, în momentul în care este

¹ Jean Carbonnier, *Droit civil. Introduction, les Personnes*, Presses Universitaires de France, Paris, 1955, p. 28;

căutată o persoană, cercetarea începe pornindu-se de la nume. Așadar, nu este cu adevărat surprinzător ca, după atâta vreme, modalitatea de determinare a acestor elemente de identificare, să fie considerată ca reprezentând o problemă importantă. De pildă, lipsa unor reglementări concrete în materia dreptului la nume a dat naștere unor situații aparte asupra cărora Curtea de Justiție a Uniunii Europene s-a pronunțat prin prisma, fie a dreptului la libera circulație al persoanelor, fie prin prisma tratamentului nediscriminatoriu pe motive de naționalitate ce trebuie aplicat persoanelor în spațiul european.

În materia drepturilor fundamentale ale UE menționăm că se observă un interes deosebit din partea statelor naționale tocmai datorită aplicabilității acestora. Acest fenomen poate fi explicat tocmai datorită faptului că domeniul de aplicare a fost pentru început redus doar la aspecte strict economice pentru ca ulterior acesta să fie extins la un proiect politic ce are ca deziderat construirea unei Uniuni cu adevărat integrate. Ca rezultat, acest lucru a permis ridicarea unui grup de drepturi europene comune, fundamentale. Un exemplu în acest sens este "cetățenia UE" transferată asupra cetățenilor tuturor statele membre. Cetățenia UE a creat în mod eficient o sursă independentă de drepturi strâns legate de aspectele care vizează statutul personal și numele la nivelul legislației existentă în UE. Definiția exactă a cetățeniei europene și drepturile care derivă din aceasta în legătură cu numele persoanei fizice este, încă o problemă ce este în curs de desfășurare și de evoluție potrivit planurilor legislative ale Comisiei Europene.

În cele ce urmează, vom prezenta trei din cauzele care au ajuns pe rolul CJUE și al căror obiect este reprezentat de probleme privind dreptul la nume, încercând totodată să surprindem particularitățile fiecărei situații și modul în care Curtea a interpretat și aplicat drepturile fundamentale ale UE sub egida cărora a soluționat spețele.

2. Perspectiva Curții de Justiție a Uniunii Europene în materia dreptului la nume. Cauzele: *Garcia Avello c. Belgiei, Stefan Grunkin și Dorothee Regina Paul c. Standesamt Niebüll, și Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*

La aproape zece ani de la hotărârea Konstantinidis² Curtea de la Luxembourg, a pronunțat hotărârea în cazul lui **Garcia Avello c. Belgiei**³. Aceasta este o ilustrare a modului în care cetățenia UE și dreptul de liberă circulație au fost interpretate de Curte ca fiind reducerea domeniului de aplicare de la care a fost exclus dreptul comunitar⁴. Cauza vizează problema numelui de familie a doi copii rezidenți ai statului belgian. Mama lor, doamna I. Weber, cetățean belgian, s-a căsătorit cu tatăl copiilor, Garcia Avello, care era un cetățean spaniol, în 1986. Cei doi copii au dublă cetățenie (belgiană și spaniolă) și s-au născut pe teritoriul Belgiei, Esmeralada în 1988 și Diego în 1992⁵. În conformitate cu legislația belgiană, în registrul

² Pentru o analiză complexă a cauzei ce îl vizează pe domnul Konstantinidis, a se vedea: Oana-Nicoleta Retea, *Dreptul la nume în viziunea jurisprudenței europene*, Revista de Științe Juridice, Suplimentul nr. 2/2015, Ed. Universul Juridic, pp. 89-94;

³ C-148/02, *Carlos Garcia Avello c. Belgiei*, Hotărârea Curții din 2.10.2003;

⁴ Horatia Muir Watt, *Nom. Traité CE. Articles 12 et 17. Enfants de père Espagnol et de mère Belge. Naissance et résidence en Belgique. Nom du père attribué à la naissance selon la loi Belge. Demande de changement. Mise en conformité avec la loi Espagnole*, Revue critique de droit international privé, nr. 1/2004, Dalloz, p. 189;

⁵ Paul Lagarde, *Nom. Traité CE. Articles 12 et 18. Enfant de parents allemands. Naissance et résidence au Danemark. Nom double attribué au Danemark. Contrariété au droit allemand. Libre circulation. Obligation de reconnaissance*, Revue critique de droit international privé, nr. 1/2009, Ed. Dalloz, Paris, p. 88;

de nașteri, căsătorii și decese, precum și în certificatul lor de naștere au fost înregistrați de ofițerul de stare civilă cu numele patronimic "Garcia Avello". Copiii, cu toate acestea, au fost înscrși și la secția consulară a Ambasadei Spaniei la Bruxelles, sub numele de "Garcia Weber", în conformitate cu legea spaniolă⁶. În Belgia, potrivit legislației existente în acel moment copiii poartă, în principiu numele de familie al tatălui, în timp ce, statul spaniol prevedea obligativitatea utilizării numelor de familie reunite ale ambilor părinși. Astfel în situația unui copil care are dublă naționalitate atât belgiană cât și spaniolă, din punctul de vedere al statului spaniol poate să poarte numele dublu recunoscut de acesta, în timp ce statul belgian refuză⁷.

Părinții copiilor, care acționează în calitate de reprezentanți legali ai acestora au introdus o cerere la Ministerul belgian pentru Justiție pe 7 noiembrie 1995 și au cerut ca numele de familie al copiilor lor să fie schimbat în "Garcia Weber", în conformitate cu dispozițiile existente în legislația spaniolă potrivit cărora numele copiilor unui cuplu căsătorit este compus din numele patronimic al tatălui, urmat de cel al mamei, în această ordine⁸.

Ministrul Justiției a respins cererea (1 decembrie 1997) și a menționat că orice solicitare care presupune adăugarea numelui patronimic al mamei la cel al tatălui, este respinsă pe motiv că, în Belgia, copiii poartă numele tatălui lor. A fost astfel respinsă orice posibilitate de a înainta procedura pe motivul că Regele nu poate accepta o asemenea cerere din moment ce utilizarea aceluși nume nu induce pe nimeni în eroare și nici nu produce nicio ingerință reclamanților sau terților. Menționăm că în legislația belgiană care vizează schimbarea numelui prin procedura administrativă Regelui îi revine prerogativa de a autoriza, excepțional astfel de solicitări de schimbare a numelui⁹.

Reclamanții, ulterior, au formulat o cerere de anulare a deciziei ministrului adresată Consiliului de Stat (Conseil d'État) - Tribunalul administrativ suprem în Belgia, motivând că decizia a încălcat atât Constituția belgiană cât și articolul 18 CE (devenit articolul 21 TCEE), deoarece tratează copiii care au o singură cetățenie, cea belgiană și cei cu dublă cetățenie, în aceeași manieră¹⁰. Consiliul de Stat a hotărât să suspende judecarea cauzei și a adresat întrebarea CEJ în vederea unei hotărâri preliminare. S-a realizat acest lucru, însă după ce a anulat art. 43 CE ca fiind lipsit de relevanță, în măsura în care libertatea de stabilire nu este în discuție în ceea ce privește copiii minori așa cum ar fi fost în cazul Konstantinidis.

La momentul hotărârii, al treilea paragraf din articolul 3 din Codul civil belgian impunea condiția ca: legile care reglementează statutul personal și capacitatea, se aplică cetățenilor belgieni chiar dacă aceștia au reședința obișnuită în afara Belgiei. Această dispoziție a constituit baza pe care instanțele belgiene au aplicat regula potrivit căreia statutul personal și capacitatea sunt determinate de legislația națională care reglementează statutul acestor persoane. Ori de câte ori autoritățile belgiene s-au confruntat cu ipoteza în care un cetățean belgian au avut una sau mai multe cetățenii, aceștia au dat prioritate cetățeniei

⁶ Jürgen Basedow, *Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne*, Revue critique de droit international privé, nr. 3/2010, Ed. Dalloz, p. 428;

⁷ Paul Craig, Gráinne De Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, ediția a 6-a, Oxford University Press, Oxford, 2015, p.866;

⁸ Paul Lagarde, *Nom.Traite CE. Articles 12 et 18. Enfant de parents allemands. Naissance et résidence au Danemark. Nom double attribué au Danemark. Contrariété au droit allemand. Libre circulation. Obligation de reconnaissance*, Revue critique de droit international privé, nr. 1/2009, Ed. Dalloz, Paris, p. 87;

⁹ Horatia Muir Watt, *Nom.Traité CE.Articles 12 et 17. Enfants de père Espagnol et de mère Belge. Naissance et résidence en Belgique. Nom du père attribué à la naissance selon la loi Belge. Demande de changement. Mise en conformité avec la loi Espagnole*, Revue critique de droit international privé, nr. 1/2004, Ed. Dalloz, p. 192;

¹⁰ C-148/02, *Carlos Garcia Avello c. Belgiei*, Hotărârea Curții din 2.10.2003, para. 13-14;

belgiene¹¹. Potrivit statului belgian, acest obicei de denumire a fost impus în conformitate cu regula de origine cutumiară reglementată prin articolul 3 din Convenția de la Haga (12.04.1930) care viza anumite chestiuni privind conflictul de legi determinate de naționalitate. Potrivit acestuia se impunea ca o persoană care deține două sau mai multe cetățenii, poate fi considerată ca fiind cetățean de către fiecare dintre statele a cărui cetățenie o posedă¹².

În mod similar cu hotărârea CEJ în cazul Konstantinidis, Curtea a subliniat că normele care guvernează numele unei persoane intrau în competența statelor membre. Cu toate acestea, în exercitarea acestei competențe, statele membre trebuie să se conformeze cu legislația europeană și, în special, cu dispozițiile tratatului referitoare la libertatea fiecărui cetățean al Uniunii la liberă circulație și ședere pe teritoriul statelor membre¹³.

Hotărârea CEJ a fost interpretată nu în sensul reproșării Belgiei că nu a luat în considerare dubla cetățenie a copiilor în cadrul procedurii de schimbare a numelui. Astfel, nu a fost imputat Belgiei că nu a luat în considerare normele spaniole pentru atribuirea numelui dar nici nu au fost ridicate obiecții cu privire la normele legale care vizează numele. Curtea s-a pronunțat doar asupra rezultatului final: aplicarea copiilor a unui tratament discriminatoriu în materia numelui patronimic¹⁴. În baza principiului stabilității numelui, nu poate fi justificată atitudinea autorităților belgiene, Curtea adăugând că prevederile din Convenția de la Haga amintite anterior reprezintă o facultate și nu o obligație. Așadar, conflictul de legi în această materie ar trebui să permită persoanelor cu dublă cetățenie să poată alege, legea cu care se simt mai conectați și care consimt că ar trebui să le vegheze numele patronimic pentru a evita astfel de situații.

Ca urmare a hotărârii în cazul Garcia Avello¹⁵, CEJ a pronunțat o hotărâre preliminară în ceea ce privește problemele impuse de nume și în cauza **Stefan Grunkin și Dorothee Regina Paul împotriva Standesamt Niebüll**¹⁶ (Oficiul de registratură). Spre deosebire la cele prezentate anterior, aceasta nu vizează aspecte legate de cetățenie dublă.

Copilul al cărui prenume era Leonhard Matthias, se născuse în Danemarca, acolo unde își aveau părinții săi, cetățeni germani, domiciliul. Pe tatăl îl chema Grunkin și pe mamă Paul, iar Leonhard avea normal tot cetățenia germană. La naștere a fost înregistrat, potrivit regulilor daneze aplicabile ca urmare a domiciliului acolo sub numele patronimic de "Paul".

Câteva luni mai târziu, în urma unei sesizări a părinților, numele de familie a fost transformat în „Grunkin-Paul” printr-un act administrativ danez¹⁷. Ulterior, a fost eliberat de autoritățile daneze un certificat de naștere cu noul nume. Părinții în baza acestui document, au dorit să înregistreze acest nume

¹¹ Jürgen Basedow, *Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne*, Revue critique de droit international privé, nr. 3/2010, Dalloz, p. 434;

¹² C-148/02, Carlos Garcia Avello împotriva Belgiei, Hotărârea Curții din 2.10.2003, paragraful 6;

¹³ Paul Lagarde, *Nom.Traite CE. Articles 12 et 18. Enfant de parents allemands. Naissance et résidence au Danemark. Nom double attribué au Danemark. Contrariété au droit allemand. Libre circulation. Obligation de reconnaissance*, Revue critique de droit international privé, nr. 1/2009, Ed. Dalloz, Paris, p. 87;

¹⁴ Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Pascal Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Ed. Dalloz, Paris, 2013, p. 411;

¹⁵ Jürgen Basedow, *Le rattachement à la nationalité et les conflits de la nationalité en droit de l'Union européenne*, Revue critique de droit international privé, nr. 3/2010, Ed. Dalloz, Paris, pp. 427-450;

¹⁶ C-353/06, Stefan Grunkin și Dorothee Regina Paul c. Standesamt Stadt Niebüll, Hotărârea Curții din 14.10.2008;

¹⁷ Paul Lagarde, *Nom. Traite CE. Articles 12 et 18. Enfant de parents allemands. Naissance et résidence au Danemark. Nom double attribué au Danemark. Contrariété au droit allemand. Libre circulation. Obligation de reconnaissance*, Revue critique de droit international privé, nr. 1/2009, Ed. Dalloz, Paris, p. 89;

reunit în registrele de stare civilă din Germania. Dar au primit un refuz din partea acestora pe motivul că potrivit art. 10 EGBGB (Einführungsgesetz zum Bürgerliches Gesetzbuch) numele este reglementat de legea națională a persoanei, în speță legea germană, iar aceasta nu permite atribuirea unui copil ca și nume patronimic a unui nume dublu compus din numele ambilor părinți reunite¹⁸.

Dispozițiile germane (art. 1617 BGB) permit părinților să aleagă pentru copil ca și nume fie pe cel al mamei (Paul), fie pe cel al tatălui (Grunkin). Dacă această opțiune nu a fost exercitată în termenul de o lună de la nașterea copilului, în cazul în care copilul este născut în străinătate, în momentul realizării înscrierii în registrul german al stării civile, tribunalul transferă exercițiul acestei alegeri unuia dintre părinți, iar atunci când acesta nu îl exercită, copilul primește chiar numele acestuia din urmă (art. 1617, alin. 3 BGB). Între timp părinții au divorțat dar își doreau ca numele copilului să rămână Grunkin-Paul, fapt pentru care au tot insistat. După numeroase incidente procedurale și o primă hotărâre irevocabilă a fost înaintată cauza Curții europene.

CEJ prin decizia din data de 24. 04. 2008 pronunța o hotărâre preliminară formulată cererii depuse de Amtsgericht Flensburg (Germania). Acesta ridică problema compatibilității unei norme de conflict germane cu principiul nediscriminării (art. 12 TCE) și cu drepturile corespunzătoare cetățeniei consacrate în Tratatul CE precum libera circulație a cetățenilor europeni în perimetrul Uniunii Europene (art. 18 TCE)¹⁹.

În conformitate cu norma națională, în speță, legislația germană, atunci când o persoană are numai cetățenia germană, numele de familie al acesteia se va determina potrivit dispozițiilor existente în acest sistemul de drept național. Cu toate că un individ s-a născut și locuiește în mod obișnuit în alt stat membru (în prezenta speță, în Danemarca), normele incidente a fi aplicate sunt cele care vizează normele de conflict din acest stat. Astfel, numele său patronimic cu toate că a fost determinat respectându-se în totalitate legislația acestui stat, nu poate fi înregistrat de autoritățile din statul național decât dacă este în concordanță și cu normele germane de drept substanțial.

Un criteriu utilizat cu scopul de a determina legea aplicabilă în materie de stabilire a numelui patronimic în situația în care o persoană are conexiuni cu mai multe sisteme de drept, este legea locului în care persoana are reședința obișnuită. Cu toate acestea se întâlnește mai des criteriul legii al cărui cetățean este persoana respectivă. Există la nivel internațional o serie de acorduri determinate în cadrul CISC (Comisia Internațională a Stării Civile). Aceasta este o organizație interguvernamentală ce are în componență 13 state membre, iar alte trei state membre au statutul de observator. Cert este că Germania este membru al acestei organizații iar Danemarca nu are nici statut de membru, nici de observator.

Menționăm că o serie de convenții ale CISC abordează problematica dreptului la nume (Convenția nr. 4 ce se referă la schimbările de nume, a fost semnată în 1958, la Istanbul; Convenția nr. 21 abordează problema emiterii certificatelor de naștere, semnată la Haye în 1982;). Ceea ce trebuie subliniat este că niciuna nu a fost ratificată decât de un număr de maxim șapte state. În principiu, aceste convenții conțin dispoziții cu privire la nume care trasează cadrul general de determinare al numelui, în virtutea legii statului al cărui cetățean este un individ. De asemenea, se consemnează că statele membre nu au

¹⁸ Paul Lagarde, *Nom. Traite CE. Articles 12 et 18. Enfant de parents allemands. Naissance et résidence au Danemark. Nom double attribué au Danemark. Contrariété au droit allemand. Libre circulation. Obligation de reconnaissance*, Revue critique de droit international privé, nr. 1/2009, Ed. Dalloz, Paris, pp. 87-88;

¹⁹ Diana-Alina Rohnean în Mădălina Afrăsinie (coord.), *Noul Cod civil-comentarii, doctrină, jurisprudență. Vol. I Art. 1-952. Despre legea civilă. Persoanele. Familia. Bunurile*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 1062;

competența de a autoriza schimbarea numelui de familie pentru cetățenii altui stat contractant decât în ipoteza în care aceștia sunt și cetățeni ai primului stat, dar se impune emiterea unor certificate cu nume de familie diferite, atunci când este necesar. În conformitate cu o convenție recentă, însă care nu este aplicabilă, în ipoteza copilului cu cetățenie multiplă, numele patronimic determinat în statul în care s-a născut este admis și în celelalte state contractante, astfel cum este înregistrat numele de familie determinat de părinți în alt stat contractant al cărui cetățean este copilul.

În consecință, sugestiile Curții, în prezenta cauză, au vizat în primul rând faptul că o normă de conflict în materia numelui unei persoane ce presupune determinarea elementului de identificare în deplină concordanță cu dreptul statului al cărui cetățean este individul, este incompatibilă cu articolele 12 CE, 17 CE și 18 CE²⁰. În plus, o astfel de prevedere trebuie să respecte dreptul fiecărui cetățean la libera circulație și libertatea de ședere pe teritoriul statelor membre²¹. Se consideră că acest drept nu este respectat din moment ce acest cetățean a fost înregistrat cu un nume în conformitate cu legea aplicabilă de la locul nașterii, pentru ca ulterior să fie constrâns să se înregistreze cu un nume diferit potrivit legislației unui alt stat membru. Drept urmare, autoritățile unui stat membru nu pot să refuze înregistrarea numelui unui cetățean al Uniunii în mod automat, mai ales a unui nume cu care a fost deja legal înregistrat în conformitate cu normele altui stat membru, cu excepția situației când o astfel de recunoaștere ar afecta interesul public.

La nivelul Curții de Justiție de la Luxembourg nu au existat multe conflicte în materia numelui patronimic²². Cu toate acestea, am analizat anterior cauza secundă în care i-a fost solicitat instanței europene pronunțarea unei hotărâri preliminare și anume cauza Garcia Avello (prima cauza aflată pe rolul CEJ ce avea ca obiect dreptul la nume a fost cauza ce îl viza pe cetățeanul de origine greacă Konstantinidis, speță ce a beneficiat de o amănunțită analiză prin publicarea unui articol în acest sens²³). În cauza Konstantinidis²⁴, instanța europeană a apreciat, impunerea cetățeanului grec de a folosi acel nume a cărui transliterație nu respecta normele în materie, ca reprezentând o discriminare a acestuia. Prin impunerea acelei noi formule a numelui exista riscul pierderii clientelei în rândul căreia devenise cunoscut cu numele său corect sau producerea de confuzii cu privire la identitatea sa. În cauza Garcia Avello, instanța europeană a apreciat că în virtutea articolele 12 CE și 17 CE autoritățile belgiene trebuiau să fie împiedicate să respingă cererea formulată de părinți în numele minorilor cu dublă cetățenie (spaniolă și belgiană), care locuiau în Belgia. Solicitarea urmărea schimbarea numelui patronimic al acestora și utilizarea numelui la care ar fi avut dreptul în conformitate cu legea și cu tradiția spaniolă.

²⁰ Paul Lagarde, *Nom. Traite CE. Articles 12 et 18. Enfant de parents allemands. Naissance et résidence au Danemark. Nom double attribué au Danemark. Contrariété au droit allemand. Libre circulation. Obligation de reconnaissance*, Revue critique de droit international privé, nr. 1/2009, Ed. Dalloz, Paris, p. 90;

²¹ Diana-Alina Rohnean în Mădălina Afrăsinie (coord.), *Noul Cod civil-comentarii, doctrină, jurisprudență. Vol. I Art. 1-952. Despre legea civilă. Persoanele. Familia. Bunurile*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 1062;

²² Pentru a vedea ultima hotărâre a Curții în materia dreptului la nume a se vedea: Oana-Nicoleta Retea, *Conținutul procedurii de retranscriere a numelui. Cazul Runiewicz-Wardyn*, în monografia „Administrația publică și statul de drept”, coord. Prof.Univ.Dr. George Gîrleșteanu, Ed. Universul Juridic, București, 2016, pp.177-186.

²³ A se vedea: Oana-Nicoleta Retea, *Dreptul la nume în viziunea jurisprudenței europene*, Revista de Științe Juridice, Suplimentul nr. 2/2015, Ed. Universul Juridic, pp. 89-94;

²⁴ Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Pascal Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Ed. Dalloz, Paris, 2013, p. 411;

Analizând comparativ cele două situații una din diferențele majore este că Leonhard nu posedă dublă cetățenie: germano-daneză. El a avut numai cetățenia germană, în timp ce copiii, în cazul Garcia Avello²⁵ aveau atât cetățenia spaniolă cât și belgiană. Absența unei duble naționalitate a influențat hotărârea CEJ în Grunkin și Paul în două moduri: aplicabilitatea dreptului comunitar (a tratatului CE-CEJ nu s-a analizat foarte mult această perspectivă) și dacă discriminarea bazată pe criterii de naționalitate ar putea fi stabilită (lipsa unei legături de cetățenie cu un alt stat a simplificat problema). În cazul Garcia Avello, articolul 18 CE, care consacră libertatea de circulație și de ședere în cadrul Uniunii, a fost folosit pentru a stabili o legătură cu statele membre și dreptul aplicabil, în timp ce în hotărârea Grunkin și Paul, a fost utilizat articolul 18 CE, pentru a stabili o încălcare gravă a legislației UE din moment ce art. 12 CE nu era aplicabil. Rezultând astfel că, atunci când nu se poate utiliza articolul 12 CE, art. 18 se utilizează pentru că are o sferă de cuprindere mai largă și poate astfel să se aplice la situații multiple. La momentul hotărârilor în cauzele Garcia Avello și Grunkin și Paul, articolul 18 CE permitea cetățenilor Uniunii să se deplaseze dincolo de frontiere nu numai în scopuri economice, ci și pentru o serie de alte scopuri, totodată cetățenii europeni puteau să își stabilească rezidența într-un stat membru.

Domeniul de aplicare al articolului 18, prin urmare, se prezintă a fi destul de larg ceea ce conduce la concluzia că orice tip de situații ce ar putea constitui un obstacol în realizarea dezideratului principiului liberei circulații a cetățenilor în cadrul Uniunii, și-ar găsi astfel o rezolvare. În ipoteza în care acest principiu este dus la extreme, s-a sugerat că acesta poate fi utilizat ca o armă împotriva oricăror discuții care pot apărea între statele membre²⁶. Recunoașterea hotărârilor străine în ceea ce privește numele ar fi o modalitate atrăgătoare de rezolvare a discrepanțelor în materia numelui. Însă legislația UE permite statelor membre de a impune condiții de recunoaștere diferite astfel încât să evite fapte ilicite. De exemplu, în speța Grunkin și Paul nu sunt invocate motive care țin de ordinea publică astfel încât să fie motivat refuzul de recunoaștere al numelui stabilit potrivit dispozițiilor din Danemarca.

În hotărârea CJUE, în cauza Ilonka Sayn-Wittgenstein împotriva Landeshauptmann von Wien²⁷ abordarea adoptată este total diferită decât jurisprudența anterioară cu privire la nume considerându-se că măsurile naționale pot încălca egalitatea cu privire la drepturile cetățenilor UE. Curtea a constatat că identitatea națională constituțională²⁸ a unui stat ar putea justifica măsuri restrictive ale unui stat membru. Cazul Sayn-Wittgenstein este, de asemenea, o ilustrare a unei relații tensionate dintre legislația UE și constituțiile naționale ale statelor membre²⁹.

Ilonka Sayn-Wittgenstein, este cetățeană a statului Austria care a avut reședința în Germany. Aceasta s-a născut în Viena, în 1944. În 1991, cetățeanul german Lothar Fürst von Sayn-Wittgenstein a adoptat-o pe aceasta. Adopția nu a avut nici un efect asupra naționalității acesteia, rămânând tot cetățean austriac. Ca urmare a adopției însă, aceasta a preluat numele adoptatorului împreună cu titlul acestuia de noblete, devenind astfel "Prințesa (Fürstin) von Sayn-Wittgenstein". Pe baza acestui nume, i-a fost eliberat, în

²⁵ Jürgen Basedow, *Le rattachement à la nationalité et les conflits de la nationalité en droit de l'Union européenne*, Revue critique de droit international privé, nr. 3/2010, Ed. Dalloz, Paris, pp. 427-450;

²⁶ Paul Lagarde, *Nom. Traite CE. Articles 12 et 18. Enfant de parents allemands. Naissance et résidence au Danemark. Nom double attribué au Danemark. Contrariété au droit allemand. Libre circulation. Obligation de reconnaissance*, Revue critique de droit international privé, nr. 1/2009, Ed. Dalloz, Paris, p. 90;

²⁷ Unde Landeshauptmann von Wien în traducere îl vizează pe Guvernatorul Vienei.

²⁸ C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein împotriva Landeshauptmann von Wien, Hotărârea Curții 22.10.2010;

²⁹ Elke Cloots, *National Identity in EU Law*, Ed. Oxford University, Oxford, U.K., 2015, p. 293-294 în Biblioteca on-line <https://books.google.ro/> accesată pe 19.09.2016;

Germania, permisul de conducere și a pus și bazele unei societăți, desfășurându-și activitatea în mare parte în sectorul imobiliar sub noua identitate. Autoritățile austriece, la rândul lor, au înscris numele respectiv în documentele de stare civilă și i-au eliberat un nou pașaport pe noua identitate: Ilonka Fürstin Sayn-Wittgenstein³⁰.

În anul 2003, Curtea Constituțională din Austria (Verfassungsgerichtshof) într-o speță similară a refuzat înscrierea unui cetățean austriac cu numele stabilit în urma procedurii de adopție al cărui nume patronimic includea un fost titlu de noblețe care aparținea adoptatorului, un cetățean german care poartă un astfel de titlu în mod legal ca parte componentă a numelui său. În motivarea sa, instanța austriacă a aplicat principiul egalității și a considerat că Legea națională care abolea clasa nobiliară (1919), care are valoare de normă constituțională se opunea unui astfel de deziderat, deoarece nu sunt autorizate purtarea titlurilor de noblețe de către cetățenii austrieci, inclusiv a celor de origine străină, pentru că s-ar produce inegalități la nivelul cetățenilor normali. Drept urmare, pe baza acestor considerente a fost rectificat și numele acesteia, figurând în registrele austriece ca și Sayn-Wittgenstein, eliminându-se particula Fürstin (Printesa).

Reclamanta s-a adresat Verwaltungsgerichtshof (Curtea Administrativă Supremă) din Austria și a solicitat anularea deciziei administrative prin care i-a fost modificat numele, motivând că prin faptul că nu sunt recunoscute efectele adopției în materia numelui se aduce atingere propriei circulații libere, fiind nevoită să utilizeze în două state, două nume diferite. În plus a susținut că din moment ce aceasta a purtat fără întrerupere acest nume îi este adusă o ingerință și dreptului la respectarea vieții de familie. CJUE s-a pronunțat în sensul că nu reprezintă o atingere a liberei circulații a cetățenilor³¹ UE, fiind justificată o astfel de limitare impusă de autoritățile austriece în baza principiului egalității³² în drepturi a tuturor cetățenilor Austriei.

Dacă în hotărârea Garcia Avello³³, dreptul cetățenilor UE la liberă circulație și ședere în cadrul Uniunii, a fost pur și simplu folosit pentru a stabili o legătură cu legislația UE, măsurile impuse de legislația belgiană încălcând astfel principiul nediscriminării, în Grunkin și Paul, același principiu a fost pentru prima dată extins pentru a se asigura că statele membre recunosc nume înregistrate într-un alt stat membru, în prezenta speță, sfera acestui principiu considerat anterior mult prea amplă, a fost limitată. În acest sens, prin refuzul de recunoaștere a elementului nobiliar ca parte componentă a numelui se justifică o astfel de limitare pe motive de ordine publică din moment ce premisele istorice constituționale ale legii de abolire țin de identitatea națională a statului austriac.

Obiectivul legitim urmărit de legislația națională a Austriei a fost de a proteja principiul egalității de tratament a cetățenilor, iar CJUE a considerat că nu există nicio îndoială că acest principiu nu este compatibil cu principiul egalității de tratament prevăzut de legislația UE (art. 20 din Cartă), cu toate că în

³⁰ C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, para.24;

³¹ Diana-Alina Rohnean în Mădălina Afrăsinie (coord.), *Noul Cod civil-comentarii, doctrină, jurisprudență. Vol. I Art. 1-952. Despre legea civilă. Persoanele. Familia. Bunurile*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 1062;

³² Allan F.Tatham, *Central European Constitutional Courts in the Face of EU Membership. The Influence of the German Model in the Hungary and Poland*, Ed. Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2013, p. 297, în Biblioteca on-line <https://books.google.ro/> accesat pe 28.08.2016;

³³ Paul Lagarde, *Nom. Traite CE. Articles 12 et 18. Enfant de parents allemands. Naissance et résidence au Danemark. Nom double attribué au Danemark. Contrariété au droit allemand. Libre circulation. Obligation de reconnaissance*, Revue critique de droit international privé, nr. 1/2009, Ed. Dalloz, Paris, p. 88;

prezenta cauză este greu de imaginat dacă ambele, atât legislația austriacă cât și cea europeană, servesc realizării aceluiași scop.

Potrivit Curții, măsura austriacă națională a fost de natură constituțională, și exprima identitatea națională a Austriei ca republică. Având în vedere că UE, în temeiul articolului 4 alineatul (3) TUE, consacră dreptul de a respecta identitatea națională a statelor sale membre, măsura nu pare disproporționată. Trimiterea CJUE, poate fi interpretată în sensul că a dorit să nu intre în conflict cu interesele suverane. Este, totuși, prima dată când un caz cu privire la aspecte legate de nume reprezintă o excepție de politică publică de la drepturile rezultate din art. 21TFUE. Și în hotărârea *Grunkin și Paul*, Curtea putea să abordeze o astfel de ipoteză însă nu a fost elaborată, deoarece nici una dintre părțile în cauză nu au ridicat problema. Prin urmare, nu este clar în ce măsură identitatea națională și ordinea publică a unui anumit stat, pot justifica restricții la libertatea circulației³⁴.

În mod similar cu situația în cazul *Grunkin și Paul*, și cazul *Sayn-Wittgenstein* vizează recunoașterea schimbării numelui. Ceea ce, cu toate acestea, este în contrast, faptul că în al doilea caz putea fi pusă sub semnul întrebării dacă formula "Fürstin von Sayn-Wittgenstein" a fost vreodată înregistrată în mod corespunzător în Germania, chiar dacă Curtea nu a dezvoltat o analiză în acest sens.

Rămâne extrem de discutabil dacă Curtea Wobis era competentă să determine schimbarea numelui, din moment ce din ambele sisteme (german și austriac) a fost desemnată aplicabilă legea din dreptul austriac. Avocatul general Sharpston a fost de părere că întrebarea dacă numele ar fi fost vreodată în mod legal înregistrat, ar fi trebuit inclusă în analiza caracterului proporțional al măsurii naționale, iar neglijența Curții se bazează pe faptul că a considerat proporționalitatea, întrebarea asupra căreia a trebuit să se aplece³⁵.

3. Concluzii

Chiar, Friedrich Nietzsche recunoaște în opera sa că activitatea de atribuire a numelui unei persoane sau unui lucru reprezintă de fapt exercitarea unei puteri³⁶. Așadar, constatăm la nivelul Uniunii Europene o internaționalizare a situațiilor și relațiilor juridice de natură personală, principalul motiv fiind reprezentat de mobilitatea persoanelor, migrarea acestora și mixul dintre populații³⁷. Construcția europeană urmărește crearea unei identități care se dorește a fi multiculturală a cărei sprijin să subziste în „respectul față de specificul fiecărei rațiuni europene”³⁸ potrivit lui Paul Michael Lützeler. Din moment ce nu sunt norme de fond armonizate sau norme de conflict unificate privind dreptul la nume la nivelul european, toate aspectele ridicate de dreptul la nume sunt tranșate prin intermediul drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene al căror rol a început să fie din ce în ce mai important. În plus, datorită rolului de principalul

³⁴ Eleanor Sharpston, *Citizenship and Fundamental Rights- Pandora's Box or Natural Step Towards Maturity?*, în *Constitutionalising the EU Judicial System-Essays in Honor of Pernilla Lindh*, editat de Cardonnel Pascal, osas Allan, Wahl Nils, Ed. Hart, Oxford și Portland, Oregon, 2012 în bibliotecă on-line <https://books.google.ro/>, accesat în data de 28.08.2016, p. 257;

³⁵ C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein împotriva Landeshauptmann von Wien*, Opinia Avocatului general Sharpston, para.56;

³⁶ Friedrich Nietzsche, *Despre genealogia moralei*, traducere din limba germană de Horia Stanca și Janina Ianoși, Ed. Echinoc, Cluj, 1993, pp. 15-18;

³⁷http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics#Main_statistical_findings accesat în data de 29.08.2015;

³⁸ Mihai Cimpoi, *Eurocentrismul în Revista Contemporanul-ideea europeană*, nr. 10/2007, p. 2;

motor al integrării în UE, s-a analizat în prezentul articol jurisprudența *Curții de Justiție a Uniunii Europene*, având ca scop identificarea modalității în care aceasta a abordat și soluționat problemele privind dreptul la nume. Prezentarea jurisprudenței relevante a CJUE în materia dreptului la nume, a ilustrat faptul că interpretarea CJUE a drepturilor fundamentale ale UE în materie de nume a parcurs un drum lung de neplăceri. De asemenea, s-a subliniat modul în care metodologia CJUE în materie de nume a trecut de la un accent pe un tratament discriminatoriu al cetățenilor UE, în cazul *Garcia Avello*, la dreptul persoanelor la liberă circulație și ședere pe teritoriul Uniunii în cazurile *Grunkin și Paul, Sayn – Wittgenstein*. Drepturilor reglementate în actele normative aplicabile statelor membre UE li s-a dat o interpretare extensivă de către CJUE și prin urmare, devine foarte important ca statele membre să justifice măsurile restrictive în aceste materii.

Studiu de caz privind contestația împotriva deciziei de concediere

Case study on the appeal against the dismissal decision



Av. Adriana Elena BELU¹
Baroul Dolj

Abstract:

The Romanian Labour Code sanctions with absolute nullity the application of disciplinary sanction in the absence of prior disciplinary research which should not be limited to convening the employee to carry out the preliminary disciplinary investigation and to make an explanatory note from the preformed questions but to the observance of the entire procedure provided by the law and all the guarantees given to the employee in order to respect his right of defence prior to his or her sanction.

Keywords: *The Romanian Labour Code; dismissal decision; appeal; case study.*

Rezumat:

Codul muncii din România sancționează cu nulitatea absolută aplicarea sancțiunii disciplinare în lipsa cercetării disciplinare prealabile care nu trebuie să se rezume la convocarea salariatului la efectuarea cercetării disciplinare prealabile și la luarea unei note explicative din întrebările preformulate, ci la respectarea întregii proceduri prevăzute de lege și a tuturor garanțiilor oferite salariatului în scopul respectării dreptului la apărare al acestuia anterior sancționării sale. (Curtea de Apel București, Decizia 1529/R/2011).

Cuvinte-cheie: *Codul muncii din România; decizie de concediere; contestație; studiu de caz.*

Prin cererea înregistrată pe rolul Tribunalului Dolj la data de 03.03.2015, contestatoarea C.M.C. a formulat în contradictoriu cu intimata S.C. XXX S.R.L. contestație împotriva Deciziei de concediere nr. 6/30. 01. 2015 emisă de intimată, solicitând:

1. Anularea Deciziei nr. 6 de concediere emise de intimată la data de 30. 01. 2015;
2. Obligarea intimatei la plata unor daune morale în cuantum de 5000 lei;
3. Obligarea intimatei la plata unei despăgubiri egale cu drepturile salariale majorate și a tuturor drepturilor salariale indexate și actualizate ce mi se cuvin începând cu data de 23. 07. 2014 - până la data plății efective a acestora;
4. Obligarea intimatei la plata cheltuielilor de judecată.

¹ E-mail: adyelenabelu@yahoo.com.

În motivare, contestatoarea a arătat că a fost angajată intimatei S.C. XXX S.R.L. și a respectat toate obligațiile față de angajator, atât în ceea ce privesc clauzele contractuale, cât și sarcinile de serviciu, transmise zilnic pe email, deși nu i-au fost aduse la cunoștință niciodată atribuțiile de serviciu și nu a existat o fișă a postului care să stabilească exact atribuțiile ce-i reveneau ca și angajată a intimatei.

La data de 04. 08. 2014 a fost încheiat cu intimata S.C. XXX S.R.L. Contractul individual de muncă nr. 25/04. 08. 2015 pe perioadă nedeterminată, deși activitatea efectivă la intimată a început la data de 23. 07. 2014.

În intervalul 23. 07. 2014 – 04. 08. 2014 contestatoarea a desfășurat activitate la intimată fără contract individual de muncă și fără a beneficia de drepturile ce i se cuvin în acest sens, intimata prin reprezentantul său legal argumentând faptul că, contestatoarea se află în perioada de probă, promițându-i că îi va achita toate aceste drepturi și îi va încheia contract individual de muncă.

La data de 30. 01. 2014, intimata a emis decizia de concediere nr.6, prin care s-a dispus concedierea contestatoarei în baza art. 61 lit. a și art. 248.1 lit. e din Codul Muncii, concediere pe care aceasta a apreciat-o drept abuzivă, neîntemeiată, nelegală și nejustificată, întrucât:

Pe cale de excepție:

1. Decizia de concediere nr. 6/30. 01. 2015 prin care s-a dispus desfacerea disciplinară a contractului individual de muncă a fost dată cu încălcarea gravă a prevederilor legale, ceea ce atrage **nulitatea absolută a acesteia.**

a. În primul rând intimata S.C. XXX S.R.L. nu a efectuat cercetarea disciplinară prealabilă, conform prevederilor art. 251 alin. 1 din C. muncii, potrivit cărora angajatorul este obligat să efectueze procedura cercetării disciplinare înainte de desfacerea disciplinară a contractului individual de muncă. **Concedierea salariatului pe motive disciplinare, în lipsa efectuării cercetării disciplinare prelabile este lovită de nulitate absolută.**

Astfel, contestatoarea C.M.C. a fost convocată la o cercetare disciplinară pentru data de 22. 01. 2015, orele 13.00, dată la care s-a prezentat însoțită de un avocat. La aceeași dată a fost întocmit un proces-verbal (pe care l-a anexat cererii de chemare în judecată drept document justificativ) la sediul intimatei în care s-a consemnat faptul că s-a prezentat, dar cercetarea disciplinară nu a putut avea loc din cauza faptului că doi dintre membrii comisiei de cercetare au lipsit din cauza unui control ANAF.

Ulterior, la data de 28. 01. 2015 contestatoarea a fost convocată din nou la cercetare disciplinară, s-a prezentat la ora, locul și data anunțate, însă și de această dată comisia nu a fost completă, lipsind un membru al acesteia, întrucât a trimis o cerere din care rezultă că a beneficiat de o zi liberă în vederea efectuării unor analize medicale. În acest sens, a fost întocmit un proces verbal (pe care l-a anexat cererii de chemare în judecată drept document justificativ) în care s-a consemnat prezența contestatoarei la cercetarea disciplinară și refuzul acesteia de a răspunde la întrebări întrucât comisia de cercetare nu a fost întrunită în unanimitate.

În aceste condiții, fără a fi fost efectuată o cercetare disciplinară prealabilă, la data de 30. 01. 2015 a fost emisă decizia de concediere, fără a fi respectate prevederile legale imperative privind procedura cercetării disciplinare prelabile, ce reprezintă o obligație legală de fond intrinsecă măsurii sancționării disciplinare, fiind o garanție a respectării dreptului la apărare a salariatului mai înainte de aplicarea sancțiunii disciplinare.

Codul muncii sancționează cu nulitatea absolută aplicarea sancțiunii disciplinare în lipsa cercetării disciplinare prelabile care nu trebuie să se rezume la convocarea salariatului la efectuarea

cercetării disciplinare prealabile și la luarea unei note explicative din întrebările preformulate, ci la respectarea întregii proceduri prevăzute de lege și a tuturor garanțiilor oferite salariatului în scopul respectării dreptului la apărare al acestuia anterior sancționării sale. (*Curtea de Apel București, Decizia 1529/R/2011*).

b. În al doilea rând, potrivit prevederilor art. 252 alin. 2 din C. muncii decizia de sancționare trebuie să cuprindă, sub sancțiunea nulității absolute descrierea faptei care constituie abatere disciplinară....

Descrierea faptei presupune menționarea aspectelor care o individualizează, respectiv în ce constă, modalitatea în care s-a comis, în raport cu care să se poată verifica temeinicia celor reținute în sarcina angajatului. Astfel, necesitatea descrierii faptei care a condus la luarea măsurii de sancționare tocmai pentru a se aprecia în concret, circumstanțial și riguros asupra măsurii de sancționare. Că este așa rezultă și din faptul că textul legal face distincție între descrierea faptei, respectiv indicarea situației de fapt și materialitatea ei și motivarea în fapt, motivarea în drept, etc.

În speța de față, intimata a făcut doar o înșiruire haotică a faptelor.

De altfel, în acest sens a statuat și Curtea Constituțională care a reținut în Decizia nr. 319/29. 03. 2007 (publicată în M. Of. nr. 292/03. 05. 2007) că *"aplicarea sancțiunilor disciplinare și, în mod special încetarea raportului de muncă din voință unilaterală a angajatorului sunt permise cu respectarea unor condiții de fond și de formă riguros reglementate de legislația muncii, în scopul prevenirii eventualelor conduite abuzive ale angajatorului. Mențiunile și precizările pe care în mod obligatoriu trebuie să le conțină decizia de aplicare a sancțiunii disciplinare au rolul, în primul rând, de a-l informa corect și complet pe salariat cu privire la faptele, motivele și temeiurile de drept pentru care i se aplică sancțiunea, inclusiv cu privire la căile de atac și termenele în care are dreptul să constate temeinicia și legalitatea măsurilor dispuse din voință unilaterală a angajatorului"*.

Deoarece incidența unui singur motiv de nulitate atrage nulitatea deciziei, iar analiza cerințelor de nelegalitate ale deciziei primează în fața celor referitoare la netemeinicia acesteia, considerăm inutilă analiza netemeinicii deciziei de concediere. Cu toate acestea, contestatoarea a avut în vedere în contestația formulată și eventualitatea **în care instanța de fond nu va reține existența niciunui motiv de nulitate al deciziei de concediere, motiv pentru care a formulat apărări pe fondul cauzei.**

Pe fondul cauzei:

Decizia de sancționare menționată a fost emisă la data de 30. 01. 2015, dată la care contestatoarea nu mai era angajata intimatei, întrucât la data de 15. 12. 2014 (conf. prev. art. 81 alin. 8 din C. muncii) aceasta a transmis prin poștă și prin fax intimatei demisia, cu renunțarea la preaviz pentru faptul că salariul convenit pentru luna noiembrie 2014 nu a fost achitat conform clauzelor contractuale la data de 10 ale lunii următoare. Conform demisiei, raporturile de muncă ar fi urmat să înceteze începând cu data de 18. 12. 2014.

Demisia a fost transmisă intimatei și deși a luat cunoștință de conținutul său, a demarat procedura în vederea efectuării cercetării disciplinare, considerând că faptul că, contestatoarea figurează cu absențe nemotivate. De altfel, acest aspect este consemnat și în Adresa nr. 8388/15. 01. 2015 a ITM Dolj la sesizarea contestatoarei.

Cu privire la daunele morale pe care contestatoarea le-a solicitat, aceasta a menționat instanței de judecată faptul că este unic întreținătoare a doi copii minori ce i-au fost încredințați ca urmare a divorțului.

Ca urmare a tuturor neînțelegerilor apărute între contestatoare și intimată, aceasta a suferit o depresie în urma căreia a urmat un tratament ambulatoriu de specialitate (anexându-se documente medicale doveditoare).

Mai mult, pe rolul Tribunalului Dolj se mai aflau la acel moment două dosare (Dosar nr. 407/63/2015, Dosar nr. 1637/63/2015 având ca obiect anulare decizie de sancționare), întrucât intimata, fără o cercetare disciplinară prealabilă, a dispus măsuri sancționatorii cu privire la contestatoare, aspect reținut și de ITM DOLJ prin Adresa nr. 8388/15. 01. 2015.

În drept, au fost invocate prevederile art. 194, art. 251, art. 252 din Codul muncii.

La data de 25 mai 2015 intimata a formulat întâmpinare prin care a solicitat respingerea contestației ca neîntemeiată întrucât prin decizie a sancționat dezastrul produs de contestatoare în numai 4,5 luni, perioadă în care au existat raporturi contractuale de muncă.

În esență, s-a arătat că motivele sancțiunii sunt persiflante și nu se aduce nici măcar o dovadă că ar fi nereale, activitatea salariatei caracterizându-se prin indisciplină, întâzieri în îndeplinirea atribuțiilor pe care le presupunea postul ocupat de aceasta, sfidare și obrăznicie, nerespectarea programului de lucru, afirmații mincinoase, aroganță.

A mai susținut că demisia fără preaviz a salariatei a fost emisă pe 12. 12. 2014, pentru o zi de întârziere la plata salariului în condițiile în care angajata întârzia livrări mari în ramburs și cu 3 săptămâni, orice întârziere aducând pagube intimitei. În opinia sa, trebuia respectat termenul de preaviz de 20 de zile lucrătoare care expira pe 23 ianuarie 2015, orele 13.00, întrucât a început pe 24. 11. 2014, nu include sărbătorile legale și cele 8 zile de concediu de odihnă din decembrie 2014 prin Decizia nr. 2/15. 02. 2014 și Decizia nr. 3/13. 01. 2015.

Intimata a formulat și cerere reconvențională prin care a solicitat obligarea contestatoarei la plata daunelor morale în sumă de 15.000 lei, pentru afectarea imaginii prin nerespectarea programului de lucru, pagube și întâzieri mari la încasări, o situație conflictuală cu furnizorii, difuzorii, rambursiștii, autorii, reclamații către sănătate, ITM, Poliție, scandaluri la ușa sediului.

A solicitat și obligarea contestatoarei la plata sumei de 75. 680 lei daune materiale provocate de aceasta prin activitatea defectuoasă constând în întâzieri în apariția cărților și răpirea timpului directorului din cauza greșelilor efectuate, intrarea în conflict cu difuzorii, alungarea rambursiștilor, plecarea sa din firmă înainte de expirarea termenului de preaviz.

Intimata a solicitat respingerea cererii contestatoarei de acordare a daunelor morale, deoarece nu există fapta ilicită a angajatorului care să fi cauzat un prejudiciu și nici legătura de cauzalitate dintre acestea.

Contestatoarea a formulat răspuns la întâmpinare în care a solicitat respingerea apărărilor intimitei din întâmpinare ca neîntemeiate, respingerea cererii reconvenționale ca neîntemeiată.

La data de 29. 10. 2015 contestatoarea a formulat precizare la acțiune prin care a arătat că menține capetele introductive, indicând perioada pentru care solicită plata despăgubirilor ca fiind 18. 12. 2014 și până la data plății efective.

Analizând actele și lucrările dosarului, instanța de fond, respectiv Tribunalul Dolj a admis acțiunea, reținând următoarele:

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de a se constata nulitatea absolută a deciziei de concediere pentru nerespectarea dispozițiilor art. 251 alin. 1 și art. 252 alin. 2 lit. a din C. muncii, tribunalul o găsește neîntemeiată pentru următoarele considerente:

Potrivit prevederilor art. 252 alin. 2 lit. a din Codul muncii, în decizie se cuprind în mod obligatoriu, sub sancțiunea nulității absolute, descrierea faptei care constituie abatere disciplinară.

Instanța constată că la emiterea deciziei de concediere nu au fost încălcate prevederile art. 252 alin. 2 lit. a din Codul muncii deoarece decizia cuprinde descrierea faptei în sensul textului de lege invocat.

La emiterea deciziei de concediere nu au fost încălcate nici prevederile art. 251 alin. 1 din Codul muncii, deoarece sancțiunea a fost dispusă cu convocarea salariatei la cercetarea disciplinară prealabilă.

Salariata a avut cunoștință că este cercetată în vederea aplicării unei sancțiuni, a avut posibilitatea să formuleze apărări, rolul cercetării fiind acela de a da posibilitatea salariatului să se apere. Lipsa unui membru al comisiei de cercetare disciplinară nu conduce la nulitatea absolută a procedurii, neregularitatea putându-se invoca sub condiția existenței unei vătămări ce nu ar putea fi înlăturată altfel decât prin anularea procedurii. Scopul cercetării disciplinare este acela de a conferi salariatului un drept de apărare, iar contestatoarea nu a precizat care a fost vătămarea sa, în lipsa unui membru al comisiei de cercetare disciplinară prealabilă.

Instanța constată însă că, intimata a aplicat sancțiunea disciplinară cu încălcarea dispozițiilor legale privind demisia salariatului, prevăzute de art. 81 alin. 1-8 C. muncii.

Astfel, demisia este actul unilateral al salariatului care, printr-o notificare scrisă, comunică angajatorului încetarea contractului individual de muncă, după împlinirea termenului de preaviz. Salariatul nu este obligat să-și motiveze demisia, iar angajatorul nu se poate prevala împotriva salariatului de faptul neînregistrării demisiei.

Termenul maxim de preaviz fiind de 20 de zile lucrătoare conform art. 81 alin. 4 C. muncii, rezultă că începând cu data de 18. 12. 2014 contractul individual de muncă intervenit între părți a încetat ca urmare a demisiei.

Decizia de desfacere disciplinară a contractului de muncă în temeiul art. 61 lit. a și art. 248 alin. 1 lit. e din C. muncii fiind emisă ulterior încetării raporturilor de muncă între părți (ca urmare a demisiei contestatoarei) este nelegală, fiind lovită de nulitate absolută.

Pentru aceste motive, instanța de fond, respectiv Tribunalul Dolj, a dispus anularea acesteia.

Ulterior acestei date, contestatoarea nu poate pretinde despăgubiri întrucât nu se află în situațiile reglementate de art. 80 C. muncii, contractul individual de muncă încetând la expirarea termenului de preaviz, urmare a demisiei sale. Or, chiar contestatoarea a invocat încetarea contractului de muncă prin demisie, acesta fiind unul din motivele de anulare a deciziei de desfacere disciplinară a contractului individual de muncă. Constatând încetat contractul de muncă la data de 18. 12. 2014, nu se mai pune problema acordării despăgubirilor ca efect al anulării deciziei nr. 6/30. 01. 2015.

Lipsirea salariatului de drepturile prevăzute la art. 80 alin. 1 C. muncii reprezintă un prejudiciu efectiv suferit de acesta, însă în cazul contestatoarei, acest prejudiciu nu există, dat fiind faptul că și-a manifestat voința unilateral în privința încetării raporturilor de muncă. Or, stabilind că raporturile de muncă au încetat la data de 18. 12. 2014 prin demisie, nu se mai poate susține că există vreun prejudiciu ulterior acestei date.

În ceea ce privește cererea contestatoarei de obligare a intimatei la acordarea daunelor morale în cuantum de 5000 lei, temeiul juridic îl reprezintă dispozițiile art. 253 alin. 1 din Codul muncii potrivit cărora "Angajatorul este obligat, în temeiul normelor și principiilor răspunderii civile contractuale, să îl despăgubească pe salariat în situația în care acesta a suferit un prejudiciu material sau moral din culpa angajatorului în timpul îndeplinirii obligațiilor de serviciu sau în legătură cu serviciul".

Astfel, pentru antrenarea răspunderii materiale a angajatorului pentru prejudicii morale produse salariatului, ar trebui să fie întrunite cumulativ condițiile răspunderii civile contractuale, respectiv prejudiciul, fapta ilicită, legătura de cauzalitate între prejudiciu și faptă, culpa angajatorului.

În ceea ce privește cererea reconvențională, având ca obiect solicitarea intimatei de obligare a contestatoarei la acordarea daunelor materiale temeiul juridic este dat de dispozițiile art. 254 alin. 1 din

Codul muncii potrivit căroră *"salariații răspund patrimonial în temeiul normelor și principiilor răspunderii civile contractuale, pentru pagubele materiale produse angajatorului din vina și în legătură cu munca lor"*.

În cauză, pentru antrenarea răspunderii salariatului este necesară existența cumulativă a condițiilor răspunderii civile contractuale enumerate mai sus, fapta ilicită trebuind să fie săvârșită în legătură cu munca.

În speță, daunele morale și materiale solicitate nu au fost dovedite de părți, sub aspectul cuantumului cerut și nici sub aspectul faptelor ilicite și a legăturii de cauzalitate dintre pretinsele fapte ilicite și prejudiciile morale și materiale invocate.

Sub aspectul daunelor morale solicitate pe cale reconvențională, instanța constată, de asemenea, că acestea nu au fost dovedite. Intimata nu a produs nici un fel de dovezi privind modul în care contestatoarea, prin acțiunile sale, a afectat imaginea sa.

În aceste condiții, instanța de fond a respins atât solicitarea contestatoarei de obligare a intimatei la daune morale, cât și solicitarea intimatei formulată pe cale reconvențională privind obligarea contestatoarei la daune materiale și morale.

Concluzionând, instanța de fond a admis în parte contestația precizată, a anulat decizia de concediere, respingând celelalte capete de cerere ale acțiunii precizate și a respins cererea reconvențională.

Împotriva acestei sentințe a formulat apel intimata, criticând soluția instanței de fond și având patru motive de apel, respectiv:

a. Punctul de vedere eronat al instanței de fond cu privire la nulitatea absolută a deciziei de concediere ca efect al demisiei și al nerespectării termenului de preaviz;

b. Respingerea daunelor morale solicitate de intimată prin cererea reconvențională;

c. Respingerea daunelor materiale solicitate de intimată prin cererea reconvențională;

d. Respingerea cheltuielilor de judecată solicitate de intimată la fondul cauzei.

La apelul apelantei-intimate, a formulat întâmpinare intimata-contestatoare, în sensul în care:

a. În mod corect instanța de fond, respectiv Tribunalul Dolj, a reținut că la data de 21. 11. 2014 intimata-contestatoare în prezenta cauză a formulat și înaintat apelantei S.C. XXX S.R.L., demisia, aspect pe care, de altfel apelanta și l-a însușit necontestându-l. Mai mult, a și făcut referire la acest aspect al existenței demisiei chiar în Decizia de concediere (desfacere a contractului individual de muncă).

b. Motivul invocat de apelanta S.C. XXX S.R.L., cum că n-ar fi fost respectat termenul de preaviz, este unul neîntemeiat întrucât:

- Temeiul juridic al demisiei este dat de prevederile art. 81. Alin. (1) , (4) din C. muncii, demisia fiind actul unilateral de voință al salariatului care, printr-o notificare scrisă, comunică angajatorului încetarea contractului individual de muncă după îndeplinirea unui termen de preaviz.

- Acest termen de preaviz, conform prevederilor aceluiași text de lege poate fi: ***"Termenul de preaviz este convenit de părți în contractul individual de muncă sau, după caz, cel prevăzut în contractele colective de muncă și nu poate fi mai mare de 20 de zile lucrătoare pentru salariații cu funcții de execuție...."***

- Prin urmare, legiuitorul a prevăzut variante alternative, textul de lege nefiind unul imperativ. Ordinea stabilirii termenului de preaviz, conform Codului muncii începe cu *"termenul convenit de părți în contractul individual de muncă"*, în speță, conform contractului individual de muncă al intimatei-contestatoare (aflat la dosarul cauzei și pe care îl mai anexez în copie certificată conform cu originalul), termenul fiind de... 20 de zile calendaristice.

- Mai mult, termenul de preaviz mai poate fi cel ...”prevăzut în contractele colective de muncă”, în prezenta speță neexistând contract colectiv de muncă, se aplică termenul de preaviz stabilit de art. 81 alin. 4 prima teza din C. muncii, respectiv...”cel stabilit de părți în contractul individual de muncă”.

- Termenul de preaviz a fost respectat de intimata-contestatoare, contrar aparenței pe care a încercat să o creeze în mod tendențios apelanta. Intimata-contestatoare s-a prezentat la locul de muncă în cele 20 de zile calendaristice, după cum urmează:

- Începând cu data de **21. 11. 2014 (adică data notificării angajatorului cu demisia) până la data 17. 12. 2014 inclusiv, adică 24 de zile calendaristice, s-a prezentat la locul de muncă.**

- În acest interval de timp, 3 zile am fost în concediu medical (adică 3. 12. 2014, 04. 12. 2014, 5. 12. 2014), iar o zi a făcut cerere, conform prevederilor Legii 91/2014, să rămână acasă pentru îngrijirea copilului bolnav (în data de 28. 11. 2014). Cu privire la cele 3 zile de concediu medical, a depus înscrisul doveditor atât la contabilitate cât și reprezentantului legal al apelantei, acesta refuzându-l la plata și consemnându-i absențe. Pentru ziua de 28. 11. 2014 a procedat identic, astfel încât nu i-a fost aprobată această cerere, consemnându-se ca zi de absență.

- Din cele 24 de zile calendaristice (21. 11. 2014 – 17. 12. 2014), perioada efectiv lucrată a fost în acest fel de 20 de zile calendaristice, adică exact perioada termenului de preaviz prevăzută în contractul individual de muncă, aspect pe care l-a dovedit prin înscrisuri anexate la dosarul cauzei, respectiv corespondența electronică cu reprezentantul legal al apelantei.

Reaua-credință a apelantei rezultă și din multitudinea de decizii de sancționare aplicate intimatai-contestatoare în mod netemeinic și nelegal, decizii pe care le-a contestat la instanța de judecată și care au fost soluționate favorabil acesteia.

Instanța de apel, respectiv Curtea de Apel Craiova a respins apelul formulat ca nefondat și a menținut sentința instanței de fond în totalitate.

Împotriva acestei Decizii a Curții de Apel Craiova a formulat recurs apelanta-intimată, recurs respins de Înalta Curte de Casație și Justiție ca inadmisibil.

Argumentele reținute de ÎCCJ fiind aceleași cu cele invocate de intimata-contestatoare în întâmpinare, respectiv:

Legea nr. 134/2010 poziționează recursul în sfera căilor de atac extraordinare, alături de contestația în anulare sau revizuire. Spre deosebire însă de contestația în anulare și revizuire, unde cazurile de admisibilitate sunt mult mai punctuale și mai restrictive, calea de atac a recursului reprezintă un instrument juridic utilizat frecvent de justițiabili.

Așadar, art. 483 din *Legea nr. 134/2010* (Obiectul și scopul recursului, Instanța competentă) reglementează principiul conform căruia:

(2) „Hotărârile date în apel, cele date, potrivit legii, fără drept de apel, precum și alte hotărâri în cazurile expres prevăzute de lege sunt supuse recursului”, **fiind exceptate de la această regulă** hotărârile pronunțate în cererile menționate la art. 94 pct. 1 lit. a) – j) din *Legea nr. 134/2010*, cererile privind navigația civilă și activitatea în porturi, **cererile în materia conflictelor de muncă și a asigurărilor sociale**, cererile în materie de expropriere, cererile privind repararea prejudiciilor cauzate de erorile judiciare, alături de alte cereri evaluabile în bani de până la 500 000 lei inclusiv.

Recursul **S.C. XXX S.R.L.** este formulat împotriva unei hotărâri date în apel, hotărâre ce se încadrează în excepțiile de la regula instituită art. 483 alin. 2 din *Legea nr. 134/2010*, și anume ”cererile în materia conflictelor de muncă”, (Dosarul nr. 3505/63/2015, Obiectul dosarului: contestație decizie de concediere, Instanța de Apel: Curtea de Apel Craiova), prin urmare **recursul este inadmisibil.**

Unele comentarii referitoare la Decizia Civilă nr. 269/2017 pronunțată de Curtea de Apel Craiova

Av. Andreea Diana FURNEA¹
Baroul Dolj

Abstract:

By the provisions of article 169 of Law no.85/2014 the legislator did not intend to establish a legal presumption of guilt and liability, but provided only the possibility of attracting this responsibility but only after the administration of evidence, leading to the conclusion that, by committing the acts listed by the law, he contributed to the company's insolvency. As such, in the absence of proven assumptions with concrete evidence showing what actions by the company's manager have defrauded the company's interests, and not least, the proof that this deed would have produced the state of insolvency, it can not be taken into account that the illicit act is proved.

As the patrimonial liability regulated by the special provisions of the Law no.85/2014, derogations from the provisions of article 73 of the Law no. 31/1990, is a civil liability of a delict towards the creditors, and not a contractual or delict towards the debtor, the existence of any of the conditions of liability in question is not presumed, the proof of compliance with these conditions is the probative task of the participant in the proceedings who, by promoting the claim for liability (in this case the liquidator), has the status of plaintiff.

Keywords: *the liability for the insolvency; the financial liability of the administrator; the insolvency procedure.*

Rezumat:

Prin reglementarea art. 169 din Legea nr. 85/2014 legiuitorul nu a înțeles să instituie o prezumție legală de vinovăție și de răspundere, ci a prevăzut doar posibilitatea atragerii acestei răspunderi, dar după administrarea de dovezi care să conducă la concluzia că, prin faptele enumerate de lege, s-a contribuit la ajungerea societății în stare de insolvență. Ca atare, în lipsa unor ipoteze demonstrate cu dovezi concrete din care să rezulte prin ce acte întreprinse de către administratorul societății s-au fraudat interesele societății, și nu în ultimul rând dovada că aceasta faptă ar fi produs starea de insolvență, nu poate fi reținută ca fiind dovedită fapta ilicită.

Întrucât răspunderea patrimonială reglementată de dispozițiile speciale ale Legii nr. 85/2014, derogatorii de la dispozițiile art. 73 din Legea nr. 31/1990, este o răspundere civilă de natură delictuală față de creditorii, și nu contractuală ori delictuală față de debitorul persoană juridică, nu este prezumată existența niciuneia din condițiile răspunderii în discuție, dovada îndeplinirii acestor condiții este, în sarcina probatorie a participantului la procedură care, promovând cererea de atragere a răspunderii (în speță lichidatorul judiciar) are calitatea de reclamant.

¹ E-mail: andreeadianafurnea@gmail.com.

Cuvinte-cheie: atragerea răspunderii pentru intrarea în insolvență; răspunderea patrimonială a administratorului; procedura insolvenței.

Prin Sentința Civilă nr. 885 din 5 decembrie 2016 pronunțată de către Tribunalul Olt-Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal, s-a respins ca neîntemeiată acțiunea formulată de reclamantul PSPRL, în calitate de lichidator judiciar al debitoarei SCKMSRL, în contradictoriu cu pârâțul PVEC.

În considerentele sentinței sus menționate, s-a reținut faptul că prin încheierea nr. 95/03.11.2014 pronunțată în dosarul nr. 3141/104/2014 s-a dispus deschiderea procedurii de insolvență împotriva debitorului SCKMSRL, fiind desemnat administrator judiciar PSPRL, iar prin sentința nr. 266 din data de 27.04.2015, a fost aprobat raportul administratorului judiciar privind trecerea în faliment prin procedura simplificată a debitoarei. După deschiderea procedurii falimentului s-a întocmit tabelul preliminar și tabelul definitiv consolidat al creanțelor debitoarei, fiind înscrisă suma totală de 87.650 lei.

Instanța de fond a reținut că din statutul societății debitoare rezultă că pârâțul PVE a deținut calitatea de administrator până la ridicarea dreptului de administrare prin sentința nr. 266/2015, iar în speță lichidatorul judiciar a solicitat antrenarea răspunderii fostului administrator pentru fapta prevăzută la art. 169 alin. 1 lit. a) și c) din Legea nr. 85/2014.

Condiția antrenării răspunderii acestor persoane o constituie culpa pentru ajungerea societății în stare de insolvență prin una din faptele enumerate la art. 169 din Legea nr. 85/2014, printre care și cea prevăzută la litera a) "au folosit bunurile sau creditele persoanei juridice în folos propriu sau al altei persoane" și cea prevăzută la litera c) "au dispus, în interes personal, continuarea unei activități care aducea, în mod vădit, persoana juridică la încetarea de plăți".

Tribunalul a constatat că faptele ilicite invocate pentru antrenarea răspunderii nu pot fi reținute din simplele prezumții ale lichidatorului judiciar care apar ca fiind pur formale și se fundamentează numai pe analiza situațiilor financiare anuale depuse la organele fiscale, și a documentelor contabile care sunt neconcludente sub aspectul reținerii în sarcina fostului administrator pârât a faptului că a folosit bunurile în folos propriu și a contribuit la mărirea fictivă a pasivului societății, concluzie care nu se poate trage nici din proba cu expertiza contabilă administrată în cauză.

S-a reținut că din raportul de expertiză contabilă întocmit în cauză, rezultă valoarea disponibilităților bănești în sumă de 3309 lei aferentă soldului 5121 "conturi la bănci în lei" precum și rulajul acestor sume conform ultimului extras de cont din luna august 2014, expertul având în vedere rulajele conturilor așa cum rezultă din balanțele de verificare, documente din care rezultă că la data de 21.12.2014 disponibilitățile bănești erau în sumă de 2775 lei. În ceea ce privește situația valorii stocurilor s-a reținut că aceasta este în suma de 3181 lei și se compune din suma de 2376 lei aferentă materialelor de natura obiectelor de inventar și suma de 805 lei reprezentând materiale consumabile. Raportat la situația stocurilor, instanța de fond a arătat că nu se poate reține folosirea bunurilor în interes personal, în condițiile în care societatea nu presta activitate de comerț cu bunuri pentru a se putea reține existența unor stocuri de marfă, activitatea acesteia fiind aceea de servicii de publicitate.

Ca atare, instanța de fond a reținut că nu se poate stabili legătura de cauzalitate dintre faptă și ajungerea societății debitoare în stare de insolvență, având în vedere că legiuitorul nu a înțeles să instituie o prezumție legală de vinovăție și de răspundere, ci a prevăzut posibilitatea atragerii răspunderii administratorului doar după administrarea de probe concludente și pertinente, care să conducă la concluzia că, prin săvârșirea faptelor expres și limitative prevăzute de art. 169, s-a contribuit la ajungerea debitoarei în stare de insolvență, situație care nu s-a dovedit în cauză. S-a arătat că imposibilitatea de a

mai face față plăților, acumularea de pierderi, precum și continuarea unei activități, nu poate conduce în mod automat la concluzia reținerii în sarcina pârâtului a faptei prevăzute de art. 169 lit. a) și c) din Legea nr. 85/2014, cu atât mai mult cu cât deschiderea procedurii insolvenței a fost formulată de către debitoare ca urmare a imposibilității de plată a datoriilor exigibile stabilite de organele fiscale cu ocazia controlului fiscal din anul 2014.

Împotriva Sentinței Civile nr. 885/05.12.2016 a declarat apel reclamantul PSPRL, în calitate de lichidator judiciar al debitoarei SC KM SRL, criticând-o sub aspectul nelegalității și al netemeinicii.

În cadrul criticilor de apel s-a invocat de către lichidatorul judiciar faptul că pe parcursul derulării procedurii a solicitat intimatului pârât, în calitate de administrator al societății, să predea gestiunea, documentele emise de societate pe perioada derulării activității și documentele de identificare pentru autoturism. Întrucât în urma verificării documentelor a identificat unele neconcordanțe, cu adresa nr. 2389/07.10.2015 a solicitat administratorului informații necesare clarificării neconcordanțelor identificate, solicitare la care nu a primit niciun răspuns.

S-a invocat faptul că în raportul depus la dosarul cauzei la data de 12.10.2015 a arătat faptul că administratorul societății debitoare este vinovat de apariția stării de insolvență pentru faptele prevăzute la art. 169. alin. 1 lit. a) și c) din Legea nr. 85/2014.

În acest sens s-a arătat că pe parcursul soluționării cererii s-a pus accent numai pe soldurile de disponibilități identificate în evidența contabilă și pe stocurile de marfă în sumă de 3181 lei înregistrate în evidențele contabile, dispunându-se efectuarea unei expertize în acest sens. S-a arătat că nu s-a avut în vedere faptul că debitorul a dispus în interes personal continuarea activității care ducea în mod vădit la pierderi, având în vedere faptul că din situațiile financiare depuse la organele fiscale rezulta că în ultimii trei ani a înregistrat numai pierderi, iar datoriile au crescut de la an la an. În acest sens, lichidatorul judiciar a arătat că la o pierdere înregistrată în cuantum de 96.431 lei și o datorie restantă în sumă de 307.309 lei este pe deplin demonstrată vinovăția administratorului, care a continuat activitatea, conștient fiind că societatea nu mai are șanse de redresare.

De asemenea, apelanta a arătat că este eronată reținerea instanței potrivit căreia lichidatorul judiciar nu a prezentat documente concludente sau că susținerile sale sunt pur formale și se fundamentează numai pe analiza situațiilor financiare. În acest sens, s-a arătat că în conformitate cu legea contabilității, situațiile financiare anuale reprezintă documentul de sinteză cel mai important, care asigură centralizarea datelor agenților economici și care permite o analiză detaliată a rezultatelor obținute la sfârșitul perioadei de gestiune. Bilanțul contabil este documentul oficial de gestionare a patrimoniului care evidențiază echilibrul dintre bunurile economice și sursele lor de finanțare, iar contul profit și pierdere face parte din structura situațiilor financiare.

La data de 24.02.2017 s-a depus întâmpinare de către intimatul pârât PVEC, prin care a solicitat respingerea apelului și a arătat că în mod corect și legal instanța de fond a constatat că este neîntemeiată cererea formulată de către lichidatorul judiciar, deoarece în cauză nu s-a făcut dovada reținerii în sarcina pârâtului a faptelor prevăzute de art. 169 alin. 1 lit. a) și c) din Legea nr. 85/2014.

Examinând actele și lucrările cauzei, Curtea de Apel Craiova, prin Decizia Civilă nr. 269/2017, va respinge ca nefondat apelul declarat de lichidatorul judiciar, având în vedere următoarele considerente:

Astfel, examinând criticile de apel, se constată că s-a invocat faptul că intimatul pârât nu s-a prezentat personal la sediul apelantului, că nu a predate autoturismul și documentele de identificare, cât și faptul că din documente reiese că debitoarea deține în patrimoniu stocuri în sumă de 3181 lei și disponibilități bănești pe care intimatul pârât și le-a însușit în interes personal și faptul că debitoarea a

intrat în declin încă din anul 2010, acesta a continuat totuși activitatea care ducea în mod vădit la apariția stării de insolvență.

Curtea constată că temeiul legal al acțiunii formulate de apelantul reclamant l-a constituit art. 169 alin. 1 lit. a) și c) din Legea nr. 85/2014, respectiv faptul că intimatul pârât ar fi folosit bunurile sau creditele persoanei juridice în folos propriu sau în cel al unei alte persoane sau ipoteza care se referă la faptul că ar fi dispus continuarea unei activități care ducea, în mod vădit, persoana juridică la încetarea de plăți.

Ori, în cauză, se apreciază că motivele invocate de către apelantul reclamant în cadrul cererii de apel nu se încadrează în niciuna din ipotezele invocate. Astfel, potrivit mențiunilor cuprinse în cadrul întâmpinării, necontestate de către apelant, se constată că documentele societății ar fi fost predate lichidatorului de către contabilul societății, nefiind obligatoriu prezența în mod personal a pârâtului intimat la predarea acestora. În plus, în cauză nu s-a invocat ca temei legal al acțiunii dispozițiile art. 169 alin. 1 litera d), respectiv ipoteza nepredării documentelor contabile sau a unei contabilități fictive, astfel încât instanța să analizeze acest aspect.

Faptul că începând cu anul 2012 activitatea debitoarei a intrat în declin, cifra de afaceri a scăzut și s-au înregistrat pierderi la sfârșitul fiecărui an constituie aspecte ce țin de un management defectuos și nu se încadrează în ipoteza prevăzută de art. 169 alin. 1 lit. c) din lege, respectiv faptul că intimatul pârât ar fi continuat în interes personal activitatea societății care ducea în mod vădit la încetarea de plăți.

Textul legal impune necesitatea ca, procedând la continuarea activității care ducea în mod vădit la insolvența debitoarei, intimatul pârât să urmărească un interes personal, ori în speță nu s-a dovedit interesul personal urmărit de intimat și nici faptul că acesta ar fi folosit stocul de marfă în interes propriu.

Având în vedere considerentele arătate, în temeiul art. 480 C. pr. civ., Curtea va respinge ca nefondat apelul declarat de către PSPRL, lichidator judiciar al debitoarei SC KM SRL.

Comentariu

Natura juridică a răspunderii patrimoniale este aceea a unei răspunderi distincte, speciale care împrumută caracteristicile răspunderii delictuale. Pentru a se angaja răspunderea administratorului, în temeiul articolului 169 din Legea 85/2014, **este necesar să se facă dovada îndeplinirii următoarelor condiții:**

- 1. săvârșirea unei fapte ilicite dintre cele enumerate de lege;**
- 2. existența prejudiciului;**
- 3. existența legăturii de cauzalitate între fapta ilicita și prejudiciu și**
- 4. vinovăția (culpa) făptuitorului.**

De asemenea, pentru aplicarea art. 138 din legea nr. 85/2006 se impune întrunirea cumulativă a doua condiții speciale:

- a) săvârșirea uneia sau mai multora dintre faptele prevăzute de acest text de lege și
- b) condiția ca acestea să fi fost cauzele stării de insolvență (la care se adaugă, desigur, condițiile generale ale răspunderii civile delictuale desprinse din art. 1357 NCC menționate anterior).

Prin reglementările din art. 169 din Legea nr. 85/2014 **legiuitorul nu a înțeles să instituie o prezumție legală de vinovăție și de răspundere**, ci a prevăzut doar **posibilitatea atragerii acestei răspunderi, dar după administrarea de dovezi care să conducă la concluzia că, prin faptele enumerate de lege, s-a contribuit la ajungerea societății în stare de insolvență.**

Ca atare, în lipsa unor ipoteze demonstrate cu dovezi concrete din care să rezulte prin ce acte întreprinse de către administratorul societății s-au fraudat interesele societății, și nu în ultimul rând dovada că **această faptă ar fi produs starea de insolvență, nu poate fi reținută ca fiind dovedită faptă ilicită.**

Întrucât răspunderea patrimonială reglementată de dispozițiile speciale ale Legii nr. 85/2014, derogatorii de la dispozițiile art. 73 din Legea nr. 31/1990, este o răspundere civilă de natură delictuală față de creditori, și nu contractuală ori delictuală față de debitorul persoană juridică, **nu este prezumată existența niciuneia din condițiile răspunderii în discuție**, iar dovada îndeplinirii acestor condiții este, **în sarcina probatorie a participantului la procedură care, promovând cererea de atragere a răspunderii** (în speță lichidatorul judiciar) are calitatea de reclamant.

În practică, se impune ca cererea formulată de către administratorul/lichidatorul judiciar să fie motivată raportat la condițiile mai sus enumerate, iar faptele invocate de către acesta trebuie să fie probate, simpla lor indicare nefiind suficientă pentru atragerea răspunderii organelor de conducere ale societății falite.

Spre exemplu, în ceea ce privește fapta prevăzută de art. 169 alin. 1 litera a), textul de lege impune necesitatea ca administratorul să fi folosit bunurile sau creditele persoanei juridice în folosul propriu sau în cel al unei alte persoane, **simpla indicare a faptei prevăzută de textul de lege nefiind suficientă în lipsa unor probe din care să rezulte cum s-a produs efectiv această faptă.**

În ce privește aplicabilitatea art. 169 lit. c) din Legea nr. 85/2014 care reglementează răspunderea acestor persoane din conducerea societății debitoare atunci când acestea : "**au dispus în interes personal, continuarea unei activități care ducea în mod vădit persoana juridică la încetarea de plăți.**", **dacă și numai dacă, prin aceasta "... au contribuit la ajungerea debitorului în această situație- în stare de insolvență - s.n. "**, existența acestei fapte trebuie susținută cu probe, documente, din care să reiasă dincolo de orice îndoială că administratorul societății debitoare a urmărit satisfacerea unor interese personale, acest motiv fiind definitiv în decizia de continuare a activității societății. **Desfășurarea unei activități manageriale neperformante, existența pe piață a unor condiții defavorabile, obținerea unor rezultate negative, nu sunt de natură a atrage incidența dispozițiilor art. 169, prin care se sancționează exclusiv săvârșirea culpabilă a actelor limitativ prevăzute ce au drept consecință insolvența societății comerciale.**

În speța prezentată, nu s-a făcut dovada săvârșirii faptelor reglementate de art. 169 alin. 1 lit. a) și c) din Legea nr. 85/2014 și cu atât mai mult nici a legăturii de cauzalitate dintre acestea și starea de insolvență, iar cauzele esențiale ale insolvenței nu s-au datorat unor fapte imputabile intimatului pârât, ci unor condiții financiare dificile, ceea ce nu conduce automat la atragerea răspunderii organelor de conducere.

Lichidatorul judiciar, care a investit instanța cu cererea de atragere a răspunderii administratorului, avea obligația procedurală de a identifica cauzele insolvenței și de a explica legătura de cauzalitate între anumite fapte ale pârâtului și această stare a debitoarei. Or, lichidatorul nu a produs astfel de dovezi, ci s-a limitat la a face unele susțineri cu caracter absolut general, lipsite de concretețe și fără legătură directă cu cele constatate în prezenta cauză de insolvență, fiind **prezumții simple, ce nu au nici un fundament.**

Întrucât legiuitorul nu a instituit o prezumție legală de vinovăție și de răspundere în sarcina organelor de conducere ale societății, prevăzând numai posibilitatea atragerii acestei forme de răspundere, invocarea acestora neatrăgând automat răspunderea organelor de conducere a debitoarei, **este necesară administrarea unor dovezi pertinente și concludente în acest sens, care să confirme săvârșirea faptelor, enumerate limitativ de legiuitor și să probeze existența raportului de cauzalitate între faptele ilicite și starea de insolvabilitate a persoanei juridice.**

FORUM

Atelier de lucru „Sistemul de asigurări sociale al avocaților. Prezent și perspective”

Rezumat de Av. **Dan Marius PEȚA**¹
Baroul Dolj

Abstract:

Within this workshop, lawyer Sorin Stanciulescu presented several proposals for solutions regarding the modification of normative acts regulating the pension system and other social security rights of lawyers, the overall activities of the Lawyers' Insurance House and of the subsidiaries, solutions which would benefit lawyers and defend their rights.

Keywords: workshop; proposals; pension system; rights of lawyers; Lawyers' Insurance House; benefit.

Rezumat:

În cadrul acestui atelier de lucru avocatul Sorin Stănciulescu a prezentat mai multe propuneri de soluții cu privire la modificarea actelor normative ce reglementează sistemul de pensii și alte drepturi de asigurări sociale ale avocaților, activitățile în ansamblu ale Casei de Asigurări a Avocaților și ale filialelor, soluții care ar fi în beneficiul avocaților și prin care ar fi apărate drepturile acestora.

Cuvinte-cheie: atelier de lucru; propuneri; sistem de pensii; drepturi ale avocaților; Casa de Asigurări a Avocaților; beneficiu.

Printre propunerile domnului avocat s-au regăsit:

- relizarea de parteneriate ale CAA și chiar ale filialelor, cu clinici private pentru servicii medicale dedicate avocaților, astfel pentru o contribuție suplimentară facultativă a avocatului, acesta ar beneficia, în baza acestui parteneriat, de servicii medicale la clinici private, fiindu-i oferit un pachet facultativ de asigurări în schimbul contribuției suplimentare.

- inițierea unor relații de colaborare a CAA și filialelor cu casele de asigurări organizate la nivelul profesiilor liberale și cu precădere, a profesiei de avocat, din Uniunea Europeană, ca în urma acestui schimb de experiență CAA să poată dezvolta un sistem de pensii și asigurări sociale mai performant, fiind totodată necesară crearea la nivelul CAA a unui compartiment de relații internaționale din care să facă parte Președintele CAA și reprezentanți ai filialelor.

¹ E-mail: petadanmarius@gmail.com.

- înființarea unui compartiment intern de investiții la nivelul CAA din care să facă parte specialiști acreditați național care să facă propuneri fundamentate cu privire la investiția unui procent din fondul CAA în alte forme decât obligațiuni – titluri de stat imobiliare, depozite bancare.

- introducerea obligativității clientului de a achita un procent din onorariu care să alimenteze fondul pentru alte drepturi de asigurări sociale.

- derularea unor programe proprii din domeniul asistenței și asigurărilor sociale în concordanță cu dispozițiile art. 8, alin. (3) din statutul CAA, filiala Dolj putând derula programe proprii precum: realizarea unei baze de date juridice cu acces gratuit pentru membri filialei; crearea unui fond de garantare pentru membri filialei prin care se pot garanta anumite microcredite pe care avocații le pot obține de la bancă; un bonus pentru grădiniță pe care l-ar putea obține părinții (avocați) când au nevoie pentru supravegherea copiilor; un ajutor pentru handicap atunci când există persoane cu dizabilități printre membri filialei; diverse programe pentru pensionari.

- crearea unui site propriu dedicat exclusiv Filialei Dolj CAA prin intermediul căruia avocaților membri ai filialei să li se permită accesul la toate informațiile utile și necesare desfășurării profesionale.

- instituirea Zilei Avocatului Pensionar, prin acest eveniment anual fiind aduși în același loc avocați care au activat câteva decenii în Baroul Dolj și avocați mai tineri, primii dintre aceștia putând împărtăși celorlalți din experiența acumulată.

- contribuția complementară facultativă achitată de avocați în temeiul art. 11 din Legea nr. 72/2016 ar trebui să fie o cheltuială deductibilă din punct de vedere fiscal și avocatul să nu suporte cheltuielile suplimentare față de alte sisteme care oferă produse similare (societăți de asigurări sau bănci) și să nu presupună comisioane sau alte taxe care afectează la sfârșit valoarea pensiei.

- necesitatea definirii termenilor „stări de fapt”, „constatări complete”, „împrejurări edificatoare”, termeni care se regăsesc în cuprinsul art. 6, alin. (1) din Regulamentul creanțelor contributive – Exercițarea dreptului de apreciere, deoarece așa cum sunt folosiți acești termeni în prezent este încălcat caracterul de previzibilitate și claritate a normei juridice, trebuind evitată acordarea unei marje de apreciere dincolo de situația rezultată din contabilitatea avocatului, astfel cum aceasta este reflectată din punct de vedere fiscal.

- cu privire la dispozițiile art. 11, alin. (3) din Regulamentul creanțelor contributive – Secretul asupra informațiilor este necesar să fie identificate care sunt autoritățile publice și în ce cazuri limitative urmează a fi transmise informații din sistem, să fie eliminată posibilitatea ca un oarecare solicitant să poată obține astfel de informații, chiar și cu acordul avocatului vizat și să fie specificate care sunt celelalte cazuri exprimate prevăzute de lege.

Așadar, prin punerea în practică a acestor propuneri mai sus expuse s-ar putea aduce un plus în desfășurarea activității CA și a filialelor și, de asemenea, în activitatea profesională a avocaților.

Atelier de lucru „Înghetarea cursului CHF în contractele de credit. Argumente pro și contra”

Rezumat de Av. Dan Marius PEȚA¹
Baroul Dolj

Abstract:

This workshop, drafted by the lawyers Dragoș Nicu and Răzvan Scafeș aimed at presenting the factors that influenced the existing situation in credit agreements having as Swiss franc currency, arguments were discussed both in favour of banks and in favour of borrowers.

Keywords: workshop; credit agreements; Swiss franc; banks; borrowers.

Rezumat:

Acest atelier de lucru, elaborat de avocații Dragoș Nicu și Răzvan Scafeș a avut ca obiectiv prezentarea factorilor care au influențat situația existentă în contractele de credit având ca monedă francul elvețian, fiind discutate argumente atât în favoarea băncilor, cât și în favoarea împrumutaților.

Cuvinte-cheie: atelier de lucru; contracte de credit; franc elvețian; împrumutați.

Argumente în favoarea băncilor:

Astfel, cu referire la Norma BNR numărul 17/18.12.2003 au fost prezentate principalele riscuri pe care o bancă trebuie să le ia în calcul la momentul acordării unui credit consumatorului.

Riscul de credit (definit prin dispozițiile art. 3, alin. (1), lit. g) din Norma BNR numărul 17/18.12.2003) reprezintă riscul înregistrării de pierderi sau nerealizarea profiturilor preconizate ca urmare a neîndeplinirii de către clienți a obligațiilor contractuale.

Riscul valutar definit în art. 3, alin. (1), lit. l) din Norma BNR numărul 17/18.12.2003 ca fiind cea componentă a riscului pe piață care apare din fluctuațiile pe piață ale cursului valutar.

Riscul de piață este reprezentat de riscul înregistrării de pierderi sau al nerealizării profiturilor estimate, care apare din cauza fluctuațiilor pe piață ale prețurilor, ratei dobânzii și cursului valutar, așa cum este prevăzut în cuprinsul art. 3, alin. (1), lit. j) din aceeași normă BNR mai sus amintită.

Adagiul *res perit debitori*, în cadrul contractelor de credit trebuie interpretat în funcție de specificitatea riscurilor prezentate anterior. Astfel, împrumutatul trebuie să ramburseze suma împrumutată împreună cu celelalte costuri conform convenției iar împrumutătorul are obligația corelativă de a pune la dispoziție suma solicitată, de a respecta condițiile și termenele restituirii.

Printre factorii care au determinat consumatorii români să apeleze la creditele în franci elvețieni în detrimentul creditelor în lei amintim: **factori generali:** rata de inflație și deprecierea cursului de schimb;

¹ E-mail: petadanmarius@gmail.com.

volatilitatea acestor doi indicatori; accesul băncilor la finanțarea externă; posibilitatea obținerii unor dobânzi mai mici; **factori particulari:** creditul în franci elvețieni avea un cost mai redus decât celelalte credite iar băncile nu au promovat prețuri competitive pentru aceste credite; consumatorii puteau obține o sumă mai mare prin acest credit în franci elvețieni iar rata agregată era mai mică.

Așadar, împrumutaților influențați de factorii mai sus amintiți, la momentul la care au trebuit să restituie sumele împrumutate, li s-au aplicat prevederile art. 1584 din Codul Civil de la 1864, articol prin care este reglementată regula generală aplicabilă în materia împrumutului de consum, regulă conform căreia principala obligație a împrumutatului este de a restitui lucrurile împrumutate în aceeași calitate și cantitate.

Conform art. 1578 din Codul Civil de la 1864 obligația ce rezultă dintr-un împrumut este întotdeauna pentru aceeași sumă numerică înscrisă în contract, această sumă în cadrul contractului de credit fiind înscrisă în graficul de rambursare ce face parte din contract.

Astfel, riscul valutar este suportat de către împrumutat, aspect reținut și de către Înalta Curtea de Casație și Justiție (*De altfel, riscul contractual, privind diferența de curs valutar, nu putea aparține băncii garante, care trebuia să primească contravaloarea ratelor achitate în calitate de garant. Variația circumstanțelor și, prin urmare, noile sarcini ce afectează executarea, fac parte din riscul contractual pe care îl suportă debitorul obligației de executat, în lipsa unei dispoziții contrare. Chiar dacă relația între risc și impreviziune este imprecisă, considerându-se modificarea circumstanțelor ca exclusă din sfera riscului, reparația este determinată, prin interpretarea convenției, în funcție de natura contractului*”).

Banca nu putea prevedea schimbările de curs valutar care afectează executarea contractului neavând niciun control asupra cursului de schimb, acest curs fiind suportat și de bancă însăși.

Spre deosebire de cursul euro/lei care se formează pe baza cererii și ofertei de pe piață și este direct tranzacționabil între bănci, cursul CHF/lei este format dintr-o cotație încrucișată ținând cont atât de cotația euro/lei cât și de cea euro/CHF.

Odată cu izbucnirea crizei financiare internaționale ambii factori ai proporției au evoluat, fapt ce a condus la deprecierea leului față de francul elvețian.

Cu privire la caracterul abuziv al clauzelor contractuale Curtea Constituțională a motivat prin Decizia numărul 62/07.02.2017 faptul că diferențele de curs valutar sunt o componentă a prețului contractului fiind incluse în obiectul acestuia.

În aceste condiții este aplicabil art. 4, alin. (6) din Legea numărul 193/2000 conform căruia „Evaluarea naturii abuzive a clauzelor nu se asociază nici cu definirea obiectului principal al contractului, nici cu calitatea de a satisface cerințele de preț și de plată, pe de o parte, nici cu produsele și serviciile oferite în schimb, pe de altă parte, în măsura în care aceste clauze sunt exprimate într-un limbaj ușor inteligibil.”

Acestea au fost argumentele prezentate în cadrul atelierului de lucru în beneficiul împrumutătorului, respectiv al băncii.

Argumente în favoarea debitorilor:

De asemenea, în cadrul aceluiași atelier de lucru au fost puse în discuție și argumente în favoarea consumatorului.

Anterior încheierii contractului de credit, băncilor le revin următoarele obligații: obligația de informare, obligație de consiliere și obligația de avertizare.

Obligația de informare – a cărei reglementare o regăsim în mai multe acte normative, printre care OG nr. 21/1992, Legea nr. 296/2004, Directiva 2008/48/CE, Regulamentul BNR nr. 3/2007.

Astfel, prin dispozițiile art. 3, lit. b) din OG nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor este reglementat dreptul consumatorilor „de a fi informați complet, corect și precis asupra caracteristicilor esențiale ale produselor și serviciilor, astfel încât decizia pe care o adoptă în legătură cu acestea să corespundă cât mai bine nevoilor lor, precum și de a fi educați în calitate lor de consumatori”. Din coroborarea acestui articol cu prevederile art. 9¹ din același act normativ rezultă faptul că obligația de informare există în sarcina băncii încă din faza precontractuală.

Printre drepturile consumatorilor reglementate de Legea nr. 296/2004 privind Codul Consumului, în cuprinsul art. 27 regăsim dreptul consumatorilor „de a fi protejați împotriva riscului de a achiziționa un produs sau de a li se presta un serviciu care ar putea să le prejudicieze viața, sănătatea sau securitatea ori să le aducă atingere drepturilor și intereselor legitime”, dreptul „de a fi informați complet, corect și precis asupra caracteristicilor esențiale ale produselor și serviciilor (...)”, dreptul „de a fi despăgubiți în mod real și corespunzător pentru pagubele generate de calitatea necorespunzătoare a produselor și serviciilor (...)”.

Prin Directiva 2008/48/CE s-a stabilit ca obligație generală în sarcina creditorului de a-i indica consumatorului, în etapa precontractuală, anumite informații. Această obligație de informare a consumatorului contribuie la transparența contractului, permițând consumatorului să aprecieze întinderea obligației sale, respectiv impactul economic al contractării creditului.

Prin Regulamentul BNR nr. 3/2007 privind limitarea riscului de credit la creditele destinate persoanelor fizice este instituită obligația băncii de informare a fiecărui client în parte cu privire la posibilitatea majorării sumelor pe care la va datora în temeiul contractului de credit, majorare determinată de materializarea riscului valutar.

Din coroborarea dispozițiilor legale mai sus amintite reiese intervenția puternică și necesară a legiuitorului în favoarea consumatorilor, această obligație de informare fiind îndeplinită prin comunicarea către cocontractant a tuturor cunoștințelor ce îi sunt necesare exprimării unui consimțământ valabil la încheierea contractului, precum și la executarea corespunzătoare a obligațiilor asumate.

Obligațiile de consiliere și avertizare sunt reprezentate de îndatorirea băncii de a atrage atenția cocontractantului său asupra pericolelor și riscurilor unei operațiuni determinate.

Asumarea unei astfel de obligații de către bancă este expresă, acordarea unui credit fiind precedată întotdeauna de analiza dosarului și îndrumarea potențialului client/împrumutat de un consilier de credit.

Aceste obligații de desprind din principiul executării cu bună-credință a convențiilor atât în faza precontractuală cât și pe parcursul executării propriu-zise a contractului.

Sanctiunea nerespectării acestor obligații o reprezintă nulitatea relativă, în cazul încălcării lor aflându-ne în prezența dolului prin reticență.

Având în vedere cele statuate de Curtea Constituțională prin Decizia nr. 67/07.02.2017 (extras: „Principiul nominalismului nu se aplică aceluși contract în care părțile au convenit în mod expres să înlăture incidența normei din Codul civil sau aceluși contract în care părțile au convenit în mod indirect derogarea de la acest principiu, introducând o clauză contractuală de indexare, al cărei scop este menținerea valorii reale a obligațiilor pe tot timpul executării lor. În cazul în care contractul nu cuprinde clauzele derogatorii menționate, devine incidentă norma de drept comun în această materie, respectiv art. 1578 din Codul civil din 1865 (...)”

38. În virtutea principiului nominalismului monetar, suma acordată cu titlu de împrumut trebuie restituită întocmai, indiferent de valorizarea sau devalorizarea acesteia. (...)

44. În lumina celor expuse în prealabil, Curtea apreciază că incidența principiului nominalismului monetar în contractele de credit în franci elvețieni nu constituie o piedică în calea aplicării mecanismului impreviziunii, dacă sunt îndeplinite condițiile de incidență ale acestuia.”) și Decizia nr. 623/25.10.2016 (extras: „... impreviziunea rezulta chiar din însăși reglementarea de principiu relativă la contracte, ea fiind justificată prin elementele de bună credință și echitate ce caracterizează executarea contractelor.”

„... intervine când în executarea contractului a survenit un eveniment excepțional și exterior ce nu putea fi prevăzut în mod rezonabil la data încheierii contractului în privința amplitudinii și efectelor sale.”

„evaluarea situației neprevăzute... și a efectelor sale..., a bunei-credințe... și a echității... cade în sarcina instanței judecătorești ...”) impreviziunea poate constitui temei al acțiunilor privitoare la contractele încheiate anterior intrării în vigoare a Noului Cod Civil.

Un alt aspect ce trebuie avut în vedere în favoarea împrumutatului este reprezentat de caracterul abuziv al clauzelor dacă sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiții: clauza nu a fost negociată; clauza creează un dezechilibru vădit semnificativ între drepturile și obligațiile părților contrar exigenței bunei-credințe. În această situație, sarcina probei negocierii revine băncii.

Astfel, prin organizarea acestui atelier de lucru, au fost reliefate cele mai importante argumente atât în beneficiul băncilor dar și în favoarea împrumutaților în cazul contractelor de credit în franci elvețieni.

Clauza de arbitraj și cerința utilizării unor mecanisme alternative preliminare

Andra Camelia Ionescu

ICC Arbitration and ADR Training Programme
Facultatea de Drept a Universității Jagiellone din Cracovia

Abstract: *Issues of enforcement often arise when the wording of a multi-tiered arbitration clause is not clear and precise. As we will see, the approach arbitral tribunals have when responding to these is not uniform and depends on the jurisdiction.*

Key words: *multi-tiered arbitration clause; mediation; enforcement issues; arbitral tribunal jurisdiction; admissibility of claims.*

Dorința de a apela la o jurisdicție alternativă, în special la arbitraj, în detrimentul judecării unei dispute în fața instanțelor naționale este într-o continuă creștere. Modul în care arbitrajul se va desfășura și eficiența acestei proceduri depinde, printre altele, și de clauza ce stă la baza întregului proces.

Necesitatea redactării unei clauze arbitrale clare și precise este deseori subapreciată, însă experiența ultimelor decenii demonstrează că aceasta ar trebui tratată la fel de serios precum obiectul contractului pe care îl însoțește.

În cele ce urmează, mă voi concentra pe prezentarea unui anumit tip de clauză – *clauza pe mai multe nivele*, numită și *în escaladare* – și efectele unei redactări imprecise. Acest tip de clauză prevede cerința utilizării unor mecanisme alternative preliminare, cum ar fi *negocierea* sau *medierea*, anterior demarării *arbitrajului*. Scopul lor este încurajarea rezolvării amiabile a disputelor, oferind mai multe beneficii tuturor părților implicate.

Problemele care apar în situația redactării deficiente a acestui tip de clauză se datorează fie neclarității intenției părților, limbajului echivoc sau confuziei între proceduri. În definitiv, acestea ridică două mari întrebări: (ne)respectarea clauzei este o problemă ce afectează jurisdicția tribunalului arbitral sau admisibilitatea cauzei? (1); în ce ipostaze se impune sau nu forța obligatorie a clauzei cu privire la îndeplinirea procedurilor preliminare? (2).

1. Problema jurisdicției tribunalului arbitral sau admisibilității cauzei

• Germania și Franța:

Prin jurisprudența ultimului an, abordarea celor două jurisdicții asupra problemei competenței tribunalului arbitral pare să fi ajuns la un consens; anume că, în cazul nerespectării cerințelor preliminare, *tribunalul arbitral este îndreptățit să își asume jurisdicție* asupra disputei și de a se pronunța asupra admisibilității pe fond a cauzei.

Spre susținerea acestei perspective, relevante sunt două decizii ale Curții Federale de Justiție a Germaniei din 14 ianuarie (a) și 9 august 2016 (b) și decizia nr. 15/03504 a Curții de Apel Paris din 28 iunie 2016(c):

a) În cazul deciziei din 14 ianuarie 2016¹, o companie finlandeză deținătoare a unui șantier naval și o companie din Guernesey au încheiat în 2006 un contract de construire a unei nave ce prevedea o clauză de arbitraj conform căreia, anterior arbitrării disputei de către Asociația Germană de Arbitraj Maritim (GMAA) din Hamburg, „disputele tehnice [...] vor fi, la cererea scrisă a oricărei dintre părți, înaintate către un expert tehnic, acceptat mutual, care se va comporta ca atare (și nu ca arbitru) și a cărui opinie asupra cauzei va fi finală și obligatorie pentru părți”. În urma apariției unei dispute cu privire la defecte ale navei, compania din Guernsey a inițiat procedura de arbitraj. Ulterior confirmării jurisdicției de către tribunalul arbitral, compania finlandeză a contestat această hotărâre parțială înaintea Înaltei Curți Regionale din Hamburg. Prin decizia din 27 mai 2015, curtea a respins-o, argumentând că acea clauză este una de tip escaladare [...] și că este *irrelevant jurisdicției tribunalului arbitral*, dacă părțile au parcurs sau nu procedura desemnării expertului dispusă în contract. Chiar dacă o asemenea clauză ar fi interpretată ca un acord de ineficacitate temporară de arbitrare a cauzei, acest lucru nu denotă că tribunalul arbitral trebuie să decline jurisdicția, ci mai degrabă se impune ca tribunalul să respingă cererea ca „temporar nefondată”. În urma unei contestații privind chestiuni de drept, Curtea Federală de Justiție a confirmat această decizie, lăsând expres deschisă discuția cu privire la inadmisibilitatea cauzei pe fond, fie ca „momentan inadmisibilă” sau ca „momentan nefondată”.

b) În decizia din 9 august², Curtea Federală de Justiție a susținut același punct de vedere într-o contestație privind proceduri arbitrale ICC ținute în Frankfurt. În acest caz, tribunalul arbitral și-a asumat jurisdicția asupra disputei, deși, în viziunea părâtului, părțile nu încercaseră să rezolve disputa într-un mod amiabil, așa cum prevedea acordul încheiat. Contestația a fost respinsă, Curtea reiterând motivarea anterioară, stabilind că respectarea procedurii preliminare de soluționare a disputei nu este o chestiune ce ține de jurisdicție, dar una ce ține de admisibilitatea pe fond a cauzei.

c) Prin decizia nr. 15/03504³ din 28 iunie 2016, Curtea de Apel Paris a respins o contestație în anulare a unei decizii arbitrale, argumentând că indiferent de termenii imperativi folosiți pentru a determina procedura preliminară, dacă părțile au recurs sau nu la concilierea amiabilă a disputei nu este o problemă de competență a tribunalului, ci ține de admisibilitatea pe fond a cauzei. Astfel, conform codului de procedură francez, nu există temei pentru anularea deciziei tribunalului.

• Anglia:

Spre deosebire de abordarea prezentată anterior, un tribunal arbitral care aplică legea engleză va declina competența asupra arbitrării cauzei, atunci când clauza prevede expres anumite proceduri preliminare arbitrării, până când acestea vor fi parcurse. Această viziune este în linie și cu alte jurisdicții precum cea din Australia și Singapore.

¹ Bundesgerichtshof, dosarul nr. I ZB 50/15, decizia în limba germană <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=a45b2b1d2e211bfeb990a1c7747d316f&nr=73858&pos=14&anz=34>>

² Bundesgerichtshof, dosarul nr. I ZB 1/15, decizia în limba germană <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=75735&pos=0&anz=1>>

³ CA Paris, 28 iunie 2016, n° 15/03504 <<https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2016/R4873F8F09CB982892E60>>

Precedentul relevant este decizia din cazul *Emirate Trading Agency v. Prime Mineral Export*⁴. În opinia judecătorului, recunoașterea forței obligatorii a mecanismelor alternative de rezolvare amiabilă a disputelor se justifică prin prisma interesului public, întrucât părțile se așteaptă să fie ținute de către obligațiile pe care liber și le-au asumat. Așadar, în acest caz, Curtea Comercială Engleză a argumentat că atâta timp cât părțile au stipulat expres cerința parcurgerii unei proceduri preliminare de rezolvare amiabilă a disputei, aceasta este obligatorie. În concluzie, dacă părțile nu au epuizat toate procedurile preliminare introducerii cererii de arbitrare, tribunalul arbitral trebuie să refuze jurisdicția asupra cauzei.

2. Problema forței obligatorii a clauzei cu privire la procedurile alternative

Această chestiune cuprinde o largă varietate de situații și poate fi apreciată numai de la caz la caz, în funcție de limbajul clauzei, intenția părților, legea aplicabilă etc. Câteva exemple de clauze ce au condus la apariția unor astfel de probleme au fost des disputate în fața Curții de Arbitraj a Camerei de Comerț Internațional de la Paris:

a) disputele vor fi supuse medierii în acord cu Regulile de Arbitraj în Conciliere ale Camerei Internaționale din Paris. Curtea arbitrală va fi formată din reprezentanți nominalizați în felul următor: fiecare dintre părțile contractante va numi un mediator, care vor numi cu propria voință cel de-al treilea mediator. [...] Curtea arbitrală va lua o decizie cu majoritate de voturi.” În acest caz pârâtul nu a participat la procedurile arbitrale. Curtea ICC a hotărât să pornească procesul cu o decizie pozitivă în baza art. 6(2) a Regulilor de Arbitraj ICC.⁵

b) O altă clauză prevedea că: “Dacă, pentru orice motiv, medierea de către o a treia persoană va fi necesară pentru arbitrarea unei dispute, mecanismul precis utilizat în timpul medierii vor fi Regulile de Arbitraj ale Curții de Comerț Internațional. Locul arbitrării va fi Londra, Anglia.” Pârâtul nu a ridicat obiecțiuni împotriva arbitrajului ICC, astfel cauza a mers mai departe.⁶

c) Printr-o decizie parțială, în cazul ICC nr. 10256, tribunalul arbitral a reținut că folosirea cuvântului „poate” într-o clauză pe trei nivele, care prevede, ca al doilea nivel, că părțile pot să transmită disputa către un expert spre considerare, este un termen non-obligațional. Astfel, cerința de a se adresa unui expert este una permisivă, iar nu obligatorie. În aceste circumstanțe: „oricare dintre părți este liberă să ceară arbitrarea cauzei, indiferent de faptul că au existat discuții mutual de bună-credință ori de transmiterea către mediere de către un expert.”⁷

În concluzie, având în vedere și creșterea continuă a popularității acestor mecanisme, importanța redactării unei clauze arbitrale clare, precise și explicite este mai mult decât evidentă, mai ales în cazul celor de tip escaladare. Așadar, părțile contractante ar trebui să aibă încă de la bun început o imagine foarte clară asupra modalității în care se așteaptă ca posibilele dispute să fie rezolvate.

⁴ Decizia [2014] EWHC 2104 (Comm) <<https://acerislaw.com/zh/condition-precedents-arbitration-emirate-trading-agency-llc-v-prime-mineral-exports-2014-ewhc>>

⁵ “The Drafting of Arbitration Clauses: Recent Issues in ICC Cases” Anne Marie Whitesell, Schulthess 2008 p. 983

⁶ Idem.

⁷ “Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement” ALEXANDER JOLLES, CI Arb Nov. 2006 p. 334

Prestația compensatorie

Ancuța-Mirabela Peca

Abstract

Governed by the provisions of art. 390 NCC, the compensatory allowance is a new legal institution, of which is the offset an imbalance that divorce would determine the living conditions of those who require it. Article 390 NCC introduced as a result of divorce, the compensatory allowance. It can be provided, if the divorce is pronounced husband's exclusive fault of the defendant, the plaintiff spouse who has suffered through divorce a lifestyle change that to decrease below a decent living, even if it is not the inability to work.

Keywords: plaintiff, divorce, the compensatory allowance.

Introducere:

În abordarea temei am pornit de la premiza că este protejat soțul care în urma desfacerii căsătoriei ar avea de suferit un dezechilibru semnificativ fata de condițiile de viața avute pe parcursul căsătoriei. A fost nevoie ca legiuitorul să se îngrijească și de acest aspect oferind o reglementare, cu scopul de a face ca dezechilibrul pe care îl produce divorțul, să fie mai ușor de suportat, cel puțin din punct de vedere material.

Reglementarea noțiunii de prestație compensatorie

Legea 287/2009 (noul Cod civil), prin instituția prestației compensatorii, a adus un element de noutate față de Codul familiei, care nu reglementa această situație având aplicabilitate și o evoluție semnificativă odată cu “dezrobirea femeilor”, prin recunoașterea drepturilor femeilor egale cu cele ale bărbaților. Acesta a fost un moment de declin al instituției familiei, prin statisticile care arată un număr cât mai mare de divorțuri, față de deceniile antedecembriste.

Reglementarea din Codul civil a fost în principal inspirată de Codul civil francez (art. 270-278) și Codul civil al provinciei Quebec (art. 427-430). Cu toate acestea, prestația compensatorie este supusă unor condiții mult mai restrictive, ceea ce îi limitează aplicabilitatea.¹

Codul francez, prin art. 270 și urm. are o sferă mai maleabilă a aplicabilității prestației compensatorii, neintroducând două din condițiile esențiale ale acesteia, care sunt, de altfel prezente în Codul civil român: durata căsniciei de minim 20 de ani și condiția culpei exclusive la divorț a soțului debitor.²

Atât jurisprudența, cât și specialiștii în Drept francezi, au dezvoltat unele reguli privind justificarea cheltuielilor pentru: mutare și stabilirea într-o altă locuință, pierderea unei șanse de câștig în întreprinderea

¹ Ovedenie Carla-Antonia, coord. Av. Bogdan Dobrescu, *Prestația compensatorie. Criterii de stabilire*, <http://www.raspunsurijuridice.ro/prestati-compensatorie-criterii-de-stabilire/#.VVNelfmqqko>

² H. Bosse-Platiere, *Regime de la prestation compensatoire*, in P. Murat (coord), *Droit de la famille*, 5eme edition, Dalloz, 2010, pp. 298-336

celuilalt soț³, pentru prejudiciul moral constând în singurătatea morală și afectivă creată de divorț după o îndelungată viață în comun, părăsirea soției pentru o altă femeie mai tânără, prejudicii morale rezultate din părăsirea soției după 30 de ani de căsnicie pentru o altă femeie lăsându-i sarcina îngrijirii fiicei adulte dar afectate de un handicap.⁴

Legiuitorul a ținut să protejeze soțul care și-a respectat obligațiile pe durata căsătoriei, astfel încât soțul reclamant are un drept de opțiune între a solicita dreptul la prestația compensatorie sau dreptul la pensia de întreținere.⁵

Condiții:

- durata a căsătoriei de cel puțin 20 de ani, ca primă condiție (primordială, de altfel)
- vinovăția soțului pârât, fiind nevoie ca cererea de divorț să fi fost introdusă din culpa exclusivă a acestuia;
- ultima, dar nu cea din urmă condiție este precizată de dezechilibrul semnificativ al nivelului de trai survenit în urma divorțului, dezechilibru care face ca viața soțului reclamant să sufere modificări.

Redactarea care face puțin defectuoasă norma din art.390 care inițiază această instituție: „În cazul în care divorțul se pronunță din *culpa exclusivă a soțului pârât*, soțul reclamant poate beneficia de o prestație...” face necesară precizarea că nu calitatea juridică de subiect activ sau pasiv în procesul de divorț este importantă, ci faptul că unul dintre soți este responsabil, în mod exclusive, de desfacerea căsătoriei, chiar dacă, inițial, acest soț avea calitatea de reclamant, însă divorțul a fost „acordat” în cererea reconvențională a soțului pârât.⁶

Stabilirea prestației compensatorii:

Prestația compensatorie va putea fi introdusă doar odată cu cererea de desfacere a căsătoriei, potrivit art. 391 (1) NCC. Stabilirea prestației compensatorii este analizată în funcție de resursele soțului care o solicită, cât și de mijloacele celui alt soț din momentul divorțului, de efectele pe care le are sau le va avea lichidarea regimului matrimonial, precum și de orice alte împrejurări previzibile de natură să le modifice, cum ar fi vârsta și starea de sănătate a soților, contribuția la creșterea copiilor minori pe care a avut-o și urmează să o aibă fiecare soț, pregătirea profesională, posibilitatea de a desfășura o activitate producătoare de venituri și altele asemenea.⁷

În ceea ce privește modul de „prestare” a acestei obligații a soțului debitor, ea se poate realiza în natură, atunci când privește bunuri mobile sau imobile (prin constituirea unui drept de uzufruct) care aparțin debitorului, cât și sub formă de bani, înglobați într-o singură sumă sau într-o rentă viageră.

Articolul 392 [alin. (1)], a ținut să precizeze modurile de “predare” a prestației, ceea ce denotă faptul că pot exista doar anumite situații limitativ prevăzute de norma juridică ce compensează nevinovăției soțului-victimă .

³ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. I. “Quadrages”, PUF, nr. 607, Marius Floare, *Unele observații privind despăgubirile în caz de divorț conform art. 388 din Noul cod civil*, Jurisprudentia, <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=534>

⁴ A se vedea bogata jurisprudență indicată de H. Bosse-Platiere, *Dommages et interets*, p. 391, cit. de Marius Floare, *Unele observații privind despăgubirile în caz de divorț conform art. 388 din Noul cod civil*, Jurisprudentia, <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=534>

⁵ O. Ghiță, R. G. Albăstroiu, *Regimuri matrimoniale. Sinteze. Teste grilă*, ed. Hamangiu, București, 2013, pp. 104-105.

⁶ E. Florian, *op. cit.*, p. 140.

⁷ O. Ghiță, R. G. Albăstroiu, *op. cit.*, p. 105

Referitor la realizarea acestei obligații *în natură*, legiuitorul precizează în mod expres că bunurile asupra cărora se constituie dreptul de uzufruct trebuie să fie bun propriu, al debitorului, și nu un bun comun.

Soluția dreptului de uzufruct constituit asupra unor bunuri ale celuilalt soț, afară de avantaje lesne de perceput, are și neajunsuri. Între foștii consorți se creează o legătură juridică în temeiul dreptului de uzufruct, nud proprietar-uzufructuar, cu un potențial contencios deloc neglijabil, precum prestațiile legater de reparațiile efectuate sau cele de efectuat⁸ (în sensul că, potrivit art. 729 NCC, uzufructuarul este obligat să efectueze reparațiile de întreținere, iar nudul proprietar, reparațiile mari; reparațiile mari cad în sarcina uzufructuarului dacă acestea sunt consecința neefectuării reparațiilor de întreținere).

Printr-o *rentă viageră*, articolul prezintă unele neconcordanțe, întrucât, în cazul în care s-ar constitui prestația compensatorie într-o rentă viageră, ceea ce ar însemna până la decesul unuia dintre soți, ar veni în contradictoriu cu o altă normă juridică, și anume articolul 395 care precizează situațiile în care prestația compensatorie încetează, unele din motive fiind recăsătorirea fostului soț care o primește.

Obiectul prestației compensatorii

Prin hotărârea nr. 234/2013⁹ instanța a statuat imposibilitatea constituirii în favoarea reclamantei a prestației compensatorii având ca obiect uzufructul asupra apartamentului soților, bun imobil în devălmășie.

În speță, reclamanta X a introdus cererea de divorț împotriva soțului, Y, cerând, totodată și prestația compensatorie.

În întâmpinare, soția a dovedit respectarea condițiilor prestației compensatorii prin prisma faptului că avea o căsnicie de 26 ani, iar vinovăția, în exclusivitate a soțului pârât a fost demonstrată de părăsirea acesteia de către soț pentru o altă femeie la care locuia de ceva vreme.

În ceea ce privește dezechilibrul semnificativ al nivelului de trai, s-a consemnat că soția, pentru a putea să îngrijească gospodăria și educația celor trei copii, a fost nevoită să renunțe la multe aspecte în ceea ce privește cariera sau profesia pe care și-ar fi dorit-o. De aici se poate observa o altă încălcare a principiilor căsătoriei (în afară de cea de fidelitate), aceea de sprijin moral și material.

„Din probele administrate rezultă că relațiile de căsătorie dintre soți au fost deteriorate de către ambii soți. Din cauza neglijenței, apelantul a avut o relație extraconjugală.

Referitor la cererea reclamantei de acordare a unei prestații compensatorii, sub forma uzufructului viager asupra cotei-părți ce i-ar reveni pârâtului din apartamentul bun comun, instanța a reținut că potrivit dispozițiilor art. 390 alin. 1 și 2 din Codul civil, în cazul în care divorțul se pronunță din culpa exclusivă a soțului pârât, iar căsătoria a durat cel puțin 20 de ani, soțul reclamant poate beneficia de o prestație care să compenseze, atât cât este posibil, un dezechilibru semnificativ pe care divorțul l-ar determina în condițiile de viață ale celui care o solicită.

Prin motivele de apel se aduc critici cu privire la plata unei prestații compensatorii pentru nelegalitate și netemeinicie întrucât modalitatea în care a fost cerută prestația nu poate constitui un motiv de respingere a cererii în sine atâta timp cât aceasta este întemeiată, instanța de fond putând dispune din oficiu modalitatea de plată, de altfel instanța de fond nu a pus în discuția părților excepția inadmisibilității cererii ca urmare a faptului că s-a solicitat uzufructul asupra unui bun imobil proprietate comună. În ceea ce privește culpa exclusivă s-a depus la dosar dovezile pentru îndeplinirea tuturor condițiilor, căsătoria a

⁸ *Idem, op. cit.*, p. 143

⁹ Tribunalul Dolj, Secția Civilă, Hotărârea nr. 234/2013 din data de 03 decembrie 2013.

încetat din culpa exclusivă a pârâtului iar cu privire la divorț și dezechilibrul în viața apelantei, s-a făcut dovada că nu și-ar putea permite să achiziționeze o locuință și ar rămâne pe drumuri.

Pe de altă parte, art. 392 alin. 1 NCC prevede condiția ca bunul asupra căruia se instituie uzufructul să aparțină debitorului, ori în cauză, apartamentul este bun comun al celor doi soți.

Dreptul de proprietate devălmașă al soților asupra bunurilor dobândite în timpul căsătoriei presupune că bunul aparține celor doi soți fără ca aceștia să aibă precizată vreo cotă-parte ideală din dreptul de proprietate asupra aceluși bun, cum este în cazul proprietății comune pe cote-părți.

Obiectul uzufructului poate fi un bun sau o universalitate de bunuri, chiar o cotă-parte dintr-un bun, dar când această cotă-parte este individualizată.

Cum reclamanta nu a cerut instituirea uzufructului pentru un bun care aparține debitorului, ci pentru un bun comun, cererea sa nu poate fi încuviințată.

Altfel spus, pe această cale, reclamanta urmărește să-i fie atribuit sub această formă apartamentul bun comun pe toată durata vieții sale, pentru a nu fi supus partajului, procedură în care se stabilește cota de contribuție a soților la dobândirea tuturor bunurilor comune, ori nu acesta este sensul textului de lege care urmărește să vină în sprijinul soțului ce nu poartă vina desfacerii căsătoriei, în sensul de a compensa dezechilibrul semnificativ al condițiilor de viață, produs ca urmare a survenirii divorțului.

Având în vedere toate aceste considerente de fapt și de drept expuse, instanța a respins acțiunea principală ca neîntemeiată, a admis în parte cererea reconvențională și pe cale de consecință, a desfăcut căsătoria din culpa exclusivă a pârâtului, a dispus ca reclamanta să revină la numele purtat anterior căsătoriei și a respins capătul de cerere din cererea reconvențională privind obligarea reclamantului-pârât la prestația compensatorie.”

Doctrina recentă consideră că prestația compensatorie ar avea un caracter hibrid între indemnizație¹⁰ reparatorie și prestație de întreținere, deși are un caracter de reparație doar prin existența legăturii *indirecte* de cauzalitate între culpa debitorului și dezechilibrul nivelului de trai la care este supus soțul “nevinovat”.

Articolul 388 NCC prevede că, distinct de dreptul la prestația compensatorie, soțul nevinovat, care suferă un prejudiciu prin desfacerea căsătoriei, poate cere soțului vinovat să îl despăgubească. Cererea se soluționează prin hotărârea de divorț.

Cu alte cuvinte, dreptul la despăgubire al soțului fără culpă la divorț poate fi exercitat de acesta, însă numai dacă, în momentul introducerii cererii de divorț ar fi stabilit, prin capăt subsidiar al cererii, și plata de daune-interese.

Așa cum s-a arătat în doctrina recentă¹¹, dreptul la despăgubiri se naște doar în cazul desfacerii căsătoriei din culpa exclusivă a potențialului debitor, pentru orice prejudicii de natură materială sau morale cauzate ca urmare a divorțului. Prin prisma acestei răspunderi civile speciale, dovedirea existenței unor prejudicii materiale este anevoioasă¹², cu atât mai mult cu cât prezintă dificultate a se demonstra existența unei legături de cauzalitate între divorț și consecințele patrimoniale nefavorabile ale unui eveniment care nu s-a produs încă, vorbind așadar, de o situație ipotetică, însă ale cărei consecințe trebuie avute în vedere din momentul în care persoana hotărăște să pună capăt căsniciei.

¹⁰J. Hauser, *Divorce pour alteration du lien conjugal, pour faute et separation de corps: dommages-interets sur la base de l'article 1382 du code civil*, RTD civ. nr. 2/2012, p. 105, op. cit. de Marius Floare, *Unele observații privind despăgubirile în caz de divorț confirm art. 388 Noul Cod civil*, Juresprudentia <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=534>

¹¹ Marieta Avram, Laura Andrei, *Instituția familiei în Noul Cod civil*, ed. Hamangiu, București, 2010.

¹² *Idem*.

Încetarea prestației compensatorii

Prestația compensatorie încetează prin decesul unuia dintre soți, prin recăsătorirea soțului creditor, precum și atunci când acesta obține resurse de natură să îi asigure condiții de viață asemănătoare celor din timpul căsătoriei.

Pe lângă aceste situații, se mai poate adăuga una, aceea a împlinirii termenului stabilit de instanță pentru cazul în care dreptul de uzufruct sau renta convenită creditorului a fost determinată pe o anumită perioadă [art. 392 alin. (3) NCC]¹³.

Este, de asemenea, de observat situația în care soțul debitor plătește o sumă globală. Este posibil ca, după trecerea unei anumite perioade de timp, situația soțului creditor să se fi îmbunătățit, iar prestația compensatorie (dacă ar fi fost întocmită printr-o rentă viageră) s-ar fi modificat în funcție de resursele celor doi, cât și de orice schimbare a nivelului de trai a soțului creditor. Într-o astfel de situație, prestația compensatorie constituită într-o sumă globală l-ar putea dezavantaja pe soțul debitor (mai mult decât se întâmplă în mod normal).

Concluzie

Codul civil a adus o inovație în materia efectelor desfacerii căsătoriei. Odată cu recunoașterea egalității femeilor în rândul bărbaților și constituirea drepturilor femeii, prestația compensatorie a fost un prilej pentru a "ieși de sub robia bărbatului".

Este adevărat că această prestație nu este constituită special pentru femei și fără nicio urmă de discriminare a genului masculin, însă, de cele mai multe ori, ele "cad pradă" într-o căsnicie pe care nu o mai suportă și la care le este teamă să renunțe, ca să nu mai vorbim de tratamentele rele la care sunt supuse și pe care le rabdă "de dragul familiei".

În altă ordine de idei, această "sanctiune a soțului vinovat" este destul de restrictivă, întrucât nu se pot demonstra de fiecare dată toate condițiile necesare pentru a putea fi admisă o astfel de cerere.

În speța anterior analizată, culpa soțului este discutabilă, deoarece, în 26 de ani de căsnicie, viața îi pune la multe încercări și niciodată nu este vinovat unul singur.

Din punct de vedere procedural, greșeala soției, și din cauza căreia nu a primit prestația compensatorie, a fost aceea că în momentul introducerii cererii de divorț, ar fi trebuit introdusă și o acțiune în partaj. După lichidarea căsătoriei, acel bun imobil aflat în devălmășie ar fi devenit bun pe cote-părți, corespunzător contribuției soților la achiziționarea acestuia. Într-o astfel de situație ar fi avut o șansă mai mare de a i se admite cererea.

Altfel, dreptul la despăgubiri este o cerere ce poate fi introdusă în același timp cu cererea de divorț, distinct însă de prestația compensatorie.

Și în ceea ce privește dezechilibrul semnificativ suferit de soție sunt multe discuții. Pe de o parte, desfacerea căsătoriei ar face-o nevoită să își schimbe modul de viață, însă, pe de altă parte, în speță se precizează că soțul a părăsit-o în urmă cu câțiva ani, ceea ce ne-ar duce cu gândul la faptul că schimbarea bruscă s-a produs în urmă cu acei câțiva ani, în care a fost părăsită. Dar, desigur, legiuitorul dă un alt înțeles termenului de "dezechilibru".

După cum se poate observa, cazurile în care se acordă prestația compensatorie sunt destul de rare. Deși această instituție a fost introdus în noua reglementare pentru a proteja soțul "nevinovat", condițiile în care ea poate fi aplicată sunt destul de restrictive.

¹³ E. Florian, *op. cit.*, p. 143.

Împrejurări abuzive în exercitarea dreptului de petiționare și necesitatea instituirii unui Corp de Control și Evidență privind petiționarea

Andreea Agapie

Ratio: În conformitate cu prevederile Constituției României, anume art. 51, în enumerarea drepturilor și libertăților fundamentale, apare și dreptul de petiționare, prerogativă ce însumează adresarea către autoritățile publice prin petiții formulate numai în numele semnatarilor. Totodată, organizațiile legal constituite au dreptul să adreseze petiții exclusiv în numele colectivelor pe care le reprezintă. Exercițarea dreptului este scutită de taxă, iar autorităților le revine obligația de a răspunde la petiții în termenele și condițiile stabilite, în conformitate cu legea.

Quaestio: Poate să devină exercitarea dreptului de petiționare abuzivă, urmând a atrage cu sine și posibilitatea de acordare a daunelor morale? În caz afirmativ, ce îndrituiește instanța să acorde sume pentru repararea unui prejudiciu nepatrimonial?

Punctul de plecare al prezentului articol îl reprezintă statuarea în sine a petiționării ca drept fundamental, constituțional, conferit tuturor cetățenilor sau, altfel spus un răspuns-prerogativă al acestora adresat autorităților. Ca raportare la aspectele practice, am avut în vedere Sentința civilă nr. 3394 din 16 aprilie 2009 a Judecătorei Râmnicu Vâlcea ce viza în mod concret exercitarea abuzivă a dreptului de petiționare prin lezarea onoarei, a reputației și a dreptului la imagine. Pentru astfel de acțiuni abuzive instanța a considerat justă acordarea de daune morale.

Prin acțiunea introdusă pe rolul Judecătorei Râmnicu Vâlcea, reclamantul a arătat că, având calitatea de subinspector în cadrul Serviciului Poliției de Ordine Publică, a controlat o societate de pază și protecție, al cărei administrator era chiar pârâțul, dispunând sancționarea contravențională. Ulterior controlului, licența societății pârâte pentru prestarea activităților de pază și protecție expirase, iar pentru acoperirea propriei culpe, împotriva reclamantului au fost formulate plângeri penale și administrative, solicitând sancționarea pentru fapte imaginare, fiind acuzat de abuz în serviciu și alte abateri disciplinare, plângeri ce au urmat a fi respinse. Solicitarea reclamantului, vădit îndreptată către acordarea de daune morale, a apărut ca urmare a sancționării legale a societății pârâte.

Exercițarea abuzivă a dreptului de petiționare reiese tocmai din formularea succesivă a nenumăratelor plângeri împotriva reclamantului, după cum se arată și în motivarea instanței: „În condițiile în care pârâții au formulat succesiv nenumărate plângeri împotriva reclamantului, aducându-i aceleași acuzații, deși cunoșteau soluțiile date cu privire la plângerile lor anterioare, reaua-credință a acestora este evidentă, cu atât mai mult cu cât de fiecare dată, afirmațiile lor s-au dovedit a fi lipsite de vreo bază factuală. Pârâții nu s-au limitat doar la formularea de plângeri împotriva reclamantului, ci au acordat și interviuri în ziarul A.V. și la postul de televiziune VTV R..V., în cursul cărora au reiterat acuzațiile

calomnioase făcute la adresa acestuia prin plângerile anterioare, referitoare la săvârșirea infracțiunii de abuz în serviciu, la efectuarea de lobby pentru o altă firmă de pază în schimbul unor bunuri necuvenite, încălcând astfel demnitatea, onoarea reclamantului și dreptul la propria imagine, ceea ce contravine prevederilor art.30 alin.6 din Constituția României”.¹

Instanța a avut în considerare scopul exercitării dreptului de petiționare, unul în mod cert ilegal, abuziv, o formă de atac la activitatea sancționatorie, dar legală a reclamantului, urmând a sancționa fapta prin acordarea de daune morale.

Prin modul abuziv în care s-a exercitat dreptul de petiționare, s-a urmărit, în realitate, șicanarea reclamantului în scop de răzbunare pentru actele sale îndeplinite în exercițiul funcțiunii. Anchetele judiciare și administrative au confirmat însă netemeinicia acuzațiilor făcute la adresa reclamantului, și realitatea faptelor pentru sancționare, anume angajarea de persoane fără atestat profesional și depunerea documentației pentru reînnoirea licenței de funcționare după expirarea termenului prevăzut de lege. Reclamantului i s-a cauzat o stare de neliniște, neplăceri și incertitudini ca urmare a declanșării împotriva sa a unor proceduri penale și administrative și, de asemenea, i s-a încălcat onoarea, demnitatea și dreptul la imagine, astfel că prejudiciul moral suferit de acesta se impune a fi reparat pe cale pecuniară, temeiul juridic al răspunderii constituindu-l disp.art.998 și urm.C.civ. Referitor la cuantumul prejudiciului, instanța a apreciat că, în raport de gradul de lezare a valorilor sociale ocrotite de lege, de intensitatea și gravitatea atingerii aduse acestora, suma de 6000 lei solicitată de reclamant cu titlu de despăgubiri morale este suficientă pentru a acoperi, măcar în parte, prejudiciul moral încercat de acesta.²

Cu titlu de concluzie, în urma raportării la sentința instanței, propun, de lege ferenda schimbarea modalității de control și restrângere a dreptului de petiționare, accentuând următoarele considerente:

1. Declanșarea de proceduri administrative trebuie atent verificată de către autorități, pentru a putea stopa eventuala lezare a persoanelor ce își îndeplinesc atribuțiile în temeiul legii;
2. Existența unui drept garantat prin însăși Constituție nu trebuie să dea naștere la abuz, în acest sens fiind necesară crearea unui Corp de Control specializat care să țină evidența petițiilor formulate și să evalueze probitatea persoanei, temeinicia și veridicitatea actului îndreptat către autoritate;
3. Formularea succesivă de cereri către autorități nu trebuie să atragă cu sine și convingerea că există în mod categoric o vătămare, supoziția putând fi demontată ulterior; după cum reiese și din raportarea la jurisprudență, unele afirmații sau cereri sunt dovedite ulterior a fi lipsite de vreo bază factuală;
4. Anchetele administrative trebuie să se exercite cu precădere aprioric, rațional, obiectiv, prin corp specializat de control, fiind în mod categoric necesară verificarea temeinică a conformității cu adevărul a cererilor îndreptate către orice autoritate.

Deși aparent anevoioasă această procedură, ea constituie garant și limitare a exercitării abuzive a dreptului de petiționare. Consider mai mult decât necesară instituirea unui Corp de Control și Evidență privind petiționarea, **independent de orice structură administrativă**, unui control aprioric, obiectiv, pentru generarea celerității în afara instanțelor și pentru a se evita supraaglomerarea acestora din urmă. În mod categoric garantarea exercitării unui drept nu trebuie să implice și posibilitatea de a duce exercitarea către abuz.

¹ Sursă online legeaz.net, Exercițarea abuzivă a dreptului de petiționare.

² Sursă online legeaz.net, Exercițarea abuzivă a dreptului de petiționare.

Natura juridică a răspunderii administratorului societății în lumina Legii nr. 31/1990 privind societățile

Drd. Mariana – Denisa Pîrvu

Problema naturii juridice a raporturilor dintre administrator și societate are implicații majore în dreptul societar, aceasta fiind o temă amplu dezbătută în literatura de specialitate.¹

Calitatea de administrator al unei societăți implică numeroase consecințe sub aspectul asumării răspunderii juridice. În virtutea atribuțiilor și puterilor oferite de acționari, fie prin actul constitutiv, fie în baza hotărârii adunării generale a acționarilor, administratorul unei societăți își asumă multiple obligații a căror nerespectare poate avea consecințe grave pentru patrimoniul său sau chiar, în cazuri excepționale, pentru libertatea sa.²

Actele și faptele juridice săvârșite în exercitarea atribuțiilor sale pot antrena în sarcina administratorului, distinct de societate, diferite forme de răspundere juridică (civilă, penală, contravențională).

În vederea stabilirii naturii juridice a raporturilor dintre administrator și societate în reglementarea Legii nr. 31/1990 privind societățile, trebuie avut ca punct de reper dispozițiile normative consacrate de art. 72 din Legea nr. 31/1990, potrivit cărora: „Obligațiile și răspunderea administratorilor sunt reglementate de dispozițiile referitoare la mandat și de cele special prevăzute în această lege”.³

Din interpretarea textului de lege rezultă că raporturile dintre administrator și societate sunt reglementate atât de regulile mandatului, cât și de cele prevăzute în Legea nr. 31/1990, fapt ce face ca răspunderea administratorului față de societate să aibă o dublă natură juridică: contractuală și legală.

În acest sens sunt și prevederile art. 73 alin. 1 din Legea nr. 31/1990 care stabilesc că: "Administratorii sunt solidar răspunzători față de societate pentru: d) exacta îndeplinire a hotărârilor adunării generale; e) stricta îndeplinire a îndatoririlor pe care legea, actul constitutiv le impun."⁴

¹ În ceea ce privește evoluția concepțiilor privind această problemă a se vedea pe larg: Cl. Roșu, "Natura juridică a raporturilor dintre administratorii societății comerciale", în R.D.C. nr. 4/2001, p. 80 și urm.; E. Munteanu, "Unele aspecte privind statutul juridic al administratorilor societăților comerciale", în R.D.C. nr. 4/1997, p.76-78; Gh. Piperea, "Obligațiile și răspunderea administratorilor societăților comerciale. Noțiuni elementare", Ed. All Beck, București, 1998, p. 152; I.L.Georgescu, "Drept comercial român, vol. II", Ed. C.H.Beck, București, 2002, p. 490-493; Fl. A Baias, S. David, „Răspunderea civilă a administratorului societății comerciale”, în Dreptul nr. 8/1992, p. 15-17; St. D. Cărpenaru, "Administrarea societăților comerciale în reglementarea Legii nr. 31/1990", în R.D.C. nr. 2/1993, p. 30 și urm. "

² Gh. Piperea, „Obligațiile și răspunderea administratorilor societăților comerciale. Noțiuni elementare”, Ed. All Beck, București, 1998, p. 147 - „Dacă actele de gestiune inspirate și corecte ale administratorilor pot aduce beneficii și prosperitate societății, în aceeași măsură, actele de gestiune greșită, imprudența, faptele ilicite ale administratorului săvârșite în exercitarea mandatului său pot păgubi sau ruina atât societatea, cât și pe asociați sau persoanele străine de societate.”

³ St. D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, "Legea societăților comerciale. Comentarii pe articole, Ediția 4", Ed. C.H.Beck, București, 2009, p. 278.

⁴ St. D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, "Legea societăților comerciale. Comentarii pe articole, Ediția 4", Ed. C.H.Beck, București, 2009, p. 281.

Dispozițiile din Legea nr. 31/1990 referitoare la răspunderea administratorului societății se completează cu dispozițiile generale din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil.⁵ Astfel că, potrivit art. 1915 alin. (1) Cod civil "*Administratorii răspund personal față de societate pentru prejudiciile aduse prin încălcarea legii, a mandatului primit sau din culpă în administrarea societății.*"

Problema care a suscitât controverse multiple în doctrină⁶ și care a dus la exprimarea mai multor opinii juridice, uneori contradictorii, este aceea a calificării naturii juridice a răspunderii administratorului în funcție de temeiul/izvorul obligațiilor încălcate de acesta.

Pornind de la ideea că încălcarea legii⁷ este calificată ca fiind un delict civil în sensul art. 1349 Cod civil, în situația în care administratorul societății în exercitarea atribuțiilor sale aduce atingere legii, intervine o răspundere civilă delictuală din partea acestuia. În acest sens s-a susținut în literatura de specialitate⁸ faptul că puterea administratorului izvorăște nu dintr-un contract încheiat între el și societate, ci din lege. Bazându-ne pe concepția potrivit căreia administratorul este reprezentantul legal al societății, răspunderea administratorului nu poate în aceste condiții fi decât delictuală⁹.

Încălcarea mandatului implică însă o răspundere contractuală a administratorului în sensul art. 1350 Cod civil, întrucât fapta ilicită a administratorului constă în încălcarea unor obligații rezultate din contractul încheiat între părți.

Raporturile dintre administrator și societate au fost considerate ca raporturi izvorâte dintr-un contract de mandat de drept comun, teoria mandatului de drept comun fiind susținută și de doctrină în perioada interbelică, precum și de jurisprudență.¹⁰

Aplicarea exclusivă a răspunderii civile contractuale a fost prima dată asumată de marele jurisconsult Demogue, opinia acestuia fiind însușită ulterior de casația franceză, potrivit căreia: „examinând mandatul cu care sunt investiți administratorii unei societăți anonime, se constată că alături de obligațiile ce le sunt impuse prin statut, administratorii sunt legați și de obligațiile supletive ale legii și care au a se considera că se integrează în contractul de mandat intervenit între societatea anonimă și administratorii săi; violarea acestor dispozițiuni legale atrage deci responsabilitatea contractuală, iar nu delictuală a administratorilor”¹¹.

În acest sens a se vedea că însuși Codul comercial român, în prezent abrogat, a consacrat această concepție în art. 122 alin. (1) potrivit căruia: „Societatea anonimă se administrează de către unul sau mai mulți mandatar temporari, revocabili, asociați sau nu” și art. 123 alin. (2) potrivit căruia: „Cu toate

⁵ Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată în M.Of. nr. 505/15 iulie 2011.

⁶ A se vedea Emanoil Munteanu, „Regimul juridic al administratorilor societăților comerciale”, Ed. All Beck, 2000, p.265.

⁷ Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, „Noul cod civil. Comentariu e articole - Art. 1-2664”, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1938 - „Noțiunea de lege trebuie interpretată în sens larg, incluzând alături de lege ca act juridic al Parlamentului și actele normative cu putere de lege sau actele normative date în aplicarea legii (hotărâri de guvern, ordine ale miniștrilor, regulamente ale autorităților de supraveghere și control etc.).”

⁸ I. Turcu, „Teoria și practica dreptului comercial român, vol. I”, Ed. Lumina Lex, București, 1998, p. 339.

⁹ A se vedea Fl. Baias, S. David, „Răspunderea civilă a administratorilor societăților comerciale”, Dreptul nr. 8/1992, p. 21; V. Pătulea, „Răspunderea juridică a organelor de conducere, administrare și control ale societăților comerciale cu capital de stat”, în Dreptul nr. 1/1996, p. 15.

¹⁰ A se vedea cu titlu exemplificativ, Curtea de Apel București, Secția a V-a comercială, Decizia comercială nr. 167 din 13 aprilie 2011, publicată pe <http://legeaz.net/spete-drept-comercial/mandatul-administratorului-societatii-raspunderea-167-2011>.

¹¹ Cas. fr. Req, Dec. din 26 ian. 1910, comentată de H. și L. Mazeaud, apud V.V. Dimian, „Despre responsabilitatea administratorilor în societățile anonime.”, Tipografia Universul, București, 1943, p. 16-17.

acestea, ei răspuns de executarea mandatului lor și de ceea ce decurge din obligațiile pe cari legea le impune.” Aceste dispoziții reprezintă o transcriere aproape textuală a dispozițiilor Codului comercial italian, modelul Codului comercial român, ele regăsindu-se într-o formă aproape asemănătoare și în art. 36 din Decretul nr. 31/1954 privitor la persoanele fizice și persoanele juridice (în prezent abrogat)¹², potrivit cărora: „*Raporturile dintre persoana juridică și cei care alcătuiesc organele sale sunt supuse, prin asemănare, regulilor mandatului, dacă nu s-a prevăzut altfel prin lege, actul de înființare ori statut.*”

În doctrină¹³ și practica judiciară¹⁴, tot în privința stabilirii naturii juridice a răspunderii administratorului, s-a conturat și ideea că răspunderea administratorului este de fapt o răspundere mixtă, contractuală și delictuală, având în vedere faptul că raporturile dintre societate și administrator au o dublă natură: contractuală și legală.

Dubla natură juridică a răspunderii civile a administratorilor se manifestă atât față de societate cât și față de terți. Această răspundere este o răspundere contractuală, mai ales față de societate când rezultă încălcarea mandatului ori a dispozițiilor actului constitutiv sau ale legii referitoare la mandatul administratorilor și delictuală când se referă la încălcarea altor dispoziții imperative ale legii (mai ales față de terți).¹⁵

Această concepție este îmbrățișată și de doctrina franceză¹⁶ care consideră că răspunderea administratorilor este una contractuală în raporturile cu societatea și asociații și delictuală în raporturile cu terții.

Stabilind sfera de raportare a fiecărui tip de răspundere se pune întrebarea dacă natura contractuală a răspunderii se poate menține și atunci când administratorul nu a încălcat o obligație cuprinsă în actul constitutiv al societății, ci una prevăzută de lege.

Ca răspuns la această problemă, pe de o parte, unii autori¹⁷ au considerat că responsabilitatea administratorilor are un caracter contractual ori de câte ori se naște din obligațiile asumate prin actul constitutiv

¹² **Decretul nr. 31/1954** privitor la persoanele fizice și persoanele juridice, publicat în Buletinul Oficial 8/1954 a fost abrogat odată cu intrarea în vigoare la data de 1 octombrie 2011 a noului Cod civil, potrivit art. 230 lit. n) din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în M.Of. nr. 409/2011.

¹³ A se vedea Vasile Simion, „*Despre responsabilitatea administratorilor în societățile anonime*”, Tipografia Universul, p. 1943, p. 24.

¹⁴ ÎCCJ, secția comercială, Decizia nr. 2656/2009 pronunțată în Dosarul nr. 9516/62/2007, publicată pe <http://legeaz.net/spete-drept-comercial-iccj-2009/decizia-2656-2009> - potrivit căreia „*Cu alte cuvinte, raporturile de mandat care guvernează relația dintre administratori și societate, diferă de regulile mandatului de drept comun, legea societăților comerciale impunând o reglementare mai amănunțită a acestui tip de mandat prin norme de ordine publică, în scopul securității raporturilor juridice de natură comercială și nu în ultimul rând al protecției terților.*”

¹⁵ A se vedea Gh. Piperea, „*Obligațiile și răspunderea administratorilor societăților comerciale. Noțiuni elementare*”, Ed. All Beck, București, 1998, p. 155. Și jurisprudența națională este în acest sens - Curtea de Apel București, secția a VI-a comercială, Decizia nr. 839 R din 27 mai 2009, publicată pe jurisprudenta.org, prin care s-a reținut că: „*Natura juridică a răspunderii administratorului societății debitoare aflată în insolvență față de creditorii acesteia nu este una contractuală, întemeiată pe mandat, care ar fi aplicabilă doar în raport cu societatea însăși al cărei mandatar este administratorul, nu și în raport cu creditorii sociali, terți față de contractul de mandat, față de aceștia din urmă răspunderea găsindu-și temeiul în dispozițiile de drept comun privind răspunderea civilă delictuală, ale cărei elemente nu sunt, de altfel, întrunite în speță.*”

¹⁶ Pentru mai multe detalii a se vedea Jaques Mestre, Gilles Flores, „*Lamy societes commerciales – Droits de societe*”, Paris, 1987, p. 690-691.

¹⁷ A se vedea I.L. Georgescu, „*Drept comercial român, vol. II*”, Ed. C.H.Beck, București, 2002, p. 488; I.N. Fițescu, „*Curs de drept comercial. Vol. I*”, editat de Al. Th. Doicescu, București, 1929, p. 199-204; St. D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, „*Legea societăților comerciale. Comentariu pe articole. Ediția 4*”, Ed. C.H. Beck, p.278-279.

al societății sau din lege, iar mandatul (contractual sau legal), considerat un raport juridic preexistent, a fost încălcat.

Pe de altă parte, s-a considerat că răspunderea administratorului nu ar avea și o natură contractuală, ci numai una legală, deoarece administratorul are calitatea de reprezentant legal, de organ al societății. Pornind de la această interpretare, în literatura de specialitate¹⁸ s-a nuanțat ideea de răspundere „organică”¹⁹, sau „societară”. Este vorba despre o răspundere specifică de drept comercial bazată pe ideea că administratorul este o parte însemnată din societate, „un organ al societății, fără de care corpul societar nu ar putea exista”.²⁰ Administratorul, în exercitarea atribuțiilor sale, nu are voință proprie, ci acesta exprimă voința colectivă a asociaților, de aceea el nu este un subiect de drept distinct de societate, ci este parte integrantă a acesteia.

Analizând toate aceste opinii și teorii se poate remarca faptul că doctrina juridică și jurisprudența au cunoscut de-a lungul timpului o evoluție în ceea ce privește natura raporturilor dintre administrator și societate, plecându-se de la ideea că administratorul este un simplu mandatar al societății și ajungându-se la concluzia că el este un organ al acesteia și nu doar un reprezentant al ei.

Față de toate aceste opinii, apreciez că o interpretare justă și legală este cea a calificării răspunderii juridice a administratorului ca fiind una mixtă, aceasta pentru că, administratorul răspunde pe de o parte față de societate pentru nerespectarea obligațiilor izvorâte din contractul de mandat, fiind incidentă o răspundere contractuală și totodată, acesta răspunde și pentru nerespectarea obligațiilor prevăzute în sarcina sa de legea societăților, răspunderea fiind fie una civilă delictuală (când nerespectarea unei obligații legale are la bază o faptă ilicită), fie o răspundere penală²¹ (când nerespectarea unei obligații legale are la bază o infracțiune).

Adoptarea uneia sau alteia dintre opiniile juridice conturate au consecințe practice deosebite asupra securității creditului, asupra activităților societății, asupra principiului bunei-credințe, calificarea corectă a naturii răspunderii administratorului având o importanță practică mai ales în plan probatoriu.

În cazul răspunderii civile delictuale, culpa administratorului nu este prezumată, ca la răspunderea contractuală, ci trebuie dovedită împreună cu toate celelalte condiții ale răspunderii civile delictuale prevăzute de Codul civil. În schimb, la răspunderea contractuală, sistemul probatoriu este cel al culpei prezumate, administratorul trebuind să răstoarne prezumția de culpă și să-și dovedească nevinovăția.

¹⁸ Pentru detalii a se vedea M. Danil, „Câteva probleme ale funcționării și administrării societăților comerciale”, în R.D.C. nr. 3/1993, p. 89 și urm.; M. Dumitru, „Dreptul societăților comerciale”, Ed. Institutul European, Iași, 2010, p. 192; Radu N. Catană, „Rolul justiției în funcționarea societăților comerciale”, Ed. Lumina Lex, București, 2003, p. 333.

¹⁹ Radu N. Catană, *Rolul justiției în funcționarea societăților comerciale*, Ed. Lumina Lex, București, 2003, p. 333 - „Nu credem că această opinie are rolul de a lămurii problema naturii juridice a răspunderii ci din contră, dar nu putem să nu remarcăm că însăși noul Cod civil prevede la art. 1915 alin. 1 că „administratorii răspund personal față de societate pentru prejudiciile aduse prin încălcarea legii, a mandatului primit sau prin culpa în administrarea societății”. Adică o a treia formă de răspundere? Una sui generis?”

²⁰ A se vedea Radu N. Catană, „Dreptul societăților comerciale. Probleme actuale privind societățile pe acțiuni. Democrația acționarială”, Ed. Sfera Juridică, Cluj Napoca, 2007, p. 166.

²¹ A se vedea St. D. Cărpenu, „Administrarea societăților comerciale în reglementarea Legii nr. 31/1990”, în RDC NR. 2/1993, p. 40-44; Gh. Piperea, „Obligațiile și răspunderea administratorilor societăților comerciale, Noțiuni elementare”, Ed. All Beck, București, 1998, p. 154-155.

