

**“DUNĂREA DE JOS” UNIVERSITY OF GALAȚI
FACULTY OF JURIDICAL, SOCIAL AND POLITICAL SCIENCES**

**Member of the Network of Institutes and Schools and Public
Administration in the Central and East Europe**

INTERNATIONAL CONFERENCE

**“EXPLORATION, EDUCATION AND PROGRESS IN THE THIRD
MILLENNIUM”**

Galați, 20th-21st of April 2012

- Proceedings -

Vol. I, No. 4

Galati University Press

The Scientific Committee :

Honorary Chairmans:

Ph.D. Professor Iulian Gabriel BÎRSAN
Rector of the "Dunărea de Jos" University of Galați
Ph.D. Professor Andrei POPA
Rector of the State University Cahul Moldavia

Members:

Ph.D. George ANTONIU	(Romania)
Ph.D. Massimo CIAMBOTTI	(Italy)
Ph.D. Luminița Daniela CONSTANTIN	(Romania)
Ph.D. Romeo-Victor Ionescu	(Romania)
Ph.D. Piotr SITNIEWSKI	(Poland)
Ph.D. Nicolaie VOLONCIU	(Romania)
Ph.D. Giorgio CALCAGNINI	(Italy)
Ph.D. Alexandru BOROI	(Romania)
Ph.D. Andreas P. CORNETT	(Denmark)
Ph.D. Dana TOFAN	(Romania)
Ph.D. Robert SZCZEPANKOWSKI	(Poland)
Ph.D. Luca IAMANDI	(Romania)
Ph.D. Agnieszka BITKOWSKA	(Poland)
Ph.D. Alexandru ȚICLEA	(Romania)
Ph.D. Pierre CHABAL	(France)
Ph.D. Nicolae DURĂ	(Romania)
Ph.D. Tudorel TOADER	(Romania)
Ph.D. Irena SZAROWSKA	(Czech Republic)
Ph.D. Petre BUNECI	(Romania)
Ph.D. Giorgios CHRISTONAKIS	(Greece)
Ph.D. Silvia Lucia CRISTEA	(Romania)
Ph.D. Fabio MUSSO	(Italy)
Ph.D. Dan DROSU-ȘAGUNA	(Romania)
Ph.D. Valentina CORNEA	(Republic of Moldavia)
Ph.D. Eleftherios THALASSINOS	(Greece)
Ph.D. Sergiu CORNEA	(Republic of Moldavia)
Ph.D. Emilian STANCU	(Romania)
Ph.D. Claude BROUDO	(France)
Ph.D. Tonino PENCARELLI	(Italy)
Ph.D. Dan LUPAȘCU	(Romania)
Ph.D. Daniel BUDA	(Romania)
Ph.D. Răducan OPREA	(Romania)
Ph.D. Florin TUDOR	(Romania)
Ph.D. Violeta PUȘCAȘU	(Romania)
Ph.D. Simona Petrina GAVRILĂ	(Romania)

Organizing Committee:

Ph.D. Florin TUDOR	(Romania)
Ph.D. Violeta PUȘCAȘU	(Romania)
Ph.D. Simona Petrina GAVRILĂ	(Romania)
Ph.D. Răducan OPREA	(Romania)
Ph.D. Ioan APOSTU	(Romania)
Ph.D. Neculina CHEBAC	(Romania)
Ph.D. Cristian APETREI	(Romania)
Ph.D. Gheorghe IVAN	(Romania)
Ph.D. Ana ȘTEFĂNESCU	(Romania)

Copyright © 2009 Galati University Press

Toate drepturile rezervate. Nicio parte a acestei publicații nu poate fi reprodusă în nicio formă fără acordul scris al Editurii. Conținutul științific al studiilor din prezentul volum precum și traducerea aparțin exclusiv autorilor.

Galati University Press – Cod CNCIS 281

Editura Universității "Dunărea de Jos", Str. Domnească nr. 47, 800008 – Galați, ROMÂNIA

Tel: 00 40 336 13 01 39, Fax: 00 40 236 46 13 53

gup@ugal.ro

ISSN 2066 - 7019

SUMMARY

LAW SECTION

Nadia Cerasela Anitei - <i>The effects of matrimonial agreement</i>	9
Teodora-Maria Bantaş - <i>The law applicable to contractual obligations in the new European legislation – Regulation No. 593/2008 (Rome I)</i>	19
Alexandru Bleoancă - <i>The consumer protection in respect of electronic contract</i>	47
Monica Buzea - <i>Le caractère autonome du droit pénal</i>	75
Monica Buzea - <i>Modalités de mise en mouvement de l'action pénale pour les infractions contre le patrimoine dans le nouveau Code pénal</i>	79
Emilian Ciongaru - <i>The law – concept and validity</i>	83
Nadia Elena Dodescu - <i>Preventing and combating human trafficking</i>	95
Nicolae Dură, Cătălina Mititelu - <i>Human rights and their universality. From the rights of the "individual" and of the "citizen" to "human" rights</i>	103
Simona Petrina Gavrilă - <i>Family housing in the regulation of the New Civil Code</i>	129
Simona Petrina Gavrilă - <i>Joint venture – a synthetic look on the regulation of this contract in the new Civil Code</i>	137
Oana Gălăţeanu - <i>Consumer law from the perspective of communication law</i> .	153
Gina Ignat - <i>The Right to Decent Housing versus the Right to Property based on the European Convention of Human Rights</i>	159
Gheorghe Ivan, Mari-Claudia Ivan - <i>Dismissal of science on the part of the romanian new criminal code lawmaker</i>	175
Costin Mănescu - <i>Some considerations on extinctive prescription in regulating the new Civil Code</i>	193
Romulus Morega - <i>Status of contracts debit rights against creditors in insolvency proceedings</i>	199
Răducan Oprea, Ramona Oprea - <i>The financial investments services company</i>	205
Alina Sulicu - <i>Contrat du transport international marchandises multimodal</i> ..	223

Adriana Tudorache - <i>Different aspects regarding the theft offense research on the crime spot</i>	233
Adriana Tudorache - <i>Deviation and juvenile delinquency</i>	245
Mircea Tutunaru - <i>Sovereignty – state power quality</i>	253
Natalia-Adriana Udriștoiu - <i>The medical malpractice</i>	259

LAW
SECTION

THE EFFECTS OF MATRIMONIAL AGREEMENT

Nadia Cerasela ANIȚEI *

Abstract

The matrimonial regimes cause the same effect, regardless of their actual origins. Therefore, the effects of the marital agreement will result in a patrimonial state of community or separation or mixed between spouses. There may be situations, however, when the effects of the marital agreement are different. An example would be the effects of a marital agreement by which a conventional matrimonial regime is not established, when spouses decide to apply the legal matrimonial regime, whose effects will actually occur under the law, but which includes a preciput clause, whose implementation will take place at the death of one spouse.

What we emphasize is that in addition to the specific and essential effects of the matrimonial agreement, these agreements also produce other types of consequences. Thus, first of all, the matrimonial agreement produces effects of probation, because of the publicity formalities it assumes, being used as evidence of the matrimonial regime applicable to spouses or of the other instruments that it may include. Secondly, the legal documents included in the matrimonial agreement produces only their specific effects, and certain clauses such as: donations, assignment clauses, etc. will be subject to the common law rules.

Other legal documents contained in the matrimonial agreement (donations, assignment clauses) will produce the effects specific to common law.

Keywords: *matrimonial agreement; effects of the matrimonial agreement; matrimonial regime; the matrimonial regime conventional change; legal modification of the community of property regime*

1. The extent in time of the matrimonial agreement specific effects

The temporal effects of the matrimonial agreement coincide with the extent in time of the matrimonial regime.

According to art. 330 paragraph 2 of the new Civil Code "the matrimonial agreement concluded before marriage takes effect only after the contracting of marriage" and according to paragraph 3 of the same

* Ph.D Assistant Professor, Faculty of Judicial, Social and Political Sciences, "Dunărea de Jos" University of Galați, Romania, Email: ncerasela@yahoo.com

article "the agreement concluded during marriage takes effect from the date specified by the parties or, in its absence, from the date of its conclusion". Also, according to art. 313 of the new Civil Code "Between spouses, the matrimonial regime takes effect only from the day of the contracting of marriage (paragraph 1) To third parties, the matrimonial regime is opposable from the date of the fulfillment of the publicity formalities prescribed by law, unless they have known it otherwise (paragraph 2). The non-observance of the publicity formalities causes spouses to be considered in relation to third parties in good faith, as married under the matrimonial legal community regime." (paragraph 3). Likewise, according to art. 319 of the new Civil Code "The matrimonial regime ceases by nullity, annulment, dissolution or termination of marriage (paragraph 1). During marriage, the matrimonial regime can be modified under the law" (paragraph 2).

From the mentioned texts it results that one needs to distinguish between the effects of matrimonial agreement (the matrimonial regime) between spouses and the effects on third parties.

The matrimonial agreement concluded before marriage will produce legal effects between spouses after the contracting of marriage and to third parties from the date the publicity formalities prescribed by law are met.

The matrimonial agreement concluded during the marriage takes legal effect from the date of the conclusion of the agreement.

The application of the matrimonial regime will stop between spouses, either at the date fixed by the parties by matrimonial agreement that complies with the publicity formalities provided by law or at the date of the application for divorce or from the date of the separation in fact of the spouses under the law or from the date of cancellation or acknowledgment of the nullity of marriage or at the date of the termination of marriage by the death of a spouse or at the date the court decision by which the legal change of the matrimonial regime has been ordered is declared irrevocable. This is not the moment when the effects of the marital agreement will cease, they will still remain in effect until the end of the liquidation of the applied regime applied. Also, some provisions that represent other legal acts included in it which may produce its effects independently of the marital regime applied will also remain in force.

To third parties, the period when the effects of the matrimonial agreement are produced is conditioned by the date when the forms of publicity provided by law are achieved or when third parties have met it otherwise; ideally these data should coincide, so that there would be no periods in which the matrimonial agreement apply between spouses; the result consists in applying between spouses of a conventional matrimonial regime and against third parties of the legal matrimonial regime. However,

the Romanian legislator in the new Civil Code, found a solution so that the same conventional matrimonial regime stays effective at the same time, both in relation to the parties and against third parties, where third parties have known this regime otherwise¹.

As a result of the termination of the matrimonial regime, it will logically go into liquidation. The rules to be applied are the conventional ones, established by the parties through their marital agreement, for example, through the preciput clause and if the spouses have forgotten to stipulate such clauses the common law will be applied.

2. The effects of the matrimonial regime change

2.1. The effects of the matrimonial regime conventional change

Between spouses, the change takes effect, in principle, from the date of the conclusion of the matrimonial agreement in authentic notarized form.

In relation to third parties, the effects are produced from the date the publicity formalities are met.

Depending on the length or extent of the changes, the result may be a replacement of the matrimonial regime by another or a modification of the existing regime.

Thus, spouses may opt for a complete change of the matrimonial regime, for example, they can pass from the community regime to the separation of property regime, or vice versa. In this case, the abandonment of a matrimonial regime in favor of another involves the termination and, where appropriate, the liquidation of the previous matrimonial regime. For example, when passing from the community regime to the separation of property regime, the cessation of the community property regime will be followed by its liquidation, in particular by the division of joint property, but without requiring spouses to make the division along with the change of the matrimonial regime or in a certain period from the date of change. In this regard, it should be noted that not the changing itself of the matrimonial regime may affect creditors, but the possible fraudulent

¹ P., Vasilescu. *Regimuri matrimoniale. Parte generală (Matrimonial Regimes. General Part)*, 2nd edition revised, Universul Juridic, Bucuresti, 2009, p. 238-242; C., M., Crăciunescu. M., G., Berindei. *Convenția matrimonială. Considerații critice (Matrimonial Agreement. Critical Considerations)*, Coordonator M., Uliescu. *Noul Cod civil. Comentarii (The New Civil Code. Comments)*, 3rd edition revised, Universul Juridic, Bucuresti, 2011, p. 428-429; M., Avram. C., Nicolescu. *Regimuri matrimoniale (Matrimonial Regimes)*, Editura Hamangiu, Bucuresti, 2010, p. 110; Al., Banciu. *Raporturile patrimoniale dintre soți (Patrimonial Relations between Spouses)*, Editura Hamangiu, Bucuresti, 2011, p. 98-99.

division of joint property, by which, for example, the spouses agree that certain assets should be awarded to one of the spouses to fraud on the creditors of the other spouse, by reducing the general lien of unsecured creditors. In this case, however, the creditor may use the revocatory action against the act of division performed in his/her fraud, according to art. 369 paragraph 3 of the new Civil Code.

In case of passing from a regime of separation of property to a community regime, we usually do not deal with such complicated issues related to the liquidation of the matrimonial regime, although the existence of assets under co-ownership that may be subject to inheritance is not excluded within separation.

All the more so, if the community regime is maintained, and only the scope of the community changes - as a restriction or extension - the liquidation of the previous regime is not necessary.

On the other hand, spouses may opt for a partial change of the matrimonial regime, meaning that they may change only the regime of one or certain assets or the rules relating to property management or those regarding the liquidation of the matrimonial regime, according to art. 367 of the new Civil Code.

One of the most controversial issues is to determine whether the donations made by matrimonial agreement are prejudiced by the subsequent change of the matrimonial regime.

In this respect there are two hypotheses:

- donations made between prospective spouses or between spouses during the conclusion of the marriage agreement. In general, it may be said that these donations are not *ipso facto* affected by the change of the matrimonial regime, requiring a special provision in the modifying agreement. Moreover, the rule that gifts between spouses may be revoked is applicable in this respect;

- donations made by third parties to spouses. These are not revocable by changing the matrimonial regime².

Even more questionable is the validity of clauses by which the third party maintains the donation provided that spouses do not modify the matrimonial regime.

Similarly, we can discuss whether the donation made by a third party is maintained when he/she made the donation in consideration of a particular matrimonial regime, which is then replaced by spouses with another. For example, the donation was made to the woman, considering

² C., J., Montanier. *Les régimes matrimoniaux*, Presses Universitaires de Grenoble, 1997, p. 101.

that the original matrimonial regime was that of the separation of property, and as the wife is a homemaker, in the event of the dissolution of marriage she would be left with nothing. If later on, the spouses pass to a community regime, which allows women, by way of division of common property, to obtain a part of the property acquired during marriage, then we can discuss whether after the modification of the regime longer the maintaining of the donation is still justified, given the mobile of this donation.

2.2. The legal modification of the community of property regime

2.2.1. Conditions needed for the matrimonial regime have to be legally modified³

According to art. 370 paragraph 1 of the new Civil Code if the matrimonial regime of spouses is that of the legal or conventional community at the request of either spouse, the court may order the separation of property, when the other spouse concludes acts that threaten the property interests of the family".

In this way, the possibility of a legal change of the community regime at the request of either spouse is set to rights, consisting of a separation of property regime, which will be based on the court decision.

The concept of "family property" is a factual one whose content is determined by the court on a case basis.

The court must establish the existence of a causal link between the acts committed by a spouse and "the state of danger" that such acts generate.

According to paragraph 2 of art. 370 of the new Civil Code the court will apply the provisions of art. 357 which means that the legal establishment of the separation of property regime is preceded by the liquidation of the community property regime.

By this, the judicial amendment of the community of property is different from the simple legal division of property during marriage, which according to art. 358 paragraph 4 of the new Civil Code does not imply the change of the matrimonial regime.

According to paragraph 3 of art. 370 of the new Civil Code the provisions of art. 361 of the new Civil Code shall apply accordingly. This means that they will proceed to draw up the inventory of the movable assets, which is subject to the publicity formalities of the marriage

³ M., Avram. C., Nicolescu. *Regimuri matrimoniale (Matrimonial Regimes)*, Editura Hamangiu, Bucuresti, 2010, p. 359-360.

agreements. But the text does not say whether, by the same court decision, the court takes record of the movable property inventory, or whether the movable property inventory will be drawn separately by the notary public, at the request of the spouses. Obviously the simplest solution would be, by court order, for the court to record the inventory.

2.2.2. The effects of the legal change of the community of property ⁴

a. The effects that occur as a result of the legal change of the community of property between spouses

According to art. 371 of the new Civil Code "The separation of property delivered by the court makes the previous matrimonial regime to cease, and apply to spouses the matrimonial regime provided in art. 360-365 (paragraph 1). Between spouses, the separation effects occur after the date of the request, except when the court, at the request of any of them, orders that the effects apply from the date of the separation in fact" (paragraph 2).

The measure of transition to the separation of property is permanent, the spouses having no opportunity to request a subsequent amendment of the court action.

In this context, the question whether spouses may subsequently change this regime in a conventional way, for example, in order to re-establish the community of property arises. It seems that there is no legal impediment as art. 369 paragraph 1 of the new Civil Code makes reference to the conventional replacement of "the existing matrimonial regime with another regime matrimonial or to modify it, under the conditions provided by law for the conclusion of the matrimonial agreements" without distinguishing whether the ground of the replaced or modified matrimonial regime is legal, conventional or judicial.

b. The effects that occur as a result of the legal change of the community of property by spouses in relation to third parties

First of all, we mention that according to art. 372 paragraph 1 of the new Civil Code the spouses' creditors may not require the separation of property, but may intervene in question. Indeed, the right to require the separation of property is a personal right of spouses, given the nature of the reasons that can justify it (family interests).

⁴ M., Avram. C., Nicolescu. *Regimuri matrimoniale (Matrimonial Regimes)*, Editura Hamangiu, Bucuresti, 2010, p. 360-362.

Secondly, for opposability to third parties, paragraph 3 of art. 370 of the new Civil Code provides that the following provisions shall apply accordingly:

- Art. 291 of the new Civil Code which means that this change will be mentioned in the act of marriage;

- Art. 334 new Civil Code on the registration of this change in the National Notary Register of matrimonial regimes, and in other records for the opposability to third parties;

- Art. 335 of the new Civil Code according to which "the matrimonial agreement cannot be opposed to third parties in relation to acts concluded by them with a spouse, if the publication formalities provided by art. 334 were met or if third parties have met it otherwise (paragraph 1). Also, the matrimonial agreement cannot be opposed to third parties in relation to the acts concluded by them with either spouse before the contracting of marriage" (paragraph 2);

- Art. 361 of the new Civil Code "When adopting this regime, the public notary draws up an inventory of their movable property, whatever their mode of acquisition (paragraph 1). One can also draw up an inventory for movable property acquired during the separation of property (paragraph 2). In all cases, for the opposability to third parties the inventory is attached to the matrimonial agreement, being subject to the same publicity formalities as the matrimonial agreement (paragraph 3). In the absence of the inventory, it is presumed, until proven otherwise, that the right of exclusive ownership belongs to the owner spouse (paragraph 4). If the property has been acquired by a legal act, subject according to the law, to a formal requirement for validity or to publicity requirements, the exclusive ownership right can only be proved by the document that meets the formalities required by law". (paragraph 5)

By applying "the text properly", it means that the court decision by which the separation of property regime has been established cannot be opposed to third parties unless the publication formalities referred to in art. 334 new Civil code have been met, or if third parties have met it otherwise. Also, the separation of property established by court order cannot be opposed to third parties in relation to any acts concluded with either spouse before marriage amendment judicial system.

Thirdly, according to art. 372 paragraph 2 of the new Civil Code "provisions of art. 369 paragraph (3) and (4) shall apply accordingly. "This means that to the extent that third parties have been prejudiced by the establishment of the separation of property, they have at hand the Paulian action (the revocatory action) within one year from the date when the publicity formalities have been met or, where appropriate, from the date

when they have found out about it before the court decision by which the separation of property was established. Also, they can, by way of exception, always rely on the inopposability of the community property regime liquidation, if they prove that the change or judicial liquidation of the matrimonial regime was made in fraud of their interests.

Selective bibliography

- Ion Albu, *Dreptul familiei*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1975.
- Dimitrie Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, vol. III, Partea I, Ed. Socec, București, 1916.
- Nadia Cerasela Aniței, *Dreptul familiei*, Ed. Hamangiu, București, 2012.
- Nadia Cerasela Aniței, *Regimurile matrimoniale potrivit noului Cod civil* Ed. Hamangiu, București, 2012.
- Marieta Avram, Cristina Nicolescu, *Regimuri matrimoniale*, Ed. Hamangiu, București, 2010.
- Marieta Avram, Laura Marina Andrei, *Instituția familiei în noul Cod civil. Manual pentru uzul formatorilor S.N.G.*, București, 2010.
- Maria Banciu, Adrian Alexandru Banciu *Dreptul familiei conform noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2012.
- Alexandru Bacaci, Viorica Claudia Dumitrache, Cristina Codruța Hageanu, *Dreptul familiei*, ed. a 6-a, Ed. C.H. Beck, București, 2009.
- Teodor Bodoașcă, *Dreptul familiei*, Ed. All Beck, București, 2005.
- Cristiana Mihaela Crăciunescu, *Regimuri matrimoniale*, Ed. All Beck, București, 2000.
- Ion P. Filipescu, Andrei I. Filipescu, *Tratat de dreptul familiei*, ed. a 8-a revizuită și completată, Ed. Universul Juridic, București, 2006.
- Emese Florian, *Dreptul familiei*, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008.
- Gabriela Cristina Frențiu, Bogdan Dumitru Moloman, *Elemente de dreptul familiei și de procedură civilă*, Ed. Hamangiu, București, 2008.
- Dan Lupașcu, *Dreptul familiei*, ed. a 4-a amendată și actualizată, Ed. Universul Juridic, București, 2009.
- Paul Vasilescu, *Regimuri matrimoniale. Partea generală*, Ed. Rosetti, București, 2003.
- Paul Vasilescu, *Regimuri matrimoniale. Partea generală*, ed. a 2-a, Ed. Universul Juridic, București, 2009.

Laws

Codul civil – Legea nr. 287/2009, republicată (M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011).

THE LAW APPLICABLE TO CONTRACTUAL OBLIGATIONS IN THE NEW EUROPEAN LEGISLATION – REGULATION NO. 593/2008 (ROME I)

Teodora-Maria BANTAȘ *

Abstract

Regulation (EC) No. 593/2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) has become, since entering into force on June 17th, 2008, one of the most important instruments of private international law.

*Its main objective is to offer parties to both civil and professional relations, as well as courts of justice and arbitral tribunals, means to determine the law applicable to contracts concluded between parties from European Union member states. Rome I Regulation has a decisive role in regulating conflicts of laws and identifying the same applicable law, irrespective of the nature of the contract, the origin of the parties and the courts of law where the litigation is being carried out. The present study is dedicated to identifying and analyzing the principles set forth by Rome I Regulation, regarding the law applicable to contractual obligations, which may be categorized as follows: a) the principle of autonomy of will of the parties – *lex voluntatis*; b) the principle of legally determining *lex causae* for certain types of contracts expressly mentioned; c) the objective localizing of contracts under a certain legal system upon predetermined criteria.*

Keywords: *lex causae, lex voluntatis, contract, objective localizing*

JEL Classification: K12

I. Legea aplicabilă condițiilor de fond ale actului juridic

Condițiile de fond, cu caracter esențial pentru formarea valabilă a actului, sunt reglementate în mod expres prin dispozițiile art. 1179 N.C.civ.¹ („Condițiile esențiale pentru validitatea contractului”), și constau în: **1.** capacitatea de a contracta; **2.** consimțământul părților; **3.** un obiect determinat și licit; **4.** o cauză licită și morală.

* Ph.D Student, Assistant, Faculty of Law, University of Bucharest, Email: teodora-maria.bantas@drept.unibuc.ro

¹ Condițiile de fond esențiale pentru existența valabilă a contractului au fost reglementate în vechiul Cod civil, în art. 948.

Din punctul de vedere al dreptului internațional privat, problema care se pune este aceea a determinării sistemului de drept aplicabil acestor condiții de fond ale actului juridic, ori de câte ori sunt îndeplinite criteriile care impun soluționarea conflictului de legi apărut (raport juridic de drept internațional privat, care constă într-un act juridic cu element de extraneitate). Condițiile de fond ale actului juridic sunt supuse legii actului (*lex actus*), sau, în cazul în care problema de drept internațional privat se pune la nivel contractual, legii contractului (*lex contractus*).

Maniera de determinare a legii aplicabile condițiilor de fond ale actului juridic, așa cum este aceasta reglementată în Regulamentul nr. 593/2008 (Roma I), reflectă o soluție de tradiție în dreptul internațional privat român, precum și în alte sisteme de drept europene. Cu titlu de principiu, legea aplicabilă fondului actului juridic este determinată, în primul rând, pe baza alegerii exprimate de părțile la actul juridic în cauză, care desemnează un anumit sistem de drept care guvernează aspectele de fond ca și *lex actus* ori *lex contractus*, după caz. Această lege este exprimată prin noțiunea de *lex voluntatis*. În absența unei alegeri a părților în sensul desemnării unui anumit sistem de drept aplicabil pe fond, cu alte cuvinte, în ipoteza în care părțile nu convin, prin manifestarea lor de voință, asupra unei legi aplicabile, se va stabili *lex actus* ori *lex contractus*, printr-o localizare obiectivă a actului juridic în sfera unui anumit sistem de drept, pe bază de criterii obiective, stabilite de prezentul regulament.

II. Aplicarea legii alese de părțile contractului (*lex voluntatis*)

1. Aspecte generale

Principiul reglementat prin norma conflictuală cuprinsă în art. 3 alin. 1 teza I din Regulamentul Roma I, conform căruia contractul este guvernat de legea aleasă de către părți, constituie temeiul aplicării în materia aspectelor de fond ale contractelor, a legii voinței părților (*lex voluntatis*).

Lex voluntatis desemnează în mod generic legea aleasă de părți, în virtutea principiului autonomiei de voință, pentru a governa contractul de drept internațional privat încheiat între acestea. Principiul aplicării *lex voluntatis* reprezintă expresia, pe planul dreptului internațional privat, a principiului autonomiei de voință a părților, sau a principiului libertății

contractuale, care guvernează condițiile de fond ale actelor juridice în general (art. 1270 N.C.civ.²).

Principiul *lex voluntatis* constituie, așadar, expresia principiului autonomiei de voință în planul dreptului internațional privat, și poate fi **definit** drept norma conflictuală fundamentală în temeiul căreia condițiile de fond (cu excepția capacității părților contractante) și efectele juridice ale contractelor de drept internațional privat sunt guvernate de legea determinată în acest scop de către părțile contractante (Ștefănescu, Rucăreanu, 1983).

Temeiul juridic al aplicării voinței părților în scopul determinării *lex causae* este regăsit inclusiv în preambulul Regulamentului Roma I (pct. 11), prin care se arată că libertatea părților de a alege legea aplicabilă este unul dintre elementele esențiale ale sistemului de norme care reglementează conflictul de legi în materia obligațiilor contractuale.

Principiul *lex voluntatis* este prevăzut în dispozițiile Regulamentului Roma I, nu numai în cazul contractelor generale de drept comun, ci și în ceea ce privește contractele speciale, pe care reglementarea europeană le tratează în mod distinct. Astfel, regula aplicării legii alese de către părți este consacrată, cu caracter prioritar, după cum urmează:

- În cazul contractului de transport de mărfuri (art. 5 alin. 1 teza I);
- În cazul contractului de transport de pasageri (art. 5 alin. 2 teza I);
- În cazul contractelor încheiate cu consumatorii, sub condițiile și excepțiile prevăzute în text (art. 6 alin. 2 teza I);
- În cazul contractelor de asigurare (art. 7 alin. 2 și 3);
- În cazul contractelor individuale de muncă (art. 8 alin. 1);
- În cazul contractelor având ca obiect transmiterea obligațiilor, și anume cesiunea de creanță și subrogația convențională (art. 14 alin. 1);
- În cazul contractelor având ca obiect compensația (art. 17).

În consecință, regula aplicării *lex voluntatis* dobândește valoare de principiu în dreptul internațional privat, fiind prevăzută drept soluție primordială în determinarea legii fondului contractului.

Așadar, izvorul voinței părților în sensul determinării legii aplicabile contractelor este legea, în concret norma conflictuală cuprinsă în prevederile regulamentului, cu titlu de regulă generală. După cum am arătat anterior, identificarea *lex contractus* se face prin acordarea efectelor juridice corespunzătoare punctului de legătură al normei conflictuale, care reprezintă elementul efectiv și concret pentru plasarea raportului juridic (contractului) în sfera unuia sau altuia dintre sistemele de drept incidente

² Principiul libertății convențiilor a fost consacrat în art. 969 din vechea reglementare civilă.

în cauză. Punctul de legătură al normei conflictuale este voința părților, exprimată în oricare dintre modalitățile la care voi face referire în continuare.

Efectul faptului că părțile, prin acordul lor de voință, aleg să facă aplicabilă condițiilor de fond ale unui contract, legea națională a unui stat, constă în aceea că sistemul de drept în cauză devine incident, în mod obligatoriu, în temeiul principiului *lex voluntatis*. Pe cale de consecință, alegerea părților capătă caracter obligatoriu, fiind considerată legea părților, întocmai ca și orice altă clauză contractuală agreată. Organul jurisdicțional respectă legea desemnată de părți, soluționând litigiul născut în legătură cu contractul pe baza acesteia³.

2. Modalități de exprimare a voinței părților

Efectele juridice ale alegerii părților sunt dependente de modalitatea prin care acordul acestora s-a manifestat. Temeiul juridic al faptului că, pentru a produce efectele juridice urmărite, voința părților trebuie să îmbrace o anumită formă, este regăsit în dispozițiile art. 3 alin. 1 teza a II-a din Regulamentul Roma I. Conform textului menționat, această alegere trebuie să fie expresă sau să rezulte, cu un grad rezonabil de certitudine, din clauzele contractuale sau din împrejurările cauzei.

Cu alte cuvinte, cu privire la modalitățile de exteriorizare a voinței părților prin care se desemnează *lex contractus*, reținem două posibilități alternative: alegerea expresă și alegerea tacită.

2.1. Alegerea expresă a *lex contractus*

Alegerea expresă poate fi exprimată, la rândul ei, în două modalități, o situație regulă și o excepție, după cum urmează.

Regula în această materie este că acordul expres al părților contractante îmbracă forma unei clauze de alegere, pe care acestea o inserează în contract. Clauza face parte integrantă din contract și este examinată și interpretată în corelație cu toate celelalte clauze incluse în contract, considerându-se a exprima voința reală a părților.

Excepția în materie constă în încheierea unui acord separat de contract, având ca obiect tocmai exprimarea alegerii părților pentru determinarea legii aplicabile. Convenția separată poate fi încheiată anterior perfectării contractului principal (spre exemplu, în cazul în care

³ Hotărârea Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României nr. 50/1976, cu comentariu de Căpățînă, 1979.

raporturile dintre părțile în cauză, în calitate de profesioniști care participă la un anumit tip de comerț, se desfășoară pe o perioadă lungă de timp și presupun încheierea de contracte succesive, există posibilitatea încheierii unei convenții de stabilire a *lex contractus* pentru toate actele juridice succesive pe care părțile le vor încheia în viitor, cu o eventuală particularizare a obiectului acestora) sau ulterior încheierii acestuia. În ambele ipoteze, convenția separată face parte din contract, dobândind caracter conex acestuia și completând acordul principal de voință al părților.

Clauza inserată în contract sau, după caz, convenția separată prin care părțile determină *lex voluntatis*, poartă denumirea de clauză de alegere a legii aplicabile (*pactum de lege utenda*) sau de clauză (convenție) de *electio juris*.

Având în vedere efectele pe care clauza de alegere a legii aplicabile le produce asupra întregului contract încheiat de părți, se pune inevitabil problema determinării raportului existent între clauză și contractul respectiv. Clauza prin care părțile desemnează legea aplicabilă convenției lor se află într-o relație de autonomie relativă față de contractul principal în care este inserată.

a) Dependența clauzei de alegere față de contractul principal în care este inserată rezultă din următoarele elemente:

1) Din punctul de vedere al dreptului internațional privat, clauza de alegere a legii aplicabile este supusă aceluiași sistem de drept național ca și contractul principal însuși. Potrivit dispozițiilor art. 3 alin. 5, coroborate cu cele ale art. 10 alin. 1 din regulament, rezultă că legea care guvernează contractul în ansamblul său (în cazul de față, *lex voluntatis*) este cea care guvernează și orice clauză contractuală inserată în acesta, așadar, inclusiv clauza de *electio juris*.

2) Dacă, potrivit dispozițiilor art. 10 din regulament, existența și valabilitatea oricărei clauze contractuale (așadar, și a celei de alegere) sunt determinate de legea care reglementează contractul pe fond (*lex voluntatis*), rezultă că anumite cazuri de nevalabilitate pe fond a contractului principal atrag după sine și nevalabilitatea clauzei de alegere. În acest sens, menționăm cazurile de nulitate convergentă, care sunt de natură a afecta deopotrivă contractul principal și clauza de *electio juris* inserată în acesta. Spre exemplu, aceasta este situația în cazul incapacității părților de a încheia contractul, care atrage incapacitatea de a se pronunța și cu privire la *lex contractus*, viciile de consimțământ la încheierea contractului, care se extind și asupra clauzei de alegere etc.

b) Autonomia (independența) clauzei de *electio juris* față de contractul principal rezultă din existența juridică parțial distinctă de cea a

contractului principal, care conduce la examinarea clauzei de alegere, din anumite puncte de vedere, ca un contract cuprins într-un alt contract. Autonomia poate fi exprimată cel puțin prin următoarele aspecte:

1) Cauzele de rezoluțiune ori reziliere a contractului principal (spre exemplu, pentru neexecutarea obligațiilor contractuale de către una dintre părți) nu afectează, în principiu, valabilitatea clauzei de alegere. Aceasta continuă să își producă efecte și să se aplice în vederea determinării legii aplicabile contractului, spre exemplu, pentru soluționarea pe fond a unui eventual litigiu născut din faptul neexecutării. În consecință, contractul principal va fi rezolvat, iar litigiul condus pe baza dispozițiilor sistemului de drept aplicabil potrivit clauzei de alegere.

2) Anumite cauze de nulitate a contractului principal (de exemplu, pentru nerespectarea unor condiții legale prevăzute pentru valabilitatea acestuia, cum este cea referitoare la competența organului instrumentator), nu afectează clauza de alegere. Aceasta este aplicabilă și indică *lex voluntatis*, în temeiul dispozițiilor căruia contractul principal va fi anulat, iar litigiul soluționat pe fond.

3) Autonomia clauzei de alegere rezultă și prin aplicarea excepției de ordine publică de drept internațional privat. Ca regulă, introducerea unui litigiu cu element de extraneitate în fața instanțelor judecătorești ori arbitrale presupune determinarea legii aplicabile contractului. Determinarea se face potrivit clauzei de alegere incluse în contract. Admiterea excepției de ordine publică de drept internațional privat conduce la înlăturarea acelor efecte ale lui *lex causae* care sunt contrare principiilor fundamentale de drept român. Pe cale de consecință, chiar dacă invocarea și admiterea excepției de ordine publică fac inaplicabile anumite dispoziții din *lex causae*, valabilitatea alegerii exprimate de către părți prin clauza de *electio juris*, cu alte cuvinte, *lex voluntatis* însăși, nu este afectată.

Felurile alegerii exprese: Prima modalitate de determinare a legii aplicabile contractului poate îmbrăca, la rândul ei, două forme: alegerea directă și alegerea indirectă a legii aplicabile contractului.

a) *Alegerea directă* a sistemului de drept care guvernează contractul pe fondul său (*lex voluntatis*) implică desemnarea, de către părțile contractante, a legii unui stat, de o manieră clară și directă. Astfel, desemnarea *lex contractus* se face în mod explicit, prin inserarea unei clauze de alegere în contractul principal ori prin încheierea unei convenții separate, care completează actul juridic principal.

b) *Alegerea indirectă* a legii aplicabile contractului presupune ca părțile să facă trimitere, printr-o clauză inclusă în contractul avut în

vedere, la o anumită reglementare nestatală (condiții generale de contractare, contract tip, uzanțe codificate etc.), la o convenție internațională sau la o normă comunitară, care cuprind în conținutul lor o anumită clauză de alegere. În asemenea ipoteză, reglementarea / textul la care se face trimitere este recepționat contractual (*per relationem*), ceea ce face ca, în mod indirect, să fie încorporată contractual și clauza de alegere existentă.

2.2. Alegerea tacită a *lex contractus*

Posibilitatea părților de a determina legea aplicabilă contractului de o manieră implicită (tacită) este recunoscută prin dispozițiile art. 3 alin. 1 teza a II-a din Regulamentul Roma I, conform cărora alegerea poate să rezulte, cu un grad rezonabil de certitudine, din clauzele contractuale sau din împrejurările cauzei. Voința tacită a părților de a supune contractul unui anumit sistem de drept, poate rezulta din interpretarea elementelor subiective, fie intrinseci contractului, fie extrinseci (exterioare) acestuia.

În consecință, pentru identificarea voinței tacite, este necesară analiza indiciilor intrinseci și extrinseci contractului, după cum urmează:

a) Indicii intrinseci contractului::

- inserarea în contract de către părți a unei clauze compromisorii în favoarea organelor de jurisdicție dintr-un anumit stat. O referire la posibilitatea părților de a include o clauză de alegere de jurisdicție, ca indiciu de interpretare a voinței tacite a părților, este prevăzută în dispozițiile pct. 12 din preambulul Regulamentului Roma I. Conform acestui text, pentru a determina dacă a fost exprimată clar alegerea privind aplicarea unei anumite legi, unul din factorii de care ar trebui să se țină seama îl reprezintă convenția părților, prin care se conferă uneia sau mai multor instanțe dintr-un stat membru competența exclusivă de a judeca litigiile rezultate din contract.

Din examinarea acestei reguli, se remarcă faptul că premisa aplicării acestui indiciu intrinsec contractului este aceea a existenței unei convenții de acordare a competenței exclusive de soluționare a litigiilor născute în legătură cu contractul, instanței unui stat membru. În absența unei clauze prin care se acordă exclusivitate jurisdicțională, se recomandă aplicarea cu prudență a acestui indiciu, deoarece principiul „cine a ales jurisdicția dintr-un anumit stat a ales și legea acelui stat, ca aplicabilă pe fondul raportului juridic” (*qui eligit judicem, eligit jus*), nu are valoare absolută, ci trebuie interpretat cu grijă, prin coroborare cu alte elemente. Trebuie evitată situația în care această regulă este aplicată în mod rigid,

astfel încât să se ajungă la aplicarea nejustificată a legii forului (*lex fori*) pentru fondul contractului care formează obiectul litigiului în cauză.

- utilizarea în cuprinsul contractului a unor instituții de drept sau noțiuni juridice cunoscute doar de un anumit sistem de drept. Atare împrejurare poate naște prezumția că părțile au dorit ca respectivul sistem de drept să guverneze raportul juridic în ansamblul său și să se aplice cu titlul de *lex causae*.

- referirea făcută de către părți, în cuprinsul contractului, la o uzanță dintr-un anumit stat, la un contract tip, la condiții generale etc.

- limba de redactare a contractului. Acest indiciu are o valoare redusă, în sensul că trebuie apreciat cu prudență, iar nu ca un indiciu absolut. Atare indiciu trebuie interpretat în coroborare cu alte elemente.

b) Indicii extrinseci (exterioare) contractului:

- atitudinea părților ulterior încheierii contractului. Spre exemplu, poate constitui asemenea indiciu încheierea unui act adițional la contract prin care părțile fac trimitere la legea unui anumit stat, fără însă a preciza că această lege guvernează întregul contract. A nu se confunda această referire din actul adițional cu ipoteza în care părțile determină în mod expres legea aplicabilă contractului pe calea unei convenții separate (exterioare) de *electio juris*, care se consideră încorporată contractual.

- întemeierea, de către una dintre părțile în litigiu (de regulă, reclamant), a acțiunii sale judecătorești / arbitrale pe dispozițiile unui sistem de drept, și acceptarea tacită a celeilalte părți⁴, fie în sensul că nu se opune invocării legii respective, fie invocă ea însăși prevederile acelu sistem de drept în argumentarea apărării sale

3. Libertatea de alegere a legii aplicabile. Limitele libertății de alegere

Având în vedere că premisa de la care am pornit în determinarea sistemului de drept aplicabil contractului este aceea că părțile pot să desemneze, de comun acord, legea care le este mai avantajoasă, pe care o cunosc cel mai bine sau care cuprinde dispoziții care servesc intereselor acestora, poate fi ridicată întrebarea: *părțile pot să stabilească drept lex contractus un sistem de drept al unui anumit stat numai dacă acesta prezintă legături obiective cu contractul sau pot alege și legi naționale care nu au nicio legătură juridică cu actul încheiat?*

⁴ Tribunalul Județean Constanța, Secția maritimă și fluvială, Decizia civilă nr. 4/19 decembrie 1985, în Revista română de drept nr. 12/1986, p. 66-67.

Din interpretarea dispozițiilor art. 3 din Regulamentul Roma I, care prevede, fără nicio distincție, că aspectele de fond ale contractului sunt supuse legii alese de către părți, considerăm că, de principiu, părțile au posibilitatea de a desemna ca aplicabil orice sistem de drept, în mod liber, fără limitări ale acestei alegeri. Așadar, rezultă că părțile contractante pot alege *lex voluntatis*, nu numai dintre legile care prezintă legături obiective (materiale, reale) cu contractul, ci și legea altui stat.

Această interpretare reprezintă *concepția subiectivistă*⁵ în materia limitelor libertății părților de a desemna sistemul de drept aplicabil contractului (Sitaru, 2001).

Cu toate acestea, de cele mai multe ori, în procesul de determinare a legii aplicabile contractului, părțile au în vedere, de asemenea, elemente subiective ce țin de situația de fapt în cauză. Spre exemplu, alegerea legii unui anumit stat se va face în funcție de gradul de cunoaștere a acelei legi de către părți, de conținutul dispozițiilor aplicabile situației de fapt din contract și de oportunitatea de aplicare a prevederilor respective aspectelor de fond ale contractului etc.

Regulamentul Roma I reglementează, prin dispozițiile art. 3 alin. 3 și 4, anumite excepții de la regula conform căreia părțile au libertatea de a stabili drept lege aplicabilă contractului lor, sistemul de drept al oricărui stat, indiferent dacă acesta prezintă sau nu anumite legături obiective cu situația de fapt sau cu actul juridic în cauză. Limitele libertății de alegere a legii aplicabile sunt de două feluri: generale și speciale.

a) *Limite generale ale libertății de alegere a legii aplicabile*

- Încălcarea ordinii publice de drept internațional privat
- Frauda la lege

b) *Limite speciale ale libertății de alegere a legii aplicabile*

- *Limitarea cuprinsă în art. 3 alin. 3 din Regulamentul Roma I.* Conform acestui text, în cazul în care toate elementele relevante pentru situația respectivă, în momentul în care are loc alegerea, se află în altă țară decât aceea a cărei lege a fost aleasă, alegerea făcută de părți nu aduce

⁵ În mod similar, dispozițiile Legii nr. 105/1992, care reglementa problema legii aplicabile contractului până la intrarea în vigoare a Regulamentului Roma I, consacra aceeași concepție. Astfel, potrivit prevederilor art. 73 din lege, contractul este supus legii alese prin consens de părți. Se remarcă faptul că nici acest text nu distinge după cum legea aleasă de către părți prezintă sau nu anumite legături obiective cu contractul încheiat. Această concepție nu a fost însă în unanimitate îmbrățișată în literatura de specialitate, ci a dat naștere unor controverse doctrinare, dintre care menționăm: Căpățînă, 1986; Căpățînă, 1990; Filipescu, 1995. În sensul că legea aleasă prin consens de către părți ar trebui să prezinte cel puțin anumite legături rezonabile cu actul juridic pe care îl guvernează, a se vedea Popescu, 1994; Căpățînă, 1993.

atingere aplicării dispozițiilor legii acelei alte țări, de la care nu se poate deroga prin acord.

- *Limitarea cuprinsă în art. 3 alin. 4 din Regulamentul Roma I, potrivit căreia în cazul în care toate elementele relevante pentru situația respectivă, în momentul în care are loc alegerea, se află în unul sau mai multe state membre, alegerea de către părți a unei legi aplicabile, alta decât cea a unui stat membru, nu aduce atingere aplicării în mod corespunzător a dispozițiilor de drept comunitar de la care nu se poate deroga prin convenție, după caz, așa cum au fost transpuse în statul membru al instanței competente.*

III. Determinarea legii aplicabile contractului după criterii obiective (localizarea obiectivă a contractului)

1. Aspecte introductive

După cum am menționat anterior, în dreptul internațional privat, regula în materie de determinare a legii aplicabile contractului, așa cum rezultă din dispozițiile art. 3 alin. 1 teza I din Regulamentul Roma I, statuează că acesta este guvernat de legea aleasă de către părți. Prin urmare, sistemul de drept care guvernează contractul pe fondul său, este, în mod primordial, determinat prin voința comună a părților contractante.

Localizarea obiectivă a contractului intervine în oricare dintre următoarele situații:

a) *Părțile nu au determinat legea aplicabilă. În absența alegerii părților, norma conflictuală *lex voluntatis* devine inoperantă, astfel că trebuie determinată *lex causae* pe altă cale.*

b) *Clauza de alegere inserată în contractul principal sau convenția separată de *electio juris* este nevalabilă.*

În concluzie, față de cele precizate anterior, rezultă că localizarea obiectivă a contractului în sfera unui sistem de drept care va guverna contractul cu titlul de *lex causae*, are caracter subsidiar și devine operantă numai în cazurile în care fie părțile nu încheie un *pactum de lege utenda*, fie acesta nu este producător de efecte juridice.

Noțiunea de „criterii de localizare obiectivă” a contractului desemnează acele elemente primordiale care izvorăsc din lege și pe baza cărora contractul este plasat în sfera unui sistem de drept (a se vedea, pentru o analiză a criteriilor de localizare obiectivă a contractului, Diaconu, 2004.). Așadar, criteriile de localizare obiectivă sunt reglementate prin lege, în Regulamentul Roma I fiind prevăzute în art. 4 alin. 1-4, precum și în art. 5-8, pentru contractele speciale.

Reglementarea europeană identifică patru criterii de localizare obiectivă a contractului, după cum urmează:

a) Primul criteriu de localizare obiectivă are în vedere determinarea legii care guvernează contractul pe fondul acestuia, în funcție de tipul specific de contract. În această categorie, criteriile de localizare obiectivă îmbracă forma unor norme conflictuale, care au ca obiect stabilirea *lex contractus* pentru anumite tipuri de contracte expres prevăzute de regulament. Astfel, primul criteriu este utilizat în următoarele cazuri: art. 4 alin. 1 lit. a) - h) (care cuprinde o enumerare de contracte, pentru care este stabilită în mod direct legea aplicabilă); art. 5 („Contractul de transport”); art. 6 („Contractele încheiate cu consumatorii”), art. 7 („Contractele de asigurare”), art. 8 („Contractele individuale de muncă”).

b) Cel de-al doilea criteriu de localizare obiectivă constă în determinarea legii contractului în baza principiului conform căruia contractul este guvernat de legea țării în care își are reședința obișnuită partea contractantă care efectuează prestația caracteristică. Acest criteriu este incident în subsidiar față de primul, în cazurile în care, fie contractul concret avut în vedere nu se încadrează în niciunul dintre contractele enumerate mai sus, fie poate fi încadrat în mai multe categorii. Sediul materiei este regăsit în dispozițiile art. 4 alin. 2 din regulament.

c) Cel de-al treilea criteriu de localizare obiectivă a contractului devine aplicabil atunci când din ansamblul circumstanțelor cauzei rezultă fără echivoc faptul că respectivul contract avut în vedere are în mod vădit o legătură mai strânsă cu un alt stat decât cel desemnat prin aplicarea criteriilor anterioare. În această situație, deși contractul poate fi încadrat în una dintre soluțiile conflictuale prevăzute anterior, se atrage aplicarea sistemului de drept al statului cu care contractul are cele mai strânse legături, dacă asemenea legături există. Acest criteriu își are reglementarea în art. 4 alin. 3 din regulament.

d) Al patrulea criteriu de localizare obiectivă a contractului (criteriul rezidual) este reglementat prin dispozițiile art. 4 alin. 4, și este aplicabil în măsura în care *lex contractus* nu poate fi determinat pe baza primelor două criterii. Acest ultim criteriu conduce la aceeași soluție a aplicării legii statului cu care contractul prezintă cele mai strânse legături.

2. Primul criteriu de localizare obiectivă: în funcție de tipul specific de contract

Acest criteriu este reglementat în art. 4 alin. 1, care cuprinde o enumerare a câtorva tipuri de contracte, pentru care regulamentul însuși identifică legea aplicabilă (lit. a)-h)).

Conform legii prevăzute pentru diferitele tipuri de contract, soluțiile oferite în art. 4 alin. 1 din regulament, converg, în esență, spre două soluții conflictuale, astfel:

- în prima categorie de contracte, și anume cele prevăzute la lit. a), b), d), e), f), contractele în cauză sunt guvernate de legea statului în care se află reședința obișnuită a debitorului prestației caracteristice, conform detalierei oferite mai jos.

- în cea de-a doua categorie de contracte, cuprinse la lit. c), g), h), se face trimitere la legea statului cu care contractul prezintă cele mai strânse legături, în funcție de tipul specific de contract și de particularitățile fiecăruia dintre ele.

2.1. Legea aplicabilă contractului de vânzare-cumpărare

a) Contractul de vânzare-cumpărare de bunuri, în general

Regula în materie de vânzare-cumpărare de bunuri mobile, în general, este reglementată prin norma conflictuală din art. 4 alin. 1, enunțat anterior. Soluția conflictuală poate fi enunțată după cum urmează: în absența unei alegeri de către părți a legii aplicabile (*lex voluntatis*), contractul de vânzare-cumpărare de bunuri mobile este guvernat, pe fond, de legea națională a statului în care își are reședința obișnuită vânzătorul.

Prin urmare, legătura normei conflictuale trimite la legea țării vânzătorului (*lex venditoris*). Prin aplicarea acestei soluții și interpretarea ei în funcție de obiectul prestației vânzătorului într-un contract de vânzare-cumpărare, se ajunge la concluzia aplicării legii debitorului prestației caracteristice, care este o soluție de tradiție în materie contractuală în dreptul internațional privat. Punctul de legătură al normei conflictuale este reședința obișnuită a vânzătorului. Potrivit dispozițiilor art. 19 alin. 1 și 2 din regulament, reședința obișnuită a unei societăți este situată la sediul administrației sale centrale, în timp ce reședința obișnuită a persoanei fizice acționând în exercitarea activității sale profesionale este la locul unde această persoană își are sediul principal de activitate.

Noțiunea de „vânzare de bunuri” nu este reglementată de Regulamentul Roma I. Singura trimitere în acest sens este cuprinsă în

preambulul la regulament pct. 17, prin care se arată că în ceea ce privește legea aplicabilă în absența unei alegeri, noțiunea de "vânzare de bunuri" ar trebui interpretată în același fel ca în cazul aplicării articolului 5 din Regulamentul (CE) nr. 44/2001 în măsura în care prestarea serviciilor și vânzarea bunurilor sunt acoperite de regulamentul respectiv. În absența unei definiții a acestei noțiuni, se va prelua interpretarea noțiunii din art. 3 alin. 1 la Convenția Națiunilor Unite asupra contractelor de vânzare internațională de mărfuri, adoptată la Viena în 1980⁶. Potrivit acestui text, sunt considerate vânzări contractele de furnizare de mărfuri ce urmează a fi fabricate sau produse, în afară de cazul în care partea care le comandă furnizează o parte esențială din elementele materiale necesare acestei fabricări sau produceri.

b) Contractul de vânzare-cumpărare de bunuri la licitație

Legea aplicabilă contractelor de vânzare-cumpărare de bunuri la licitație este desemnată prin dispozițiile art. 4 alin. 1 lit. g), care trimite la legea țării în care are loc licitația, dacă se poate stabili care este acest loc. Această soluție conflictuală este expresia legii statului cu care contractul prezintă cele mai strânse legături, mai ales ținând cont de faptul că părțile nu încheie atare contract exclusiv în considerarea calităților celeilalte părți, ci în special în considerarea aspectului financiar.

Norma conflictuală menționată impune o condiție pentru aplicarea legii statului în care are loc licitația, și anume ca acest loc să poată fi stabilit. Atare condiție prezintă importanță mai ales în ipoteza în care există dificultăți practice în aflarea statului de desfășurare a licitației, spre exemplu, în cazul licitațiilor organizate prin mijloace electronice, prin internet etc.

2.2. Legea aplicabilă contractului de prestări servicii

a) Contractul de prestări de servicii, în general

Potrivit dispozițiilor art. 4 alin. 1 lit. b) menționat anterior, contractul de prestări servicii, în general, este guvernat de legea statului în care prestatorul de servicii își are reședința obișnuită. Această normă conflictuală reprezintă regula în materia prestărilor de servicii, în sensul că se aplică tuturor contractelor de drept internațional privat în scopul determinării *lex contractus*, care au ca obiect prestarea unui serviciu de

⁶ Convenția a fost adoptată la Viena, pe 11 aprilie 1980 și a intrat în vigoare la 1 ianuarie 1988. România a ratificat convenția prin Legea nr. 24/1991, publicată în Monitorul Oficial nr. 54/19 martie 1991.

către una dintre părțile contractante, cu excepția cazurilor în care anumite contracte sunt reglementate prin dispoziții speciale.

Noțiunea de „prestări servicii” nu este ca atare definită în Regulamentul Roma I, însă o trimitere la cuprinsul acestei noțiuni este făcută în preambulul regulamentului la pct. 17. Se arată, pe această cale, că noțiunea de "prestare de servicii" ar trebui interpretată în același fel ca în cazul aplicării art. 5 din Regulamentul (CE) nr. 44/2001 în măsura în care prestarea serviciilor și vânzarea bunurilor sunt acoperite de regulamentul respectiv. Noțiunea de „prestări servicii” trebuie să facă, prin urmare, obiectul operațiunii de calificare, pentru determinarea conținutului normei conflictuale de la lit. b).

În dispozițiile art. 57 din Tratatul pentru funcționarea Uniunii Europene⁷ (art. 50 din Tratatul de constituire a Comunității Europene), regăsim o definiție acordată noțiunii de „servicii” care poate fi folosită și aplicată prin analogie. În temeiul acestei prevederi, se arată că „în înțelesul prezentului tratat, sunt considerate servicii prestațiile furnizate în mod obișnuit în schimbul unei remunerații, în măsura în care nu sunt reglementate de dispozițiile privind libera circulație a mărfurilor, a capitalurilor și a persoanelor. Serviciile cuprind în special:

- (a) activități cu caracter industrial;
- (b) activități cu caracter comercial;
- (c) activități artizanale;
- (d) activitățile prestate în cadrul profesiunilor liberale”.

Din punctul de vedere al structurii normei conflictuale cuprinse la art. 4 alin. 1 lit. b), considerăm că în conținutul acesteia intră toate contractele de prestări servicii de orice tip, astfel că ea acoperă, în principiu, următoarele ipoteze: contractul de mandat, de comision, de agenție, de expediție, de intermediere ocazională, de consignație, contractele de depozit, de antrepriză, contractele bancare (inclusiv cele de garanție bancară autonomă), contractele liber-profesioniștilor (spre exemplu, avocați, medici, contabili, arhitecți) etc.

Legătura normei conflictuale trimite la legea reședinței obișnuite a prestatorului de servicii. Cu alte cuvinte, această soluție conflictuală face aplicarea regulii legii debitorului prestației caracteristice.

Punctul de legătură al normei conflictuale este reședința obișnuită a prestatorului de servicii, în conformitate cu dispozițiile art. 19 din regulament.

⁷ Publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene C 83 din 30 martie 2010.

În concluzie, având în vedere cele menționate anterior, rezultă că regula conflictuală în materia contractelor de prestări servicii conduce la următoarele soluții conflictuale:

- Contractul de mandat este guvernat de legea mandatarului;
- Contractul de comision este guvernat de legea comisionarului;
- Contractul de agenție este guvernat de legea agentului;
- Contractul de expediție este guvernat de legea expeditorului⁸;
- Contractul de intermediere ocazională este guvernat de legea intermediarului;
- Contractul de consignatie este supus legii consignatarului;
- Contractul de depozit este supus legii depozitarului;
- Contractul de antrepriză este supus legii antreprenorului;
- Contractul bancar este supus legii instituției de credit prestatoare (banca);
- Contractele liber-profesioniștilor sunt guvernate de legea acestora etc.

b) Contractul de franciză

Potrivit dispozițiilor art. 4 alin. 1 lit. e) din regulament, contractul de franciză este reglementat de legea țării în care își are reședința obișnuită beneficiarul francizei⁹. Beneficiarul francizei este francizatul (franchisee)¹⁰. Punctul de legătură al normei conflictuale este reședința obișnuită a beneficiarului francizei.

Contractul de franchising este acordul de voință prin care o persoană (francizorul) permite exploatarea unei mărci sau a unui brand de producție sau de prestare de servicii de către o altă persoană independentă, producător sau prestator de servicii (francizatul), alături de know-how-ul, folosința mărcii sale și uneori o aprovizionare aferentă, pe care beneficiarul trebuie să le exploateze conform convenției, în schimbul unei remunerații (Bălan, 1998). Francizatul acționează în nume propriu și pe seama sa, asumându-și personal actele încheiate în această calitate dar în cadrul unui interes comun economic cu francizorul.

⁸ Potrivit prevederilor pct. 22 din preambulul Regulamentului Roma I, în sensul acestui regulament, termenul "expeditor" se referă la orice persoană care încheie un contract de transport cu transportatorul.

⁹ A se vedea, pentru legea aplicabilă francizei drepturilor de proprietate intelectuală, Roș, 2001. Sub incidența Legii nr. 105/1992, opinia dominantă în literatura de specialitate a fost cea potrivit căreia contractul de franciză trebuie localizat în sfera legii statului unde francizorul își are, după caz, domiciliul, reședința, sediul social sau fondul de comerț. A se vedea, în acest sens, Dan A. Sitaru, 2007.

¹⁰ În materia legii aplicabile francizei în temeiul Regulamentului Roma I, a se vedea studiul Gutiérrez, 2008.

c) Contractul de distribuție

Legea aplicabilă contractului de distribuție¹¹ este, în temeiul dispozițiilor art. 4 alin. 1 lit. f), legea țării în care își are reședința obișnuită distribuitorul (a se vedea, pentru un studiu general privind legea aplicabilă contractului de distribuție potrivit Regulamentului Roma I, Ancel, 2008). Punctul de legătură al normei conflictuale este reședința obișnuită a distribuitorului.

Contractul de distribuție (exclusivă) este acel act juridic, aplicabil în dreptul comerțului internațional, care se încheie pe termen lung, în temeiul căruia una dintre părți, numită furnizor, se obligă să livreze celeilalte părți, numite distribuitor, pe baza sau chiar în lipsa unui acord de exclusivitate, o anumită cantitate de marfă, pe care ulterior distribuitorul o revinde către terțe persoane, clienții săi proprii, într-un teritoriu determinat de către părți prin contract și utilizând marca furnizorului, în schimbul unei remunerații constând în diferența dintre prețul de cumpărare și cel de revânzare (Schmitthoff, 2007; Graupner, 1969; Wade, 1983; Christou, 2004).

Norma conflictuală anterior menționată exprimă o aplicare particulară a principiului guvernării contractului de către sistemul de drept al debitorului prestației caracteristice, care, în materia contractului de distribuție, este distribuitorul.

2.3. Legea aplicabilă contractului privind un drept real imobiliar sau privind dreptul de locațiune asupra unui imobil

a) Contractul privind un drept real imobiliar sau privind dreptul de locațiune asupra unui imobil - art. 4 alin. 1 lit. c)

Potrivit dispozițiilor art. 4 alin. 1 lit. c): contractul privind un drept real imobiliar sau privind dreptul de locațiune asupra unui imobil este reglementat de legea țării în care este situat imobilul.

Deși problema legii aplicabile contractului privind un drept real imobiliar sau privind dreptul de locațiune asupra unui imobil este tratată în contextul primului criteriu de localizare obiectivă a contractelor, cu toate acestea, Regulamentul Roma I nu se referă, prin reglementarea de la art. 4 alin. 1 lit. c), în mod expres, la un anumit contract căruia să îi determine legea aplicabilă.

¹¹ Contractul de distribuție (exclusivă) este tratat și sub denumirea de concesiune (exclusivă).

Această normă conflictuală include, în conținutul său, toate contractele care privesc un drept real imobiliar sau dreptul de locațiune asupra unui imobil.

Noțiunea de „contract privind un drept real imobiliar” are în vedere toate contractele constitutive, translative și extinctive de drepturi reale asupra imobilelor, cum ar fi, spre exemplu: contractele privind dreptul de proprietate asupra unui imobil; contractele privind dezmembrămintele dreptului de proprietate asupra unui imobil; garanțiile reale (ipotecile); posesia imobiliară etc. Astfel, în această categorie includem contractul de vânzare-cumpărare a unui imobil, contractul de schimb, donația imobiliară, contractul de constituire și de stingere a unei ipoteci sau a oricărei alte garanții reale imobiliare, contractul de grevare a unui imobil cu sarcini reale imobiliare etc.

Noțiunea de contract „privind dreptul de locațiune asupra unui imobil” desemnează contractele care au ca obiect nașterea, constituirea sau stingerea unui drept real care cuprinde în atributele sale folosința pentru o perioadă determinată a unui bun imobil, cum ar fi contractul de concesiune imobiliară. De asemenea, includem contractele care vizează nașterea, constituirea sau stingerea unui drept de creanță care presupune folosința temporară a unui imobil, cum sunt contractul de închiriere (locațiune) și de comodat.

b) Contractul de locațiune pentru folosința privată și temporară a unui imobil pe o perioadă de maximum 6 luni consecutive - art. 4 alin. 1 lit. d)

Potrivit dispozițiilor art. 4 alin. 1 lit. d): fără a aduce atingere literei c), contractul de locațiune având drept obiect folosința privată și temporară a unui imobil pe o perioadă de maximum șase luni consecutive este reglementat de legea țării în care își are reședința obișnuită proprietarul, cu condiția ca locatarul să fie o persoană fizică și să își aibă reședința obișnuită în aceeași țară.

De la regula menționată anterior, conform căreia contractul privind dreptul de locațiune asupra unui imobil este guvernat de legea țării în care este situat imobilul (*lex rei sitae*), soluția conflictuală din art. 4 alin. 1 lit. d) constituie o excepție. Astfel, contractul de locațiune a unui imobil este supus sistemului de drept al statului în care își are reședința obișnuită proprietarul imobilului (locatorul), dacă sunt îndeplinite, în mod cumulativ, următoarele condiții:

- a) Contractul are ca obiect folosința privată a unui imobil

b) Folosința este temporară – pentru o perioadă de maximum șase luni consecutive

c) Locatarul (chiriașul) este o persoană fizică

d) Locatarul (chiriașul) și proprietarul imobilului (locatorul) își au reședința obișnuită în aceeași țară.

Această reglementare de excepție de la regula *lex rei sitae* a fost prevăzută ca urmare a deciziei pronunțate într-un litigiu soluționat de Curtea Europeană de Justiție în anul 1985¹².

Spre deosebire de soluția conflictuală *lex rei sitae* de la lit. c), soluția conflictuală care trimite la legea reședinței obișnuite a proprietarului imobilului, este o expresie a regulii aplicării sistemului de drept al debitorului prestației caracteristice, care, în cazul contractului de locațiune a unui imobil este proprietarul (locatorul).

2.4. Legea aplicabilă unui contract încheiat în cadrul unui sistem multilateral

Norma conflictuală aplicabilă contractelor încheiate în cadrul unui sistem multilateral este cuprinsă în dispozițiile art. 4 alin. 1 lit. h) din Roma I. Potrivit acestui text, „orice contract încheiat în cadrul unui sistem multilateral, care reunește sau facilitează reunirea de interese multiple de vânzare-cumpărare de instrumente financiare ale terților, astfel cum sunt definite la art. 4 alin. 1 punctul 17 din Directiva 2004/39/CE, în conformitate cu normele nediscreționare, și care este reglementat de o lege unică, este reglementat de legea respectivă (cu privire la legea aplicabilă contractelor încheiate în cadrul unui sistem multilateral, a se vedea studiul general Alférez, 2008).

Pentru definirea conținutului normei conflictuale menționate, facem trimitere la preambulul regulamentului, pct. 18, care prevede următoarele: în ceea ce privește legea aplicabilă în absența unei alegeri, sistemele multilaterale ar trebui să fie acelea în cadrul cărora se efectuează tranzacții, precum piețele reglementate și sistemele multilaterale de tranzacționare, astfel cum sunt prevăzute la art. 4 din Directiva 2004/39/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 21 aprilie 2004 privind piețele instrumentelor financiare¹³, indiferent dacă se bazează sau nu pe un sistem de contraparte (contrapartidă) centrală.

¹² Hotărârea Curții Europene de Justiție din 15 ianuarie 1985, în cauza 241/83, Roesler v Rottwinkel.

¹³ Publicată în Jurnalul Oficial L 145 din 30 aprilie 2004, p. 1. Directiva a fost modificată ultima dată prin Directiva 2008/10/CE (publicată în Jurnalul Oficial L 76, din 19 martie 2008, p. 33).

Potrivit dispozițiilor art. 4 alin. 1 pct. 15 din Directiva 2004/39/CE, prin noțiunea de „sistem multilateral de tranzacționare (MTF)”, se înțelege acel sistem multilateral, exploatat de o întreprindere de investiții sau de un operator, care asigură întâlnirea - chiar în interiorul său și în conformitate cu reguli nediscreționare - unor interese multiple de vânzare și de cumpărare exprimate de terți pentru instrumente financiare, într-un mod care conduce la încheierea de contracte conform dispozițiilor titlului II („Condiții de autorizare și de funcționare aplicabile întreprinderilor de investiții”).

Din punctul de vedere al naturii lor, contractele încheiate în cadrul unui sistem multilateral sunt contracte încheiate cu consumatorii. Cu toate acestea, având în vedere gradul acestora de specificitate, contractelor încheiate în cadrul unui sistem multilateral nu le sunt aplicabile normele conflictuale din materia contractelor încheiate cu consumatorii, așa cum sunt acestea reglementate prin dispozițiile art. 6 din Roma I, care trimit la legea statului pe teritoriul căruia își are reședința obișnuită consumatorul.

3. Al doilea criteriu de localizare obiectivă a contractului: aplicarea legii statului în care își are reședința obișnuită partea contractantă care efectuează prestația caracteristică

Al doilea criteriu de localizare obiectivă a contractului, în absența legii alese prin consens de către părți, este reglementat prin dispozițiile art. 4 alin. 2 din Regulamentul Roma I. Astfel, în cazul în care contractului nu i se aplică alin. 1 sau dacă elementelor contractului li s-ar aplica mai multe dintre literele a)-h) de la alin. 1, contractul este reglementat de legea țării în care își are reședința obișnuită partea contractantă care efectuează prestația caracteristică.

Din analiza normei conflictuale de la alin. 2, rezultă că cel de-al doilea criteriu de localizare obiectivă a contractului este expresia regulii aplicării pe fondul contractului a sistemului de drept al statului debitorului prestației caracteristice. După cum am evidențiat anterior, majoritatea normelor conflictuale de la primul criteriu de localizare obiectivă (potrivit tipului specific de contract), fac aplicarea aceleiași reguli, a legii debitorului prestației caracteristice¹⁴. Diferența între cele două criterii, însă, rezidă în faptul că, în timp ce potrivit primului criteriu, fiecărui tip de contract îi era reglementată în mod expres legea aplicabilă de către legiuitorul comunitar, în aplicarea celui de-al doilea criteriu,

¹⁴ A se vedea, în acest sens, analiza soluțiilor conflictuale de la art. 4 alin. 1 lit. a), b), d), e), f) din regulament.

determinarea legii aplicabile este rezultatul activității de interpretare a judecătorului sau a arbitrilor care se pronunță în litigiul izvorât din contract.

În concluzie, aplicarea celui de-al doilea criteriu de localizare obiectivă intervine în mod subsidiar față de primul criteriu anterior examinat, numai în una dintre următoarele două ipoteze:

a) atunci când contractul concret excede listei prevăzute la art. 4 alin. 1 lit. a)-h), în sensul că nu poate fi încadrat în niciunul dintre tipurile de contracte speciale enumerate.

În această categorie pot fi incluse următoarele tipuri de contracte:

- Contractele translative de proprietate, prin care se înstrăinează un bun mobil sau un drept

Din interpretarea prin analogie a normei conflictuale din materia contractului de vânzare-cumpărare (art. 4 alin. 1 lit. a) din Roma I), se poate determina legea aplicabilă contractelor translative de proprietate, prin care se înstrăinează un bun mobil sau un drept. Spre exemplu, un contract translativ de proprietate, care nu poate fi însă inclus în categoria contractelor de vânzare-cumpărare, sau în orice alt tip de contract anume prevăzut la alin. 1, este contractul de donație. Pentru stabilirea *lex contractus*, este necesară identificarea prestației caracteristice. Considerăm că prestația specifică donației o desfășoară donatorul, care transmite proprietatea asupra unui bun, având o poziție juridică similară cu cea a vânzătorului. Rezultă, așadar, că legea aplicabilă contractului de donație este legea statului pe teritoriul căruia donatorul își are reședința obișnuită.

Trebuie menționat faptul că sunt avute în vedere în această categorie contractele translative de proprietate asupra unui bun mobil, pentru că acestea sunt singurele contracte care pot fi interpretate prin corelație cu norma conflictuală de la art. 4 alin. 1 lit. a). În cazul contractelor care au ca obiect transmiterea proprietății asupra unui imobil, indiferent care este natura lor juridică, este aplicabilă soluția conflictuală de la art. 4 alin. 2 lit. c) - *lex rei sitae*.

Cel de-al doilea criteriu de localizare obiectivă - în funcție de legea debitorului prestației caracteristice - este aplicabil, de asemenea, contractelor translative de drepturi de proprietate intelectuală. În această categorie este inclus, de exemplu, contractul de licență de brevet de invenție etc. Transmiterea de drepturi de proprietate intelectuală este supusă, așadar, legii reședinței obișnuite a cedentului dreptului respectiv (licențiatorul).

- Contractele de închiriere sau altele similare, prin care se pune la dispoziția unei persoane folosința unui bun mobil, pentru o perioadă determinată

Interpretând prin analogie dispozițiile art. 4 alin. 1 lit. d), privitoare la legea aplicabilă contractelor de locațiune având drept obiect folosința privată și temporară a unui imobil, se poate determina prestația caracteristică a contractelor de închiriere prin care se pune la dispoziția unei persoane folosința unui bun mobil, pentru o perioadă determinată. În această categorie pot fi avute în vedere contractele de locațiune, de leasing, de arendă, de concesiune, precum și contractul de comodat de bunuri mobile.

Trebuie subliniat faptul că obiectul locațiunii este un bun mobil, pentru că, în cazul folosinței bunurilor imobile, este aplicabilă norma conflictuală de la art. 4 alin. 1 lit. c) sau d), în funcție de circumstanțele concrete ale cauzei.

Legea aplicabilă este legea statului în care debitorul prestației caracteristice își are reședința obișnuită. Cu alte cuvinte, *lex contractus* este sistemul de drept al locatorului (proprietarul) sau comodantului, după caz.

- Contractele cu scop de garanție

Pentru determinarea legii aplicabile contractelor cu scop de garanție, adică a prestației caracteristice acestora, nu poate fi făcut același raționament de analogie, ca în cazul contractelor anterior menționate. În enumerarea art. 4 alin. 1 din Roma I nu există niciun element apropiat cu care contractele cu scop de garanție să fie comparate.

Așadar, în temeiul celui de-al doilea criteriu de localizare obiectivă a contractului, este necesară determinarea părții care efectuează prestația caracteristică, ceea ce va conduce la identificarea legii aplicabile pe fond. Considerăm că, în cazul contractelor cu scop de garanție, operațiunea specifică este efectuată de partea care emite garanția.

Prin urmare, debitorul prestației caracteristice este debitorul care garantează prin gaj, fidejursorul sau orice alt garant - debitor al obligației de garanție. Conform normei conflictuale de la art. 4 alin. 2, legea aplicabilă contractului este legea reședinței obișnuite a acestei părți.

În ipoteza în care contractul de garanție are ca obiect o creanță, orice transfer de creanțe cu titlu de garanție, gajul sau alte drepturi de garanție constituite asupra creanțelor, vor fi reglementate potrivit normei conflictuale de la art. 14 din regulament, fiind incluse în noțiunea de „cesiune”, în sensul avut în vedere de acel text.

b) atunci când contractul concret prezintă elemente care îl plasează în sfera mai multora dintre tipurile de contracte enumerate de regulament la alin. 1. Astfel, avem în vedere ipoteza contractelor care prezintă natură juridică complexă / mixtă, în sensul că evidențiază

elemente specifice mai multor tipuri de contracte dintre cele enumerate la primul criteriu de localizare – potrivit tipului specific de contract.

Cu titlu de exemplu, următoarele contracte pot să cadă sub incidența mai multora dintre lit. a)-h): un contract de vânzare-cumpărare care presupune, în același timp, și o prestare de servicii; un contract de vânzare-cumpărare a unui imobil care implică și o obligație de antrepriză (de exemplu, pentru ridicarea unei construcții pe terenul înstrăinat); contract de vânzare-cumpărare care prezintă elemente de distribuție; contract de franciză / distribuție care atrage și obligația beneficiarului / a distribuitorului de a presta și alte servicii etc.

Regula în cazul contractelor cu natură juridică mixtă este în sensul aplicării, pe fond, a legii statului în care debitorul prestației caracteristice își are reședința obișnuită. În cazul unui contract care constă dintr-o serie de drepturi și obligații care se încadrează în mai multe categorii de contracte definite, prestația caracteristică din cadrul contractului ar trebui determinată în funcție de centrul său de greutate.

Astfel, determinarea legii aplicabile contractelor mixte se face pe baza centrului lor de greutate. Prin urmare, întregul contract va fi supus sistemului de drept al statului reședinței obișnuite a părții care efectuează prestația determinantă (dominantă) pentru configurația juridică și economică a contractului. Pentru identificarea centrului de greutate al contractului, pot fi avute în vedere următoarele aspecte: importanța unuia dintre elementele contractului în economia acestuia; greutatea pe care părțile o acordă prestației uneia dintre ele în executarea contractului; valoarea economică a fiecăruia dintre elementele care alcătuiesc contractul etc.

4. Al treilea criteriu de localizare obiectivă: neaplicarea legii determinate potrivit primelor două criterii de localizare obiectivă a contractului, atunci când contractul prezintă în mod vădit legături mai strânse cu legea unui alt stat

Potrivit dispozițiilor art. 4 alin. 3 din Roma I „în cazul în care din ansamblul circumstanțelor cauzei rezultă fără echivoc că respectivul contract are în mod vădit o legătură mai strânsă cu o altă țară decât cea menționată la alineatele 1 sau 2, se aplică legea din acea altă țară”. Ipoteza aplicării acestei soluții conflictuale are în vedere una dintre următoarele două cazuri, în mod alternativ:

a) Contractul concret poate fi încadrat în unul dintre tipurile specifice de contract enumerate la art. 4 alin. 1, pentru care se stabilește, pe cale legală, legea aplicabilă;

b) Deși contractul concret nu poate fi inclus în categoria contractelor enumerate la alin. 1, prestația caracteristică acestuia poate fi determinată, în temeiul dispozițiilor art. 4 alin. 2.

Acest al treilea criteriu de localizare apare ca o soluție subsidiară, care devine incidentă numai cu caracter excepțional. Cu alte cuvinte, norma conflictuală care face obiectul analizei este aplicabilă numai în măsura în care toate condițiile prevăzute sunt respectate. Aceste condiții pot fi enunțate după cum urmează:

a) Legătura mai strânsă a contractului cu legea altui stat trebuie să rezulte din ansamblul circumstanțelor cauzei. Astfel, nu vor fi avute în vedere elementele izolate ale contractului sau particulare pentru o anumită parte, ci întreaga economie a contractului și contextul în care acesta a fost încheiat și produce efecte;

b) Legătura mai strânsă cu legea altui stat trebuie să rezulte fără echivoc și în mod vădit din elementele cauzei. Aceasta presupune ca, independent de subiectivismul organului jurisdicțional, ori de interesele părților, întregul context factual să trimită la un alt sistem de drept decât cel al statului determinat potrivit localizării obiective în temeiul primelor două criterii.

Având în vedere cele menționate anterior, putem concluziona că cel de-al treilea criteriu de localizare obiectivă a contractului, în sfera legii cu care prezintă cele mai strânse legături, apare ca o soluție de salvare, în sensul că se urmărește plasarea contractului în sfera unui sistem de drept care are legături obiective cu acesta.

Norma conflictuală din art. 4 alin. 3, care trimite la legea statului cu care contractul prezintă, în mod vădit, legăturile cele mai strânse, constituie aplicarea, în reglementarea europeană, a teoriei legii proprii a contractului¹⁵, care își are originea în dreptul anglo-saxon. Potrivit acestei teorii, ori de câte ori, în funcție de împrejurările concrete ale cauzei, se constată că acel contract are legături mai strânse cu un alt sistem de drept, este admisă posibilitatea organului jurisdicțional de a interveni pe fondul contractului și de a stabili, după propria sa apreciere, legea aplicabilă.

Teoria legii proprii a contractului permite o interpretare practică a împrejurărilor de fapt și de drept ale cauzei, plasând contractul în sfera sistemului de drept care apare ca fiind cel mai avantajos pentru raporturile juridice respective și care este cel mai justificat pentru a se aplica. Față de determinarea *lex contractus* pe bază de criterii prestabilite (potrivit legii expres indicate de regulament pentru tipuri speciale de contracte sau potrivit legii debitorului prestației caracteristice raportului

¹⁵ Denumită în doctrină „the proper law of the contract”.

concret), teoria legii proprii a contractului oferă o mai mare marjă de apreciere organului jurisdicțional, al cărui rol depășește simpla aplicare în cauza concretă a unor dispoziții legale, și implică o interpretare proprie a împrejurărilor, ceea ce poate reprezenta un vădit avantaj pentru părți și situația lor juridică.

Prin urmare, aplicarea teoriei legii proprii a contractului trebuie să aibă la bază anumite argumente întemeiate, care sunt extrase din ansamblul împrejurărilor cauzei și care justifică neaplicarea (înlăturarea de la aplicare) a primelor două criterii de localizare (potrivit legii desemnate pe cale legală pentru anumite tipuri de contracte sau potrivit legii debitorului prestației caracteristice).

Aceste circumstanțe sunt interpretate de organul de jurisdicție în funcție de indiciile obiective de localizare a contractului.

Indiciile avute în vedere pentru justificarea aplicării teoriei legii proprii a contractului pot fi împărțite în două categorii:

a) *Indicii intrinseci contractului* - elemente care dovedesc legăturile strânse dintre contract și legea unui anumit stat, care sunt intim legate de actul juridic încheiat. În această categorie sunt incluse, cu titlu exemplificativ:

- Reședința obișnuită, domiciliul, naționalitatea, fondul de comerț al părților sunt situate într-un anumit stat;

- Clauza de stabilire a competenței jurisdicționale a unei instanțe arbitrale dintr-un anumit stat, în eventualitatea intervenirii unui litigiu (*lex loci arbitri*), poate determina localizarea contractului în sfera sistemului de drept al aceluși stat;

- Forma încheierii contractului solemn, în cazul în care acesta a fost încheiat în fața funcționarului unui anumit stat, iar forma este specifică sistemului de drept al aceluși stat (*auctor regit actum*);

- Limba în care contractul este redactat poate, de asemenea, să constituie un indiciu, deși are o valoare redusă și trebuie interpretat prin coroborare cu alte elemente;

- Locul încheierii contractului (*lex loci contractus*).

b) *Indicii extrinseci contractului* - elemente exterioare contractului, care trimit la un anumit sistem de drept și justifică plasarea condițiilor de fond ale contractului în sfera acestui sistem. Spre exemplu:

- Unul dintre sistemele de drept în conflict (conflict de legi) nu reglementează tipul respectiv de contract, în vreme ce al doilea sistem de drept cuprinde dispoziții privitoare la contractul în cauză;

- Contractul este completat de uzanțele comerciale dintr-un anumit stat (uzanțe locale), putând, în acest fel, să justifice aplicarea pe fondul contractului a legii aceluia stat.

5. Cel de-al patrulea criteriu de localizare obiectivă a contractului: aplicarea legii statului cu care contractul prezintă cele mai strânse legături în cazul în care legea aplicabilă nu poate fi determinată pe baza primelor două criterii

Potrivit dispozițiilor art. 4 alin. 4 din Regulamentul Roma I, în cazul în care legea aplicabilă nu poate fi determinată în temeiul alineatelor 1 sau 2, contractul este reglementat de legea țării cu care are cele mai strânse legături.

Această normă conflictuală are ca premisă de aplicare situația în care legea aplicabilă contractului nu poate fi determinată potrivit primelor două criterii de localizare obiectivă, deoarece fie contractul nu se regăsește în enumerarea cuprinsă la art. 4 alin. 1, care cuprinde reglementarea expresă a *lex contractus* pentru o serie de contracte speciale, fie contractului nu i se poate stabili prestația caracteristică, astfel încât să se aplice legea reședinței obișnuite a debitorului prestației caracteristice.

Soluția conflictuală oferită la art. 4 alin. 4, conduce la aceeași lege ca și cel de-al treilea criteriu de localizare obiectivă - legea statului cu care contractul prezintă cele mai strânse legături. Distanța constă în faptul că, în timp ce al treilea criteriu are ca și temei de aplicare elemente de fapt care justifică înlăturarea criteriilor legale de localizare a contractului, criteriul patru de localizare vizează situația în care contractul în cauză nu poate, în mod concret, să fie plasat în sfera unei legi naționale pe baza criteriilor legale prevăzute de regulament.

Cu titlu de exemplu, următoarele contracte sunt guvernate de legea determinată potrivit acestui criteriu, pe baza aceluiași indiciu de localizare obiectivă intrinseci și extrinseci contractului menționate anterior și care rezultă din totalitatea circumstanțelor cauzei: contractul de schimb de bunuri mobile, contractul de contrapartidă, contractele de cooperare economică internațională etc.

Bibliografie

- Alferez Garcimartin, *New Issues in the Rome I Regulation: The Special Provisions on Financial Market Contracts*, în *Yearbook of Private International Law*, 2008, vol. X (2009), p. 245 și urm.
- Ancel Marie-Elodie, *The Rome I Regulation and Distribution Contracts*, în *Yearbook of Private International Law*, 2008, Vol. X (2009), p. 221 și urm.
- Bălan I., *Contractul de franciză*, în *Dreptul* nr. 12/1998, p. 23.
- Căpățînă O., *Revista română de studii internaționale* nr. 3/1979, p. 384-385 – *comentariul Hotărârii Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României* nr. 50/1976.
- Căpățînă O., *Les contrats commerciaux en droit international privé roumain*, în *Revue Roumaine d'Etudes Internationales* nr. 3/1986, p. 235-248.
- Căpățînă O., *Caracteristicile convenției de electio juris în relațiile comerciale internaționale*, în *Revista Studii de Drept Românesc* nr. 2/1990, p. 152-155.
- Căpățînă O., *Noul drept internațional privat român*, în *Revista de drept comercial* nr. 5/1993, p. 13.
- Christou R., *International Agency, Distribution and Licensing Agreements*, ediția a 4-a, 2004, capit. 23.
- Diaconu N., *Determinarea legii aplicabile contractului cu element străin când părțile nu și-au exprimat voința cu privire la aceasta*, în *Revista de drept comercial* nr. 10/2004, p. 146-153.
- Filipescu I. P., *Drept internațional privat, vol. II*, Editura ACTAMI, 1995, p. 89-91.
- Graupner R., *Sole Distributorship Agreements – a Comparative View*, 1969, 18 I.C.L.Q. p. 879.
- Gutiérrez G., *Franchise Contracts and the Rome I Regulation on the Law Applicable to International Contracts*, în *Yearbook of Private International Law*, 2008, vol. X (2009), p. 233 și urm.
- Popescu T. R., *Drept internațional privat*, Editura Romfel, București, 1994, p. 191-198.
- Roș V., *Dreptul proprietății intelectuale*, Editura Global Lex, 2001, p. 737 – 774.
- Schmitthoff C. M., *Schmitthoff's Export Trade, The Law & Practice of International trade*, eleventh edition, by C. Murray, D. Halloway, D. Timson-Hunt, London, Stevens & Sons, 2007, p. 805-807.

- Sitaru D. A., *Drept internațional privat*. Tratat, Editura Lumina Lex, București, p. 230-232.
- Sitaru D. A., *Contractul de franciză în dreptul intern și comparat*, Editura Lumina Lex, 2007, p. 146 - 149.
- Ștefănescu B., Rucăreanu I., *Dreptul comerțului internațional*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1983, p. 76.
- Wade J. A., *The Sole Distributor in Comparative and Private International Law*, în *Hague-Zagreb Essays 4 on the Law of International Trade*, 1983, p. 213.

THE CONSUMER PROTECTION IN RESPECT OF ELECTRONIC CONTRACT

Alexandru BLEOANĂ *

Abstract

The electronic contract (the contract concluded in electronic form) is a recent concept, but its main characteristics are common with those of the classical contract (i.e. paper-based contract). The last one was created under a fictitious image of the world, according to which all humans are equal, not only in their rights but also in their economic power.

Therefore, the legislator granted the parties the right to negotiate their contracts, considering that nobody else knows better their interests. But in the real world, although a person usually knows his interests, there are situations in which he cannot protect them (the common example is the loan contract concluded with a bank: although the person wants a low interest rate, he will be forced to accept the higher one imposed by the bank).

Only recent the legislator accepted that the difference in economic power triggers differences in the legal situation, especially under the contract law. As a consequence, not only to that premise but also to the increase of the consumerism and of the technical involvement in the consumer products, several new legal concepts appeared among which consumer protection and personal data protection are very interesting. Our paper analyzes certain aspects of the first concept (consumer protection) as it is influenced by the use of electronic contract.

Keywords: *electronic contract, consumer protection*

Capitolul 1. Noțiunea de problemă specială a contractului în formă electronică

1. Introducere. Dominat de principiile Revoluției franceze, printre care cel mai important este egalitatea, Codul civil francez imaginează o lume în care subiectele de drept sunt egale între ele, nu numai în privința drepturilor, dar și a puterii economice. Legiuitorul francez a lăsat la îndemâna părților etapa de negociere contractuală, considerând că nimeni nu știe mai bine ca partea însăși care îi sunt interesele pe care trebuie să și le apeleze în cuprinsul contractului. Dar legiuitorul nu a prevăzut că

* Ph.D, Lecturer, Faculty of Judicial, Social and Political Sciences, “Dunărea de Jos” University of Galați, Romania, Email: alexandru.bleoanca@gmail.com

partea, chiar dacă își cunoaște interesul, uneori nu poate să și-l apere, dată fiind diferența de forță economică între actorii contractuali. Acest idealism egalitarist s-a transmis, prin Codul civil român anterior (o copie fidelă a celui francez), și în țara noastră.

Abia după mulți ani a ajuns legiuitorul - atât cel francez cât și cel român - să constate că diferența de putere economică determină diferențe de situație juridică în contract, în sensul prejudicierii părții mai slabe. Lent, s-a impus ideea că partea mai slabă trebuie ajutată, pentru a se reechilibra balanța de forțe.

Transformările economice ale ultimului secol, în special sporirea consumerismului și creșterea gradului de tehnicitate a produselor și serviciilor puse pe piață au dus la apariția a două concepte: *protecția consumatorului și obligația de a face publice anumite efecte ale contractului*, pentru a proteja terții interesați. Lor li se adaugă mult mai recenta îngrijorare privind *protejarea datelor cu caracter personal* de terții cărora nu le sunt destinate, date transmise de la un partener contractual la altul în cursul existenței raportului juridic. Aceste concepte sunt rezultatul problemelor juridice legate de utilizarea contractelor în formă electronică, pe care le putem denumi probleme speciale ale contractului în formă electronică.

Dintre aceste probleme speciale ne vom opri în studiul de față numai asupra protecției consumatorului.

Capitolul 2. Protecția consumatorului

2. Protecția consumatorului. Delimitarea sferei de interes.

Categoriile de bază ale contractelor, în funcție de calitatea părților, sunt:

- contractele dintre comercianți;
- contractele dintre comercianți și consumatori¹.

Caracteristic raporturilor juridice din a doua categorie este intervenția statului în favoarea consumatorului, considerat partea mai slabă economic și juridic, în scopul echilibrării pozițiilor contractanților. Intervenția constă în oferirea unor drepturi speciale consumatorului, drepturi prin care se derogă de la regulile dreptului clasic. Această intervenție dă materialitate conceptului de protecție a consumatorului.

Protecția consumatorilor înseamnă promovarea și apărarea drepturilor fundamentale ale acestora². Ea se realizează, pe de o parte, de

¹ I. Turcu, L. Pop, *Contractele comerciale*, Editura Lumina Lex, București, 1997, p.59, lit.A.

către fiecare consumator (prin autoprotecție individuală ori asociativă) și, pe de altă parte, de către instituțiile statului (sub forma protecției *directe*, prin activități de reglementare, supraveghere și control, și a celei *indirecte*, prin informarea și educarea consumatorilor și prin sprijinirea asociațiilor de consumatori).

Dreptul consumatorului stabilește mijloacele juridice prin care protecția se realizează. Domeniul este deosebit de vast, formele de protecție fiind variate. În delimitarea sferei noastre de interes, vom porni de la următoarea constatare: contractele în formă electronică sunt cel mai adesea contracte la distanță, în care părțile nu sunt simultan în același loc. Deci analiza noastră se va circumscrie protecției consumatorului în domeniul contractelor la distanță.

Tema, așa cum am definit-o, beneficiază de reglementare proprie sub forma unei norme generale (Ordonanța Guvernului nr.130/2000 privind protecția consumatorilor la încheierea și executarea contractelor la distanță³) și a cel puțin unei norme speciale (Ordonanța Guvernului nr.85/2004 privind protecția consumatorilor la încheierea și executarea contractelor la distanță privind serviciile financiare⁴). Spunem *cel puțin* deoarece există mai multe acte normative care pot avea incidență asupra domeniului contractelor la distanță.

Analiza noastră se axează pe dispozițiile Ordonanței Guvernului nr.130/2000 (în continuare „Ordonanța”), dar vom face mențiuni și cu privire la celelalte acte normative. Ordonanța reprezintă transpunerea în dreptul intern, în cadrul procesului de preluare a *acquis*-ului comunitar, a Directivei nr.97/7/CE a Parlamentului European și a Consiliului Uniunii Europene privind protecția consumatorilor în materia contractelor la distanță⁵.

Actul normativ – atât cel român cât și modelul său comunitar – conferă protecție având în vedere distanța fizică între părțile contractante iar nu forma electronică a contractului, astfel că vom sublinia ori de câte ori este necesar impactul pe care îl are utilizarea formei electronice în cadrul protecției consumatorului.

Propunem următoarea clasificare a măsurilor de protecție oferite prin lege consumatorului în domeniul contractelor la distanță:

² A se vedea, în acest sens, campania „O 9 atitudine” lansată de Asociația Națională pentru Protecția Consumatorilor și Promovarea Programelor și Strategiilor din România la adresa web <http://www.protectia-consumatorilor.ro/index.php>.

³ Republicată în Monitorul oficial, Partea I, nr. 177 din 07.03.2008.

⁴ Publicată în Monitorul oficial, Partea I, nr. 796 din 27.08.2004.

⁵ Publicată în Jurnalul oficial al Comunităților Europene, nr. L144 din 04.06.1997.

- în funcție de *actul normativ care le consacra*, potrivit căruia există măsuri de protecție instituite de Ordonanță (norma generală) și cele instituite de alte acte normative (norme speciale);
- în funcție de *momentul din desfășurarea raportului juridic* în care se acordă protecția legală, criteriu potrivit căruia, întrucât raportul juridic se concretizează prin încheierea unui contract comercial, vor exista mijloace de protecție:
 - o în etapa anterioară încheierii contractului (faza prealabilă, de informare și negocier);
 - o în etapa încheierii contractului;
 - o în etapa executării contractului;
 - o în eventuala etapă a soluționării unui litigiu.

Această clasificare determină structura studiului nostru; astfel, vom analiza în două capitole separate măsurile de protecție reglementate de Ordonanță și, respectiv, de alte acte normative, iar în fiecare dintre acestea vom prezenta mijloacele de protecție în ordinea momentului, din desfășurarea raportului juridic, la care sunt raportate.

Capitolul 3. Mijloace de protecție instituite de Ordonanța nr. 130/2000

Secțiunea 1. Explicații preliminare

3. Domeniu de aplicare. Domeniul Ordonanței este definit de art.1 în felul următor:

prezenta ordonanță reglementează condițiile încheierii și executării contractelor comerciale la distanță între comercianții care furnizează produse sau servicii și consumatori.

Doctrina⁶ subliniază că, la delimitarea domeniului de aplicare al actului normativ, sunt utilizate un criteriu subiectiv și unul obiectiv.

Criteriul subiectiv utilizează noțiunile de „consumator” și de „comerciant”. Criteriul obiectiv pe cele de „contract la distanță” și „tehnică de comunicare la distanță”. Să analizăm în continuare modul cum Ordonanța definește aceste noțiuni.

Noțiunea de „consumator” este definită de art.2, alin.1, lit.b astfel:

⁶ Ioan I. Bălan, *Contractele la distanță și protecția consumatorilor. Ordonanța Guvernului nr. 130/2000*, în „Dreptul” nr. 1/2002, p. 24-38.

consumator este orice persoană fizică sau grup de persoane constituite în asociații, care, în executarea contractelor care intră sub incidența prezentei ordonanțe, acționează în scopuri din afara activității sale comerciale, industriale sau de producție, artizanale ori liberale.

Prin „comerciant” se înțelege, potrivit art.2, alin.1, lit.c,

orice persoană fizică sau juridică ce, în executarea contractelor care intră sub incidența prezentei ordonanțe, acționează în cadrul activității sale comerciale, industriale sau de producție, artizanale ori liberale, precum și orice persoană care acționează în același scop, în numele sau pe seama acesteia.

În privința noțiunilor subiective, remarcăm faptul că definițiile se suprapun cu cele din Ordonanța Guvernului nr.21/1992 privind protecția consumatorilor⁷ (actul normativ general în domeniul protecției consumatorului), rezultând o dublare legislativă. Definițiile au fost modificate prin Legea nr.363/2007 privind (...) armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor⁸, efectul urmărit fiind acela de unificare legislativă. Totuși, nu s-au raportat actele normative speciale la un singur act general (care este Ordonanța nr.21/1992), ci s-a repetat o aceeași definiție în toate actele relative la acest domeniu. În consecință, vom întâlni definiții identice ale noțiunii de consumator, de exemplu, în Ordonanță, în Ordonanțele nr.21/1992 și nr.85/2004 sau în Legea nr.449/2003 privind vânzarea produselor și garanțiile asociate acestora⁹.

În privința *criteriului obiectiv*, potrivit art.2, alin.1, lit.a din Ordonanță, „contractul la distanță” este

acel contract de furnizare de produse sau servicii încheiat între un comerciant și un consumator, în cadrul unui sistem de vânzare organizat de către comerciant, care utilizează în mod exclusiv, înainte și la încheierea acestui contract, una sau mai multe tehnici de comunicație la distanță.

Prin „tehnică de comunicație la distanță” se înțelege, potrivit art.2, alin.1, lit.d:

orice mijloc ce poate fi utilizat pentru încheierea unui contract între comerciant și consumator și care nu necesită prezența fizică simultană a celor două părți. Mijloacele de comunicație la distanță sunt detaliate în Anexa nr.1 (numerotată, deși este unica!, s.n.) la Ordonanță.

⁷ Republicată în Monitorul oficial, Partea I, nr. 208 din 28.03.2007.

⁸ Publicată în Monitorul oficial, Partea I, nr. 899 din 28.12.2007.

⁹ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 812 din 18.11.2003.

Observăm că formularea largă a art.2, alin.1, lit.d („orice mijloc”) pare să fie contrazisă de alin.2 al aceluiași articol, conform căruia tehnicile de comunicare la distanță sunt prevăzute în anexa care face parte integrantă din Ordonanță. Lista din anexă stabilește un număr limitat de 13 astfel de tehnici, printre care scrisoarea tipizată, telefonul cu intervenție umană, poșta electronică (e-mail) și televiziunea (teleshopping).

Nu este clar dacă legiuitorul a intenționat să impună o listă închisă a tehnicilor de comunicare la distanță. Interpretarea gramaticală ar duce la răspunsul pozitiv (art.2, alin.2 coroborat cu Anexa nr.1). Mai mult, la aceeași concluzie ar duce și constatarea faptului că legiuitorul a prevăzut actualizarea listei din anexă prin hotărâre de guvern (art.25). Această soluție normativă este cel puțin nefericită¹⁰, mai multe argumente pledând pentru oportunitatea considerării listei ca fiind una doar exemplificativă:

1. Modelul european al Ordonanței, Directiva 97/7/CE privind protecția consumatorilor în cadrul contractelor la distanță, se referă la o listă indicativă a mijloacelor de comunicare la distanță (ne referim la variantele în limbile oficiale engleză și franceză, traducerea oficială românească fiind greșită¹¹);
2. Ordonanța reprezintă transpunerea în dreptul intern a acestei directive (potrivit notei de la finalul actului normativ) și constituie executarea obligației asumate de România de preluare a *acquis*-ului comunitar.

Directiva este actul normativ comunitar care impune statelor membre doar rezultatul care trebuie atins, lăsând autorităților naționale alegerea formei și mijloacelor utilizate în acest scop¹². Acest act normativ nu a fost conceput să opereze automat la nivel național. Ulterior publicării în Jurnalul oficial al Uniunii Europene, este necesară transpunerea în ordinea internă prin adoptarea legislației corespunzătoare.

Dar armonizarea legislativă între statele membre U.E. depinde în mare măsură de implementarea directivelor. Neimplementarea unei directive constituie o încălcare gravă a dreptului comunitar și

¹⁰ V. Stoica, A. Bleoancă, *Enumerarea din lista cuprinsă în anexa la Ordonanța Guvernului nr.130/2000 privind regimul juridic al contractelor la distanță este limitativă sau exemplificativă?*, în „Revista de drept comercial”, nr. 11/2002, p.30-38.

¹¹ Art.2, pct.4 al Directivei nr. 97/7/CE stabilește, de exemplu pentru varianta în engleză, că „an *indicative list* (în românește „indicativ”, în opoziție cu *exhaustiv / limitativ*) of the means covered by this Directive is contained in Annex 1”, în vreme ce traducerea românească (oficială!) este „o listă *care indică* (s.n. – A.B.) mijloacele reglementate de prezenta directivă figurează în anexa 1”. Greșeala este evidentă.

¹² Art. 249, alin. 3 al Tratatului instituind Comunitatea Europeană.

are impact negativ asupra integrării¹³. Un stat care nu implementează o directivă o privează de rezultatele ce trebuie obținute, pune sub semnul întrebării egalitatea între statele membre în fața dreptului comunitar prin imposibilitatea aplicării uniforme a dreptului și creează discriminări între cetățeni prin neacordarea drepturilor care le sunt conferite de directive. Aceleași efecte negative le are și transpunerea greșită a directivei¹⁴, cum este în cazul de față;

3. Definiția tehnicii de comunicare la distanță se referă la „*orice mijloc*” ce poate fi utilizat pentru încheierea unui contract între comerciant și consumator și care nu necesită prezența fizică simultană a celor două părți, deci nu doar la cele din Anexa nr.1; interpretarea în sensul listei limitative face definiția inaplicabilă (chiar inutilă), or, un text de lege trebuie interpretat astfel încât să fie aplicat;
4. Viața economică, foarte dinamică, este în continuă schimbare și oricând pot apărea tehnici noi de comunicare la distanță; în cazul utilizării acestora, consumatorul ar fi lipsit de protecția Ordonanței, lucru pe care legiuitorul evident nu l-a urmărit și care ar face necesară intervenția acestuia pentru corectarea situației, soluție lipsită de pragmatism.

Domeniul de aplicare al Ordonanței este limitat de câteva excepții (contracte excluse expres deși sunt încheiate de consumator cu un comerciant prin utilizarea unei tehnici de comunicare la distanță).

Art.6, lit.a, prevede expres neaplicarea Ordonanței pentru următoarele servicii financiare: orice serviciu bancar, de credit, de asigurare, pensii individuale, servicii de investiții financiare reglementate de Legea nr. 297/2004 privind piața de capital și orice servicii referitoare la plata în natură. Regimul lor juridic este expres și separat reglementat prin Ordonanța nr.85/2004.

Următoarele contracte sunt și ele excluse de la aplicarea prevederilor ordonanței, potrivit aceluiași art.6:

- contractele încheiate prin intermediul distribuitorilor automate sau în localurile comerciale automatizate (art.6, lit.b);

¹³ Cauza C 147/77, *Comisia c. Italia*, judecată de Curtea de Justiție a Comunităților Europene.

¹⁴ T. Ștefan, *Introducere în dreptul comunitar. Text și jurisprudență*, Institutul Național al Magistraturii, București, 2005, p. 41-42.

- contractele încheiate de utilizatorii finali pentru a beneficia de servicii de acces și conectare la rețele publice de comunicații electronice ori de servicii de comunicații electronice destinate publicului (lit.c);
- contractele încheiate pentru construirea și vânzarea de bunuri imobiliare sau care se referă la alte drepturi privind bunuri imobiliare, cu excepția contractelor de închiriere (lit.d);
- contractele încheiate în cadrul vânzărilor la licitație (lit.e).

Cauzele excluderii diferă pentru fiecare caz, de exemplu, pentru lit.c), deoarece serviciul se prestează concomitent cu încheierea contractului, iar pentru lit.e) întrucât se consideră un risc asumat de către cumpărător ca bunul să nu fie conform așteptărilor. Evident, dispozițiile de protecție a consumatorilor din dreptul comun rămân aplicabile.

Subliniem faptul că, pentru a fi aplicabile dispozițiile protectoare ale Ordonanței, contractul la distanță cu un consumator trebuie încheiat în cadrul unui sistem de vânzare organizat de către comerciant. Deci, utilizarea întâmplătoare a unor tehnici de comunicare la distanță în contextul relației contractuale consumator-comerciant nu atrage aplicarea Ordonanței (de exemplu, la cererea consumatorului, comerciantul îi trimite acestuia un catalog al produselor sale, lucru pe care nu îl face în mod obișnuit, catalog ce conține și prețurile produselor, iar consumatorul comandă direct prin telefon un produs, fără a se mai deplasa la sediul comerciantului).

Secțiunea 2. Protecția anterioară încheierii contractului

4. Enumerare. În etapa anterioară încheierii contractului, în care viitorii parteneri definesc cadrul raportului juridic, consumatorul este protejat prin dreptul de a fi informat de către comerciant și prin utilizarea reglementată a anumitor mijloace de comunicare la distanță.

A. Dreptul la informare

5. Noțiune. Acesta reprezintă principala formă de protecție a consumatorului. Prin informarea sa completă și corectă cu privire la caracteristicile esențiale ale produselor și serviciilor oferite se asigură accesul său neîngrădit la acestea și este apărat de eventualele practici incorecte ce ar putea fi utilizate de comercianți. Cele două scopuri (acces și apărare) sunt asumate, de altfel, prin legislația privind protecția consumatorului (art.1, alin.1 din Ordonanța nr.21/1992).

Subliniem că informarea consumatorului nu este cantonată în etapa prealabilă încheierii contractului, ci trebuie să continue pe întreg parcursul încheierii și executării acestuia, tocmai datorită importanței mari a acestui mijloc de protecție.

În mod tradițional, potrivit vechiului Cod civil, comerciantul avea obligația, care decurgea din chiar calitatea sa de parte contractantă, să nu înșele consumatorul. Manoperele dolosive erau sancționate, ca și dolul prin reticență, dar acesta din urmă era mult mai greu de demonstrat; se traducea prin a arăta faptul că el, consumatorul, nu a fost informat în legătură cu anumite caracteristici ale produsului sau serviciului dobândit; or, comerciantul se putea apăra arătând că rolul său nu este acela de a da sfaturi consumatorului-cumpărător.

Noul Cod civil¹⁵, aplicat începând cu 01.10.2011, face un pas înainte în sensul stabilirii exprese, pe lângă ideile preluate din vechiul Cod civil, a obligației viitoarelor părți contractante de a acționa cu bună-credință, atât în etapa negocierilor (art.1183) cât și ulterior încheierii, pe parcursul executării (art.1170).

Totuși, aceste forme de protecție împotriva dolului (întemeiate pe dispozițiile vechi de 200 de ani ale Codului civil francez, modelul vechiului Cod civil românesc, sau pe dispozițiile fără sancțiune ale Noului Cod civil) nu corespund actualei etape economice, în care sunt puse pe piață produse și servicii din ce în ce mai complexe.

Legiuitorul și-a însușit această constatare și a corectat situația acordând consumatorului dreptul de a fi informat. În acest fel a reechilibrat balanța forțelor economice ale comerciantului și consumatorului în favoarea celui din urmă.

Ordonanța impune informarea consumatorului înainte de încheierea contractului, iar potrivit art. 1177 din Noul Cod civil, legislația specială în domeniul protecției consumatorului are prioritate de aplicare față de regulile codului însuși. Reglementarea din art.3 al Ordonanței privește atât informațiile care trebuie transmise cât și modul cum trebuie transmise.

a) informații care trebuie furnizate consumatorului

6. Tipuri de informații. Art.3, alin.1 din Ordonanță detaliază informațiile pe care, înainte de încheierea contractului la distanță,

¹⁵ Legea nr. 287/2009 privind Codul civil a fost republicată în Monitorul oficial, Partea I, nr. 505 din 15.07.2011.

comerciantul trebuie să le ofere consumatorului. Acestea pot fi grupate în trei mari categorii:

- informații privind identitatea comerciantului (nume sau denumire, adresa și modalitățile de contactare a acestuia, telefon / fax, e-mail și codul unic de înregistrare);
- informații privind obiectul contractului (caracteristicile esențiale ale produsului sau serviciului, prețul, taxele aplicabile, cheltuielile de livrare și modalitățile de plată, de livrare sau de prestare);
- informații privind condițiile de contractare (dreptul de denunțare unilaterală a contractului, costul utilizării tehnicii de comunicare la distanță, perioada de valabilitate a ofertei sau a prețului, durata minimă a contractului, în cazul contractelor care prevăd furnizarea curentă sau periodică precum și termenul limită de executare a obligațiilor rezultând din contract).

Aceste categorii corespund elementelor contractului – părți și obiect – ultimul incluzând și condițiile de contractare.

Informațiile urmăresc întărirea încrederii consumatorului în comercianți, rezultat de natură a spori numărul de contracte la distanță și, în general, pe cel al contractelor încheiate. Nu este deci vorba de o acțiune altruistă, ci de una menită a promova vânzările. Apreciem că reglementarea nu reușește să își atingă scopul, datorită următoarei diferențe de regim juridic a informațiilor privind identitatea comerciantului:

- informațiile oferite în mod obișnuit sunt doar cele privind numele sau denumirea comerciantului, deci insuficiente pentru a verifica existența reală a acestuia și faptul că el este persoana care se pretinde a fi;
- doar în cazul contractelor care prevăd plata anticipată din partea consumatorului legea impune dezvăluirea adresei, a modalităților de contactare, a telefonului sau faxului, a e-mail-ului și a codului unic de înregistrare ale comerciantului.

Rezultă că, de regulă, consumatorul va afla despre comerciant doar o denumire, ceea ce este prea puțin ca să considere că acesta are o existență reală și o ofertă comercială demnă de luat în seamă. Sugerăm ca într-o viitoare modificare a Ordonanței să se generalizeze obligativitatea oferirii integrale a datelor de identitate ale comercianților, fapt de natură să întărească într-adevăr încrederea consumatorilor în aceștia.

b) modul în care trebuie oferite informațiile

7. Modul de oferire a informațiilor. Informarea trebuie să fie făcută în timp util, corect și complet. De asemenea, potrivit art.3, alin.2, informațiile, al căror scop comercial trebuie să rezulte fără echivoc, vor fi comunicate în mod clar, ușor de înțeles de către consumator, prin orice mijloc adaptat tehnicii de comunicare la distanță utilizate, ținându-se seama de principiile de bună practică comercială în tranzacții și de principiile care guvernează protecția minorilor și a altor persoane lipsite de capacitate de exercițiu, precum și de principiile referitoare la bunele moravuri.

Condițiile pe care trebuie să le respecte comunicarea conturează tipologia consumatorului prezumat de lege. Acesta este o persoană cu o capacitate de înțelegere limitată, limitare ce nu ține de intelect ci de nivelul de informații deținut din domeniul cărui îi aparține serviciul ori produsul comercializat¹⁶.

Art.3, alin.3 reglementează comunicarea telefonică, impunând ca la începutul oricărei conversații cu consumatorul, comerciantul să își decline identitatea, precum și să indice în mod explicit scopul comercial al apelului. Este o aplicație de caz, cu rol exemplificativ, a regulilor generale stabilite anterior (ca scopul comercial al comunicării să rezulte fără echivoc iar printre informațiile transmise să fie și identitatea comerciantului).

B. Utilizarea reglementată a anumitor mijloace de comunicare la distanță

8. Reglementare. O parte dintre mijloacele de comunicare la distanță pot fi deranjante sau costisitoare pentru consumator. Ordonanța stabilește două moduri de utilizare a mijloacelor de comunicare: utilizare permisă cu excepția situației în care consumatorul se împotrivesc (regula) și utilizare permisă doar dacă există acceptul expres al consumatorului (excepția).

Regula este prevăzută de art.16, care arată că utilizarea altor tehnici de comunicare individuală la distanță în afara celor prevăzute la art.15 nu este permisă dacă există un refuz manifestat de consumator. Așadar, comerciantul va putea să le utilizeze liber în raport cu orice consumator,

¹⁶ Tocmai de aceea în manualele de utilizare a produselor pot fi întâlnite formulări hilare de genul „asigurați-vă că aparatul este conectat la rețeaua electrică” sau „apăsați până auziți un clic”.

până în momentul în care acesta refuză în mod expres continuarea comunicării pe acea cale. Tehnicile cărora li se aplică această regulă sunt, de exemplu, imprimatul neadresat, catalogul și telefonul cu intervenție umană.

Excepția, reglementată de art.15, prevede că utilizarea anumitor tehnici de comunicare la distanță necesită acordul prealabil al consumatorului, iar acestea sunt:

- sistem automatizat de apel fără intervenție umană (automat de apel);
- telecopiator (fax);
- adresă de poștă electronică (e-mail).

Legea încearcă să evite unele pierderi pentru consumator, fie că este vorba de timp pierdut (răspunzând la telefoane la care aude povești publicitare spuse de automate de apel ori golind continuu căsuța de e-mail de mesajele nedorite), fie pierdere de bani (tonerul și hârtia de fax consumate cu mesaje comerciale nesolicitate sau pierderea mesajelor e-mail valoroase din cauza umplerii căsuței cu cele comerciale nesolicitate de tip *spam*).

Secțiunea 3. Protecția la încheierea contractului

9. Momentul încheierii contractului. În această etapă contractuală putem vorbi de o formă *sui-generis* de protecție a consumatorului reprezentată de stabilirea momentului în care contractul se consideră încheiat.

În dreptul comercial clasic, momentul încheierii contractului era reglementat de art.35, alin.1 al Codului comercial astfel:

contractul sinalagmatic între persoane depărtate nu este perfect dacă acceptarea n-a ajuns la cunoștința propuitorului în termenul hotărât de dânsul sau în termenul necesar schimbului propunerii și acceptării după natura contractului.

Legea stabilea astfel așa-numita *teorie a informării*, însă în practică se aplica *teoria receptării*, dublată de o prezumție relativă de luare la cunoștință¹⁷.

Concluziile acestea sunt pe deplin aplicabile și în prezent, ulterior intrării în vigoare a Noului Cod civil (01.10.2011), pentru că art.1186, alin.1 reglementează în mod similar momentul încheierii contractului:

¹⁷ C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Editura All Beck, București, 2000, p. 50-53.

Contractul se încheie în momentul și în locul în care acceptarea ajunge la ofertant, chiar dacă acesta nu ia cunoștință de ea din motive care nu îi sunt imputabile.

Art.5 al Ordonanței reglementează în mod diferit momentul încheierii contractului dintre comerciant și consumator, respectiv:

dacă părțile nu au convenit altfel, momentul încheierii contractului la distanță îl constituie momentul primirii mesajului de confirmare de către consumator, referitor la comanda sa.

Reglementarea specială din Ordonanță a fost criticată în doctrină¹⁸, subliniindu-se că momentul ales de legiuitor pare aleatoriu, iar procedura lungă constituie un dezavantaj în cadrul raporturilor comerciale caracterizate prin celeritate.

Considerăm că există cel puțin două argumente în susținerea reglementării; astfel, momentul nu este aleatoriu. Practic, schimbul de comunicări se petrece astfel: comerciantul emite oferta, consumatorul, după ce o primește, o acceptă; consumatorul expediază acceptarea; comerciantul primește acceptarea și emite mesajul de confirmare către consumator; consumatorul primește acest mesaj. Dacă s-ar fi aplicat regula din Codul comercial, comerciantul ar fi fost primul și, cel mai adesea, singurul care ar fi știut de încheierea contractului, până când consumatorul primea produsul sau serviciul. Aceasta nu era o situație de natură să sporească încrederea consumatorului în utilizarea tehnicilor de comunicare la distanță, balanța informațională fiind evident înclinată în favoarea comerciantului. Ordonanța a corectat dezechilibrul; potrivit acesteia, ambele părți trebuie să cunoască momentul încheierii contractului anterior executării lui.

Apoi, celeritatea comerțului este un avantaj doar pentru comerciantul profesionist, cel care poate înțelege repede și profita de noianul de informații care i se oferă. Consumatorul, dimpotrivă, preferă să aibă timp de reflecție înainte de a lua o decizie care impune cheltuieli materiale.

Concluzia este că stabilirea momentului încheierii contractului se adaugă mijloacelor de protecție a consumatorului, alături de dreptul la informare și dreptul la denunțare unilaterală, mijloace care au toate și rolul de temperare a vitezei tranzacției.

¹⁸ R. Bercea, *Momentul încheierii contractelor comerciale la distanță*, în „Revista de drept comercial”, nr.6/2004, p. 110-111.

Secțiunea 4. Protecția în cursul executării contractului

10. Enumerare. Mijloacele de protecție a consumatorului în cursul executării contractului sunt:

1. dreptul consumatorului de a fi informat;
2. dreptul consumatorului de a denunța unilateral contractul;
3. modul în care comerciantul este obligat să își execute propriile obligații.

A. Dreptul consumatorului de a fi informat

11. Informarea în cursul executării contractului. Așa cum am precizat, informarea consumatorului este un scop urmărit nu doar la încheierea contractului ci pe tot parcursul executării lui.

Dacă art.3 al Ordonanței stabilește informațiile minimale ce trebuie oferite consumatorului anterior creării raportului juridic, art.4 impune comerciantului să-l informeze pe consumator asupra următoarelor elemente, în perioada executării contractului:

- a) confirmarea informațiilor menționate la art.3, dacă acestea nu au fost transmise înainte de încheierea contractului;
- b) condițiile și modalitățile de exercitare a dreptului de denunțare unilaterală;
- c) sediul, numărul de telefon / fax, precum și adresa de e-mail ale comerciantului, la care consumatorul poate să-și prezinte reclamațiile;
- d) informațiile privind service-ul post-vânzare și garanțiile oferite;
- e) condițiile de denunțare unilaterală a contractului, atunci când acesta are o durată nedeterminată sau o durată mai mare de un an.

O limitare este prevăzută de alin. 2, conform căruia, dispozițiile prevăzute la alin. 1, lit. a), b), d) și e) nu se aplică în cazul serviciilor a căror execuție este realizată cu ajutorul unei tehnici de comunicare la distanță, dacă aceste servicii sunt furnizate o singură dată și facturarea lor este efectuată de operatorul de comunicație.

Informația trebuie transmisă consumatorului, în scris sau pe un alt suport durabil, la dispoziția sau accesibil acestuia, în timp util, în perioada executării contractului. Legea mai prevede și ca aceste informații să ajungă la consumator până cel mai târziu în momentul livrării produsului ori serviciului, deci urmărește ca acesta să beneficieze de toate informațiile

relevante pe întreaga perioadă de 10 zile în care poate exercita dreptul de denunțare unilaterală a contractului.

B. Dreptul de a denunța unilateral contractul

12. Justificare. Legiuitorul a dorit să promoveze comerțul prin intermediul tehnicilor de comunicare la distanță, dar s-a lovit de un mare neajuns: neîncrederea consumatorului în comerțul la distanță datorită lipsei unui contact fizic al acestuia cu produsul ori serviciul dorit. Oricât de tentant ar părea produsul în fotografiile publicitare, consumatorul este conștient că are de a face cu simple fotografii, iar realitatea poate să îl dezamăgească.

Pentru a depăși acest prag psihologic, legiuitorul a instituit dreptul consumatorului de a denunța unilateral contractul. În acest fel, consumatorul poate să ia contact fizic cu produsul ori serviciul, înainte de a fi legat cu putere de lege prin contractul încheiat cu un comerciant.

13. Definiție și natură juridică. Dreptului de denunțare i se alocă un capitol întreg, al II-lea, al Ordonanței. Art.7, alin.1 care proclamă: consumatorul are dreptul de a denunța unilateral contractul la distanță. Exercițarea dreptului nu este condiționată de o motivare expresă din partea consumatorului, deci este permisă (chiar urmărită) denunțarea pentru simplul motiv că produsul nu place consumatorului.

Din acest punct de vedere, putem face o paralelă între vânzarea afectată de dreptul de denunțare unilaterală, pe de o parte, și vânzarea pe încercate și cea pe gustate, pe de altă parte.

Așa cum s-a arătat în doctrină¹⁹, vânzarea pe încercate este o varietate de vânzare afectată de condiția suspensivă a încercării lucrului de către cumpărător. Acesta din urmă poate refuza să cumpere, dar refuzul nu se poate baza pe simplul fapt că lucrul nu îi place; trebuie ca lucrul, în mod obiectiv, să fie necorespunzător, altfel am fi în prezența unei condiții pur potestative ce nu ar produce niciun efect (art. 1403 din Noul Cod civil; anterior, o astfel de condiție atrăgea chiar nulitatea vânzării conform art.1010 din vechiul Cod civil).

În ce privește vânzarea pe gustate, s-a arătat că aceasta nu este o vânzare propriu-zisă, deoarece condiția ce ar afecta vânzarea (ca bunul ce îi face obiectul, cum ar fi vinul, să placă celui ce îl cumpără) ar fi pur potestativă, deci contractul ar fi nul. În realitate, nici nu putem vorbi de un

¹⁹ F. Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Editura Universul Juridic, București, 2001, p. 103-104.

act juridic anterior momentului în care viitorul cumpărător gustă și declară că îi place marfa.

Vânzarea afectată de dreptul de denunțare unilaterală reprezintă un act juridic, asemeni vânzării pe încercate, dar care poate fi desfăcut pentru simplul motiv că bunul nu place cumpărătorului, din acest punct de vedere fiind asemănătoare vânzării pe gustate. Exisă așadar o condiție, ce poate avea caracter pur potestativ atunci când consumatorul denunță contractul pentru motivul că bunul nu îi place; rezultă că art. 7, alin.1 al Ordonanței nr. 130/2000 derogă de la dispozițiile art.1403 din Noul Cod civil (și deroga și de la art. 1010 din vechiul Cod civil).

Consumatorul, așadar, prin manifestarea sa unilaterală de voință, poate pune capăt contractului încheiat prin tehnici de comunicare la distanță, voința comerciantului neavând niciun rol în această privință. Rezultă că dreptul de denunțare unilaterală a contractului are, alături de revocarea donației între soți ori de denunțarea contractului de locațiune încheiat pe durată nedeterminată, natura juridică de excepție de la principiul irevocabilității actelor juridice bilaterale (contractelor)²⁰.

14. Sfera de aplicare. Aplicabilitatea dreptului de denunțare unilaterală rezultă din corelarea art.7 și art.10. Primul o extinde la toate contractele („contractul la distanță” fără nicio precizare) însă al doilea o restrânge – consumatorul nu poate denunța unilateral următoarele tipuri de contracte:

- a) contracte de furnizare de servicii a căror execuție a început, cu acordul consumatorului, înaintea expirării termenului de 10 zile lucrătoare prevăzut la art.7 alin.1 (art.10, lit.a);
- b) contracte de furnizare de produse sau servicii al căror preț depinde de fluctuațiile cursurilor pieței financiare care nu pot fi controlate de comerciant;
- c) contracte de furnizare a unor produse executate după specificațiile consumatorului sau a unor produse distinct personalizate, precum și a acelor care, prin natura lor, nu pot fi returnate sau care se pot degrada ori deteriora rapid;
- d) contracte de furnizare a înregistrărilor audio, video sau a programelor informatice, în cazul în care au fost desigilate de către consumator;
- e) contracte de furnizare a ziarelor, periodicelor, jurnalelor-magazin;
- f) contracte de servicii de pariuri sau loterii.

²⁰ G. Boroi, *op.cit.*, p. 208-210.

Însă, această restrângere nu este de ordine publică, deci părțile pot deroga de la normă. Derogarea este în avantajul evident al consumatorului, de aceea este permisă de lege; tocmai din acest motiv credem că este improbabilă utilizarea ei în practică, mai ales în cazul contractelor de adeziune.

15. Clauza contractuală. Legea impune includerea în contract a clauzei următoare (art.4, alin.1, lit.b):

Consumatorul are dreptul să notifice în scris comerciantului că renunță la cumpărare, fără penalități și fără invocarea unui motiv, în termen de 10 zile lucrătoare de la primirea produsului sau, în cazul prestărilor de servicii, de la încheierea contractului.

Clauza trebuie redactată cu caractere îngroșate. Sancțiunea nerespectării obligației de inserare a clauzei este specială: în cazul omiterii acestei clauze, produsul sau serviciul este considerat livrat fără cerere de comandă din partea consumatorului, conform prevederilor art.14. Potrivit acestui articol, este interzisă livrarea de produse sau prestarea de servicii fără o comandă prealabilă din partea consumatorului, dacă această livrare implică solicitarea efectuării unei plăți. În cazul livrărilor pentru care nu există o comandă prealabilă, consumatorul este exonerat de orice contra-prestație, lipsa răspunsului neavând valoare de consimțământ.

Nu credem că legiuitorul a dorit ca implicit să statueze dreptul consumatorului la păstrarea produsului sau utilizarea serviciului, deși, în paranteză fie spus, această sancțiune ar fi avut un efect puternic asupra comercianților și ar fi fost benefică pentru consumatori. Comerciantul va putea așadar să revendice produsul sau să înceteze prestarea serviciului, fără a putea pretinde contravaloarea beneficiului dobândit de consumator până în acel moment.

Obligativitatea includerii clauzei în contract reprezintă îmbinarea dreptului consumatorului la denunțare unilaterală cu dreptul acestuia de a fi informat. Deși legea nu prevede expres, credem că ea are în vedere contractele de adeziune²¹, având clauzele prestabilite de comerciant, doar în acest fel explicându-se obligația comerciantului de a urmări ca această clauză specială să fie inclusă.

16. Termenul de exercitare a dreptului de denunțare unilaterală. Acesta este de 10 zile lucrătoare și începe să curgă:

²¹ C. Stătescu, C. Bîrsan, *op.cit.*, p.23.

- a) pentru produse, de la data primirii lor de către consumator, dacă au fost îndeplinite prevederile art.4 (informarea concomitentă executării contractului);
- b) pentru servicii, din ziua încheierii contractului sau după încheierea contractului, din ziua în care obligațiile prevăzute la art.4 au fost îndeplinite, cu condiția ca întârzierea să nu depășească 90 de zile.

În cazul în care comerciantul a omis să transmită consumatorului informațiile prevăzute la art.4, termenul pentru denunțarea unilaterală a contractului este de 90 de zile și începe să curgă pentru produse, de la data primirii lor de către consumator, iar pentru servicii, de la data încheierii contractului.

Dacă în perioada celor 90 de zile informațiile prevăzute la art.4 sunt furnizate consumatorului, termenul de 10 zile lucrătoare pentru denunțarea unilaterală a contractului începe să curgă din acel moment.

17. Aspecte financiare. Acestea, în privința exercitării dreptului de denunțare unilaterală, sunt reglementate de art.8 și 9:

1. consumatorul nu suportă penalități pentru exercitarea dreptului, însă poate fi obligat la suportarea cheltuielilor directe de returnare a produselor;
2. comerciantul are obligația să ramburseze sumele plătite de consumator fără a-i solicita acestuia cheltuielile aferente rambursării sumelor. Rambursarea sumelor se va face în cel mult 30 de zile de la data denunțării contractului de către consumator;
3. în cazul în care, pentru produsul sau serviciul ce face obiectul contractului la distanță, comerciantul creditează consumatorul, direct sau în baza unui acord încheiat de comerciant cu un terț, o dată cu denunțarea unilaterală a contractului la distanță încetează de drept și contractul de acordare a creditului, fără penalități pentru consumator (art.9).

Trebuie subliniat că reglementarea dreptului de denunțare unilaterală a contractului se face prin norme cu caracter de ordine publică, de la care părțile nu pot deroga²². Regula aceasta, prevăzută de art.26, se explică prin scopul legislației (protecția consumatorului față de comerciantul care este prezumat mai puternic din punct de vedere economic și informațional).

²² Ioan I. Bălan, *op.cit*, p.33.

C. Protecția prin reglementarea modului în care comerciantul trebuie să își execute obligațiile

18. Mod legal de executare. Art.11 al Ordonanței stabilește expres condițiile în care comerciantul trebuie să își îndeplinească obligațiile asumate prin contract:

1. comerciantul trebuie să își îndeplinească obligațiile contractuale în termen de cel mult 30 de zile de la data la care consumatorul a transmis comanda, cu excepția cazului în care părțile au convenit altfel;
2. comerciantul, în cazul în care nu poate executa contractul din cauză că produsul sau serviciul nu este disponibil, trebuie să informeze consumatorul despre această indisponibilitate, iar sumele pe care acesta le-a vărsat ca plată trebuie rambursate de comerciant în termen de maximum 30 de zile;
3. comerciantul poate livra consumatorului un produs sau serviciu de o calitate și la un preț echivalente cu cele solicitate numai dacă acest lucru a fost prevăzut înainte de încheierea contractului și/sau în contract, astfel încât consumatorul să fie informat în mod clar despre această posibilitate. În caz contrar, furnizarea unor produse sau servicii similare celor solicitate va fi asimilată cu livrarea fără comandă, astfel cum se prevede la art.14. Cheltuielile de returnare a produselor, în situația exercitării dreptului de denunțare unilaterală a contractului, sunt în acest caz în sarcina comerciantului, element asupra căruia consumatorul trebuie să fie informat.

După cum observăm, legiuitorul tinde să reglementeze în detaliu situațiile care pot apărea în relația contractuală consumator-comerciant. Menită să apere consumatorul în toate cazurile previzibile, această supra-legiferare are și dezavantaje:

- toate situațiile neprevăzute vor fi acerb speculate de comerciant în detrimentul consumatorului;
- consumatorul se va obișnui cu o protecție paternalistă din partea statului, renunțând la a discerne singur, ceea ce dăunează educației sale în calitate de consumator.

Comerciantul este exonerat de obligațiile de informare, de acordare a dreptului de denunțare unilaterală și de a-și îndeplini obligațiile în 30 de zile de la încheierea contractului în cazul contractelor privind:

- a) vânzarea de produse alimentare, de băuturi sau de produse de uz curent utilizate în gospodărie, livrate cu regularitate de către

comerciant la domiciliul, reședința sau la locul de muncă al consumatorului;

- b) furnizarea de servicii de cazare, de transport, de furnizare de preparate culinare, de agrement, atunci când comerciantul se angajează prin contractul încheiat să efectueze aceste prestații la o dată precisă sau într-o perioadă specificată; în mod excepțional, în cazul activităților de agrement organizate în aer liber, comerciantul își poate rezerva dreptul de a nu respecta prevederile privind informarea consumatorului despre indisponibilitatea produsului sau serviciului și returnarea sumelor primite, în circumstanțe specifice.

Consumatorul poate plăti cu cardul său bancar produsele sau serviciile contractate, oferind astfel comerciantului posibilitatea de a trage sume de pe aceasta.

După cum am menționat deja anterior, art.14 interzice livrarea de produse sau prestarea de servicii fără o comandă prealabilă din partea consumatorului, dacă această livrare implică efectuarea unei plăți. În cazul livrărilor pentru care nu există o comandă prealabilă, consumatorul este exonerat de orice contraprestație, lipsa răspunsului neavând valoare de consimțământ. Totuși, livrarea sau prestarea fără comandă, însă și fără solicitarea unei plăți, este permisă; cu alte cuvinte, donația comercială este legală. Dar trebuie amintit că potrivit doctrinei de drept comercial²³, donația nu este de regulă un act de comerț, ci unul pur civil, deci excede, în principiu, sferei de aplicare a Ordonanței (art.1 prevede aplicarea doar pentru contracte comerciale).

D. Protecția prin stabilirea de sancțiuni și reglementarea procedurii în caz de litigiu

19. Sancțiuni. Drepturile conferite consumatorului ar fi o pură iluzie de protecție dacă nu ar beneficia de o sancțiune adecvată. Ordonanța reglementează sancționarea contravențională și o sancțiune specială.

Sancțiunea specială se aplică în cazul livrării unui produs ori prestării unui serviciu fără să existe o comandă prealabilă: consumatorul nu este ținut de nicio contraprestație și beneficiază gratuit de produs sau

²³ M. A. Dumitrescu, *Codul de comerț comentat*, Editura Librăriei Leon Alcalay, București, 1904, p. 198-199, nr. 342.

serviciu până la preluarea acestuia sau încetarea prestării de către comerciant.

Regimul juridic al contravențiilor este stabilit de art.17-22. Potrivit art.17-18, constituie contravenție, dacă nu a fost săvârșită în astfel de condiții încât, potrivit legii penale, să constituie infracțiune:

- încălcarea prevederilor art.3, 4, 8 și 11, referitoare la informare și la modul de executare a obligațiilor comerciantului;
- încălcarea prevederilor art.16 (privind utilizarea unor tehnici de comunicare individuală la distanță în ciuda opoziției exprese a consumatorului) și se sancționează cu amendă de la 500 lei la 1.000 lei; credem că este doar o inadvertență nesancționarea contravențională a utilizării tehnicilor prevăzute la art.15 fără acordul prealabil al consumatorului, finalitatea fiind aceeași cu cea din art.16.

Contravenient poate fi și persoana juridică (art.19) iar cuantumul amenzilor este supus actualizării prin hotărâre de Guvern (art.20). Constatarea contravențiilor și aplicarea sancțiunilor prevăzute la art.17-18 se fac la sesizarea consumatorilor sau din oficiu de către reprezentanții împuterniciți ai Autorității Naționale pentru Protecția Consumatorilor (art.21).

20. Procedura judiciară. Tot o măsură de protecție reprezintă și răsturnarea sarcinii probei în cadrul unui litigiu. Potrivit art.24, în caz de litigiu, sarcina dovedirii obligațiilor prevăzute la art.4 (de informare concomitentă executării contractului), a respectării termenelor și a existenței acordului consumatorului, prevăzute la art.5, art.11, alin.1 și art.15, revine comerciantului. Consumatorul poate face o simplă afirmație de nerespectare a dispozițiilor legale de către comerciant iar acesta va trebui să se disculpe. Norma are și o justificare tehnică: cel care organizează sistemul de vânzare și are mijloacele materiale de păstrare a dovezilor de îndeplinire a obligațiilor este numai comerciantul.

Instanța competentă este cea de la domiciliul consumatorului, și Ordonanța derogă astfel, în cazul consumatorului-reclamant, de la regula generală de procedură potrivit căreia instanța competentă este cea de la domiciliul pârâtului (art.5, teza I din Codul de procedură civilă).

Capitolul 4. Mijloace de protecție instituite de alte acte normative

Secțiunea 1. Explicații preliminare

21. Relația dintre actele normative ce conferă protecție consumatorului. Ordonanța Guvernului nr.130/2000 se raportează astfel la celelalte acte normative privind protecția consumatorului, în sensul că aceasta:

1. este, potrivit art. 23, *norma generală* față de
 - 1.1. Legea nr. 363/2007, amintită anterior, privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii (...);
 - 1.2. dispozițiile naționale care transpun reglementări europene cu privire la anumite aspecte ale furnizării de bunuri și servicii; acestea se aplică cu prioritate, în măsura în care Ordonanța nu cuprinde dispoziții contrare. Aici se încadrează și Ordonanța nr. 85/2004 privind protecția consumatorilor la încheierea și executarea contractelor la distanță privind serviciile financiare;
2. este *normă specială* în raport cu Ordonanța nr. 21/1992 sau, mai larg, Codul consumului²⁴ (ultimul prevede, în art. 88, alin. 1, că reglementările legale în vigoare privind protecția consumatorului, care nu sunt cuprinse în el, se vor prelua ca anexe ale sale; deci aceasta este norma generală. Cum însă această preluare nu a avut loc - termenul stabilit la alin. 2 și impus Guvernului nu a fost respectat - înseamnă că primul act normativ, Ordonanța nr. 21/1992, conține principiile generale ale domeniului).

Secțiunea 2. Ordonanța nr. 85/2004 privind protecția consumatorilor la încheierea și executarea contractelor la distanță privind serviciile financiare

22. Protecție în domeniul serviciilor financiare la distanță. Ordonanța nr. 85/2004 transpune Directiva Parlamentului European și a Consiliului nr. 2002/65/CE privind vânzarea la distanță a serviciilor financiare către consumatori²⁵ (art. 25).

²⁴ Legea nr. 296/2004 privind Codul consumului, republicată în Monitorul oficial, Partea I, nr. 224 din 24.03.2008.

²⁵ Publicată în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene (J.O.C.E.) nr. L271 din 09.10.2002.

Ordonanța nr.85/2004 urmează structura legii generale (Ordonanța nr.130/2000), în același fel în care Directiva nr.2002/65/CE repetă structura Directivei nr.97/7/CE privind protecția consumatorilor în cadrul contractelor la distanță. Drept urmare, sunt reglementate în același mod:

- dreptul consumatorului de a fi informat anterior și pe parcursul încheierii contractului (art. 4-7);
- momentul încheierii contractului (art. 8);
- dreptul consumatorului de a denunța unilateral contractul (art.9-13);
- utilizarea tehnicilor de comunicare la distanță (art. 16-17);
- sancțiunile – specială și contravenționale (art. 14 și 18-19);
- stabilirea sarcinii probei, în caz de litigiu, în sarcina comerciantului.

Dar există și diferențe față de norma generală (Ordonanța), unele dintre acestea chiar notabile:

- nu este folosită noțiunea de comerciant ci aceea de furnizor, dar esența reglementării este aceeași („furnizorul” este orice persoană juridică sau persoană fizică, publică sau privată, abilitată conform legii, care, în cadrul activităților sale profesionale sau comerciale, are calitatea de furnizor de servicii financiare stipulate în contractul la distanță);
- nu se mai poate interpreta că tehnicile de comunicare la distanță sunt prevăzute limitativ (nu există o listă care să le enumere, fie și exemplificativ, ci se aplică definiția generică – „*orice mijloc care, fără a necesita prezența fizică simultană a celor două părți...*” – art. 3, lit. e); este un argument în plus în sprijinul opiniei că și norma generală (Ordonanța nr. 130/2000) trebuia să adopte aceeași tehnică de reglementare;
- termenul în care consumatorul poate să denunțe unilateral contractul este de 14 zile lucrătoare, termen majorat în considerarea implicațiilor financiare mai mari și de mai lungă durată ale achiziționării de servicii financiare în comparație cu achiziționarea de produse și servicii (art. 9);
- folosirea e-mail-ului nu mai necesită acordul prealabil al consumatorului (art. 16);
- o nouă sancțiune este reglementată de art.20: consumatorul are dreptul de a solicita rezilierea contractului, fără plata de penalități și fără costuri suplimentare, în situația în care furnizorul nu respectă obligația de a-i comunica informațiile obligatorii în scris, pe hârtie sau pe orice suport durabil disponibil și accesibil lui, în

timp util, înainte ca acesta să aibă obligații rezultate din semnarea unui contract la distanță sau din acceptarea unei oferte a unui astfel de serviciu financiar la distanță.

Față de aceste reglementări, putem concluziona că Ordonanța nr. 85/2004 adaptează la domeniul serviciilor financiare mijloacele de protecție a consumatorului deja prevăzute de Ordonanța nr. 130/2000.

Secțiunea 3. Ordonanța nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor

23. Reglementarea generală. Această lege exprimă intenția generică a statului român de a-și proteja cetățenii în calitatea lor de consumatori. În acest sens, Ordonanța nr. 21/1992 urmărește în primul rând conștientizarea consumatorilor și educarea lor în această calitate, indiferent dacă vorbim de crearea de centre de informare ori de asociații de apărare a drepturilor consumatorilor.

Ordonanța nr. 21/1992, în art. 3, lit. a)-e) enumără principalele drepturi ale consumatorilor, care sunt:

1. 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 afecteze drepturile și interesele legitime;
2. 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 calitatea lor de consumatori;
3. de a avea acces la piețe care le asigură o gamă variată de produse și servicii de calitate;
4. de a fi despăgubiți pentru pagubele generate de calitatea necorespunzătoare a produselor și serviciilor, folosind în acest scop mijloace prevăzute de lege;
5. de a se organiza în asociații de consumatori, în scopul apărării intereselor lor.

Fiind de maximă cuprindere, aceste drepturi credem că se aplică și în cazul contractelor la distanță și nu contravin, ci se alătură dispozițiilor Ordonanței nr. 130/2000.

Concluzii

24. Prezentare sintetică a mijloacelor de protecție. În afara Ordonanțelor nr. 21/1992 și 85/2004, există alte acte normative (unele care nici nu își definesc domeniul de aplicare în sfera protecției consumatorului) care conferă (fie și indirect) unele drepturi consumatorului, drepturi de natură să echilibreze poziția contractuală a acestuia față de cea a comerciantului:

1. Legea nr. 677/2001 pentru protecția persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date²⁶, care permite consumatorului să aibă controlul informațiilor personale pe care le furnizează comerciantului în cursul desfășurării raportului juridic;
2. Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori²⁷, care stabilește că o clauză contractuală care nu a fost negociată direct cu consumatorul va fi considerată abuzivă dacă, prin ea însăși sau împreună cu alte prevederi din contract, creează, în detrimentul consumatorului și contrar cerințelor bunei-credințe, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților. Reglementarea este deosebit de utilă în contextul contractelor de adeziune; de remarcat faptul că Ordonanța nr. 85/2004 stabilește un caz de clauză abuzivă (art. 24, alin. 2 dispune că orice clauză contractuală prin care sarcina probei privind respectarea de către furnizor a unora sau a tuturor obligațiilor legale este atribuită consumatorului va fi considerată clauză abuzivă, conform Legii nr. 193/2000);
3. legile ce creează mecanisme de acces imediat la informații complete, prin intermediul Internetului (de exemplu, Ordinul nr.280/2006 al Ministrului muncii, solidarității sociale și familiei²⁸ referitor la accesarea Registrului electronic unic al serviciilor sociale).

Recapitulând, constatăm că legislația contractelor la distanță stabilește numeroase mijloace de protecție a consumatorului, astfel:

A. prin Ordonanța nr. 130/2000:

²⁶ Publicată în Monitorul oficial, Partea I, nr. 790 din 12.12.2001.

²⁷ Publicată în Monitorul oficial, Partea I, nr. 305 din 18.04.2008.

²⁸ Publicat în Monitorul oficial, Partea I, nr. 330 din 12.04.2006.

- a. în etapa anterioară încheierii contractului cu un comerciant:
 - i. dreptul de a fi informat de către comerciant;
 - ii. utilizarea reglementată a mijloacelor de comunicare la distanță;
 - b. în etapa încheierii contractului: stabilirea momentului încheierii lui;
 - c. în etapa executării contractului:
 - i. dreptul de a fi informat de către comerciant;
 - ii. dreptul de a denunța unilateral contractul;
 - iii. modul în care comerciantul este obligat să își execute propriile obligații;
 - d. în etapa soluționării unui litigiu:
 - i. stabilirea de sancțiuni;
 - ii. așezarea sarcinii probei asupra comerciantului;
 - iii. competența de soluționare a cauzei;
- B.** prin alte acte normative: preponderent, dreptul de acces la informații corecte și complete privind produsele și serviciile, de natură să permită o alegere conștientă.

Apreciem că aceste mijloace de protecție sunt, cel puțin la nivel teoretic, apte să producă efectele pentru care au fost create. Mai rămâne ca și consumatorii să devină conștienți de forța economică pe care o reprezintă și să le folosească în mod constant în raporturile lor cu comercianții.

Bibliografie

- Bălan Ioan I., *Contractele la distanță și protecția consumatorilor. Ordonanța Guvernului nr. 130/2000*, în „Dreptul” nr. 1/2002.
- Bercea R., *Momentul încheierii contractelor comerciale la distanță*, în „Revista de drept comercial”, nr. 6/2004.
- Boroi G., *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Editura All Beck, București, 2000.
- Deak Fr., *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Editura Universul Juridic, București, 2001.
- Dumitrescu M. A., *Codul de comerț comentat*, Editura Librăriei Leon Alcalay, București, 1904.
- Stătescu C., Bîrsan C., *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Editura All Beck, București, 2000.

- Stoica V., Bleoancă A., *Enumerarea din lista cuprinsă în anexa la Ordonanța Guvernului nr. 130/2000 privind regimul juridic al contractelor la distanță este limitativă sau exemplificativă?*, în „Revista de drept comercial”, nr. 11/2002.
- Ștefan T., *Introducere în dreptul comunitar. Text și jurisprudență*, Institutul Național al Magistraturii, București, 2005.
- Turcu I., Pop L., *Contractele comerciale*, Editura Lumina Lex, București, 1997.
- Cauza nr. C. 147/77, Comisia c. Italia, judecată de Curtea de Justiție a Comunităților Europene.

LE CARACTÈRE AUTONOME DU DROIT PÉNAL

Monica BUZEA *

Résumé

Dans la doctrine juridique on a formulé plusieurs théories concernant le caractère du droit pénal, rapporté aux autres branches du droit : le droit secondaire, punitif ou autonome.

Si on fait une analyse du droit pénal de la perspective normative, conceptuelle et procédurale, on constate qu'il a un caractère autonome; parfois, il protège les mêmes valeurs sociales que d'autres branches du droit.

Mots clés: *drept penal, caracter sancționator, funcție normativă, caracter autonom*

În doctrina juridică au fost exprimate mai multe teorii în legătură cu caracterul dreptului penal, raportat la celelalte ramuri de drept, respectiv acela secundar, sancționator sau acela autonom.

Astfel, teza caracterului sancționator al dreptului penal, care a avut ca reprezentant important pe penalistul german Karl Binding, susține că, în mod general, dreptul nu este normativ, ci doar protejează normele existente în cadrul conștiinței grupului social, astfel încât dreptul penal nu poate fi normativ ci doar sancționator¹.

Astfel, caracterul *sancționator*, secundar și complementar al dreptului penal ar presupune că el este dependent de alte ramuri ale dreptului care conțin în normele lor preceptele ale căror încălcări le sancționează, de exemplu prin infracțiunile contra patrimoniului se sancționează mai aspru încălcări ale normelor de drept civil².

Această teorie a fost criticată prin argumente care conferă un caracter autonom, normativ dreptului penal³, având în vedere faptul că:

* Ph.D Student, Assistant, Faculty of Judicial, Social and Political Sciences, "Dunărea de Jos" University of Galați, Romania, Email: monicabuzea@yahoo.com

¹ V. Dongoroz, *Drept penal (reeditarea ediției din 1939)*, Editura Societății Tempus & Academia Română de Științe Penale, București, 2000, p. 27.

² C. Bulai, *Manual de drept penal. Partea generală*, Editura All Educational SA, București, 2007, p.11- enunțând opinia autorilor francezi G. Stefani, G. Levasseur, R. Vouin, J. Leaute care neagă caracterul autonom.

³ V. Dongoroz, *Drept penal (reeditarea ediției din 1939)*, Editura Societății Tempus & Academia Română de Științe Penale, București, 2000, p. 28-29.

adeseori acesta protejează interese care nu sunt ocrotite de nicio ramură de drept (cum ar fi profanarea de morminte, maltratarea animalelor de către proprietar) și prescrie reguli de conduită proprii în raport cu un interes, situație sau bun care împreună cu cele stabilite de celelalte ramuri contribuie la realizarea ordinii juridice; ocrotirea extrapenală nu o precede întotdeauna pe cea penală, existând situații în care, în mod logic, se exclude orice sancțiune extrapenală (de exemplu, în cazul falsificării de monedă); raporturile diferite care se nasc în jurul diverselor interese pot fi protejate prin norme juridice diferite (de exemplu, dreptul civil definește domiciliul, iar dreptul penal sancționează violarea acestuia, neprevăzută de legea civilă); prin inversarea raționamentului, regulile de prevenție intervin pentru că normele penale au interzis sau au ordonat anumite activități.

În literatura juridică română, plecând de la cele două teorii, profesorul Vintilă Dongoroz a subliniat faptul că dreptul penal nu este numai sancționator ci și *normativ*, având reguli de conduită proprii⁴.

O altă categorie de autori a susținut că dreptul penal are un caracter *autonom*, pe lângă cel public și unitar. Astfel, în contradicție cu opinia care susținea caracterul complementar, sancționator al acestei ramuri de drept, s-a arătat că deși prin apărarea unor valori sociale diverse, dreptul penal interferează cu alte ramuri ale dreptului, întrucât prin săvârșirea infracțiunilor se nasc relații de conflict între stat și cei care au săvârșit faptele penale, acesta are un conținut normativ propriu, cuprinzând un sistem de principii și instituții proprii, instituind reguli de conduită și obligând pe destinatarii acestora să se abțină de la săvârșirea unor fapte sau să efectueze anumite activități⁵.

În același sens, s-a subliniat că dreptul penal are un obiect de reglementare propriu și un obiect specific al ocrotirii juridice, deosebit de al oricărei alte ramuri de drept, respectiv existența și securitatea sistemului de valori al societății și creează un sistem propriu de precepte sau reguli de conduită (îndatorirea de a se abține de la săvârșirea faptelor periculoase pentru aceste valori sau de a efectua anumite activități necesare pentru apărarea lor) și de sancțiuni specifice lui (pedepse, măsuri educative, măsuri de siguranță)⁶.

⁴ V. Dongoroz, *Drept penal* (reeditarea ediției din 1939), București, Editura Societății Tempus & Academia Română de Științe Penale, București, 2000, p. 29.

⁵ M. Zolyneak, *Drept penal. Partea generală I*, Editura Fundației Chemarea, Iași, 1994, p. 11-13.

⁶ C. Bulai, *Manual de drept penal. Partea generală*, Editura All Educational SA, București, 2007, p.11.

Evidențiind funcția *normativă* a dreptului penal și caracterul *autonom*, pe lângă cel public și unitar, s-a mai arătat că acesta are relații proprii de reglementare, căci dacă este adevărat, de exemplu, că raporturile patrimoniale sunt reglementate de dreptul civil, iar pentru încălcările grave sunt prevăzute în dreptul penal norme de sancționare, prin aceasta el nu devine un auxiliar, deoarece acestea nu se regăsesc în ramurile de drept inițiale, dreptul penal fiind acela care contribuie la prevenirea lor și, în caz de încălcare la restabilirea ordinii încălcate, prin aplicarea de sancțiuni specifice⁷.

Plecând de la necesitatea delimitării dreptului penal în ansamblul celorlalte ramuri de drept, au fost evidențiate⁸ caracterele sale public, *autonom*, subsidiar (fără a aduce atingere caracterului autonom și fără a exclude și posibilitatea sancționării în cadrul altor ramuri - de exemplu prin constatarea unei abateri disciplinare - dreptul penal intervine când sancțiunile din alte ramuri sunt insuficiente, raportat la importanța valorii sociale) și selectiv (prin protecția oferită în situații care presupun conduite specifice, cum ar fi atingerile de o anumită gravitate aduse patrimoniului, reduse numeric comparativ cu faptele ilicite și excluzând sancționarea celor strict morale). Autonomia care caracterizează dreptul penal ca o ramură distinctă presupune o triplă analiză: la nivel *normativ*, prin crearea unor norme de conduită proprii, la nivel *conceptual*, prin acordarea unui sens special unor termeni utilizați și la nivel *procedural*, prin existența unui sistem procedural propriu.

Concluzionând, dreptul penal are un caracter autonom, astfel încât deși uneori protejează aceleași valori sociale ca alte ramuri de drept, acesta instituie reguli de conduită proprii și măsuri specifice cu caracter sancționator și preventiv.

Bibliografie

Bulai Costică, *Manual de drept penal. Partea generală*, Editura All Educational SA, București, 2007.

Dongoroz Vintilă, *Drept penal (reeditarea ediției din 1939)*, Editura Societății Tempus & Academia Română de Științe Penale, București, 2000.

⁷ C. Mitrache, *Drept penal român. Partea generală*, Casa de Editură și Presă Șansa SRL, București, 1995, p. 12.

⁸ F. Streteanu, *Tratat de drept penal. Partea generală*, Vol. I, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 10-18.

- Mitrache Constantin, *Drept penal român. Partea generală*, Casa de Editură și Presă Șansa SRL, București, 1995.
- Streteanu Florin, *Tratat de drept penal. Partea generală*, Vol. I, Editura C.H. Beck, București, 2008.
- Zolyneak Maria, *Drept penal. Partea generală I*, Editura Fundației Chemarea, Iași, 1994.

MODALITÉS DE MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PÉNALE POUR LES INFRACTIONS CONTRE LE PATRIMOINE DANS LE NOUVEAU CODE PÉNAL

Monica BUZEA *

Résumé

Le système roumain d'exercice de l'action pénale est de nature mixte, où on prévoit la mise en mouvement de l'action pénale d'office pour la majorité des infractions; pour certaines infractions il est aussi possible de mettre en mouvement l'action pénale suite à la plainte de la personne préjudiciée.

Aujourd'hui, en ce qui concerne les infractions contre le patrimoine, la mise en mouvement de l'action pénale se fait d'office et, dans très peu de cas, suite à la plainte préalable de la personne préjudiciée (vols spéciaux, abus de confiance, gestion frauduleuse dans la variante du premier alinéa, destruction dans la variante du premier alinéa).

Le nouveau Code prévoit de manière supplémentaire le conditionnement de la mise en mouvement de l'action pénale de formulation de la plainte préalable par la partie préjudiciée pour l'infraction de trouble de la possession et la conciliation des parties pour l'infraction d'appropriation du bien trouvé ou arrivé par erreur à l'auteur et pour l'infraction de tromperie. On envisage aussi la possibilité de la conciliation des parties pour l'infraction de vol, simple ou aggravé.

Mots cles: *pricipiul oficialității, plângere prealabilă, noul Cod penal*

Procesul penal a cunoscut de-a lungul timpului mai multe sisteme de acuzare: cel al acuzării private, în epoca primitivă, când exercitarea acțiunii penale era la dispoziția victimei, a rudelor ei, a tribului, cel al acuzării populare, care acorda dreptul fiecărui cetățean de a formula și susține acuzarea, al acuzării din oficiu, care presupune autosesizarea judecătorului, al acuzării publice, prin autoritatea Ministerului Public¹.

Sistemul român de exercitare a acțiunii penale are o natură mixtă, în care pentru majoritatea infracțiunilor este prevăzută acuzarea publică,

* Ph.D Student, Assistant, Faculty of Judicial, Social and Political Sciences, "Dunărea de Jos" University of Galati, Romania, Email: monicabuzea@yahoo.com

¹ Gr. Theodoru, *Tratat de drept procesual penal*, Editura Hamangiu, București, 2007, p. 121.

existând pentru anumite infracțiuni și posibilitatea acuzării private, din partea persoanei vătămate².

Din categoria infracțiunilor analizate, în actuala reglementare, punerea în mișcare a acțiunii penale se face fie din oficiu, în majoritatea cazurilor (furtul simplu și calificat, tâlhăria, pirateria, gestiunea frauduloasă în varianta prevăzută de alineatul 2, înșelăciunea, delapidarea, însușirea bunului găsit, distrugerea în modalitățile art. 217 alineatele 2-4, distrugerea din culpă, distrugerea calificată, tulburarea de posesie, tănuirea) sau la plângerea prealabilă a persoanei vătămate (furturi speciale, abuzul de încredere, gestiunea frauduloasă în varianta din alineatul 1, distrugerea în varianta din alineatul 1).

Înainte de adoptarea noului Cod penal au existat discuții în legătură cu extinderea numărului de infracțiuni pentru care acțiunea penală să se pună în mișcare la plângere prealabilă. Pentru cea mai frecventă dintre infracțiunile analizate, aceea de furt, în varianta de proiect propusă de Ministerul Justiție se prevedea punerea în mișcare a acțiunii penale la plângerea prealabilă a persoanei vătămate justificat de faptul că existau o multitudine de furturi cu pericol social redus, chiar bagatelare, mai ales în mediul rural și faptul că drepturile patrimoniale sunt drepturi prin excelență disponibile³.

Opinia formulată de Ministerul Public în observațiile sale a fost aceea că dacă pedepsirea infracțiunii de furt calificat în forma de bază, la plângerea prealabilă, este suficientă pentru menținerea unui echilibru, ea nu se justifică pentru formele agravate, cu excepția furtului comis între soți sau între membrii familiei, având în vedere că legea penală nu constituie doar un instrument de protecție personală ci și unul care are ca scop împiedicarea proliferării infracționalității, fiind evidențiată și contradicția legată de urmărirea din oficiu a infracțiunilor subsecvente, respectiv tănuirea și favorizarea infractorului⁴.

În varianta finală adoptată nu s-a inclus această dispoziție de punere în mișcare a acțiunii penale la plângerea prealabilă a persoanei vătămate pentru infracțiunea de furt.

Însă, în cadrul proiectului de Lege privind punerea în aplicare a Codului penal, precum și modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții penale, supus dezbaterii publice de către

² Gr. Theodoru, *Tratat de drept procesual penal*, Editura Hamangiu, București, 2007, p. 122.

³ Expunerea de motive a Proiectului noului Cod Penal, p. 41-42
http://www.just.ro/Sections/PrimaPagina_MeniuDreapta/Codulcivilsipenal230609/tabid/1091/language/ro-RO/Default.aspx; 11 iunie 2009.

⁴ http://www.mpublic.ro/Cp/observatii_piccj_cp.pdf; 12.06.2011.

Ministerul Justiției⁵, în cuprinsul art. 246 s-a propus ca art. 231 să se modifice prin adăugarea alineatului 2 care prevede că în cazul faptelor de la art. 228 (infracțiunea de furt în formă simplă), art. 229 alineatul 1 (infracțiunea de furt calificat comisă într-un mijloc de transport, în timpul nopții, de o persoană mascată, deghizată, travestită, prin efracție, escaladare, folosirea fără drept a unei chei adevărate sau a unei chei mincinoase, prin scoaterea din funcțiune a sistemului de alarmă sau de supraveghere), alineatul 2 litera b (prin violare de domiciliu sau sediu profesional) și litera c (de o persoană având asupra sa o armă) și art. 230 (infracțiunea de furt de folosință), împăcarea părților să înlăture răspunderea penală.

Dispozițiile altor legislații europene conțin prevederi speciale, limitate însă la furturile minore, de exemplu Codul penal italian sancționează la plângere prealabilă furtul folosinței, precum și furtul bunurilor proprietate comună, prevăzut de art. 627, care se referă la bunurile sustrase de coproprietar, comoștenitor, asociat din lucrurile proprietate comună iar Codul penal german prevede că atunci când bunurile vizate prin comiterea infracțiunilor de furt sau de însușire, prevăzute de art. 242 și art. 246 au o valoare redusă, acțiunea penală se pune în mișcare numai în baza plângerii prealabile, dacă organul de urmărire penală nu socotește necesar să intervină pentru a proteja interesele publice.

Suplimentar față de actuala reglementare, în noul Cod penal s-a prevăzut condiționarea punerii în mișcare a acțiunii penale de formulare a plângerii prealabile de către partea vătămată pentru infracțiunea de tulburare de posesie (în prezent, prin modificarea art. 220 Cod penal, prin Legea 247/2005⁶, s-a stabilit că acțiunea penală se pune în mișcare din oficiu, fiind posibilă doar împăcarea părților), posibilitatea împăcării părților pentru infracțiunea de însușire a bunului găsit sau ajuns din eroare la făptuitor și pentru infracțiunea de înșelăciune.

Concluzionând, în tot acest proces este necesar a fi păstrat un echilibru între gravitatea infracțiunii și principiul disponibilității, raportat la realitatea fenomenului infracțional românesc, în special în ceea ce privește extinderea situațiilor de punere în mișcare a acțiunii penale la plângere prealabilă și dispunerea în acest fel asupra începerii, desfășurării sau încetării procesului penal pentru infracțiuni cu o periculozitate

⁵ Proiectului de Lege privind punerea în aplicare a Codului penal, precum și modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții penale, p. 97-98
<http://www.just.ro/LinkClick.aspx?fileticket=XMmzWkbi24Q%3d&tabid=1438;>
17.07.2011.

⁶ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 653/22.07.2005.

ridicată (cum ar fi formele agravate ale infracțiunilor de furt, înșelăciune), având în vedere și noile posibilități privind aplicarea principiului oportunității, a renunțării la pedeapsă și amânarea aplicării pedepsei.

Bibliografie

Theodoru Grigore, *Tratat de drept procesual penal*, Editura Hamangiu, București, 2007.

Alte surse

www.mpublic.ro.

www.just.ro.

THE LAW – CONCEPT AND VALIDITY

Emilian CIONGARU *

Abstract

The concept of content of validity of the law is definition of the concept of law characterized by three concepts: sociological - covering social validity, ethical - covering the moral and legal validity It deals with the legal validity. These three concepts of validity are correspondences of three elements of the concept of law: the social efficiency - reflects the quality of any action to ensure satisfaction some needs social human with material, cultural, spiritual, educational fairness of the content and lawfulness authoritarian - with reference to the real power establishing of the system of rules that make the right. Analyzing all these elements to shape the legal definition of law which contains the principles on which to build arguments in the decision-making by lawyers for law enforcement.

Keywords: *the validity of law, the concept of law, law, ethic, sociology of law*

1. The concept of law. Elements of the concept of law.

The coexistence in society requires to impose its members some conducts their coexistence absolutely necessary, conducts on which exerts its many categories of social norms, most important being the legal rules (Popescu, 2000). Man can not live only in society and the human every society needs to organize, order and discipline. The evolution of human society confirmed the Roman adage “UBI societas, IBI jus” (where is the society is law there) but opposite is exactly "UBI jus IBI societas" (where is law is and society). The word “law” is used in many meanings and derives from the Latin directus which evokes the sense of direct, rectilinear, that is a rule of conduct without specifying the content, word that has its correspondence in other languages: droit - in French, diritto - in Italian , derecho - in Spanish, Recht - in German, right - in English for the right subjective law - in English for the right objective (Craiovan, 2007). Specific of legal rules other than the social rules, the purpose or scope of these rules, their mechanism of operation in the society, relations

* Ph.D Associate Researcher, Institute of Legal Research “Acad.Andrei Radulescu”, Romanian Academy, Email: emil_ciongaru@yahoo.com

with law with the state, the public power, all these aspects is in so many branches and chapters of law. "The right is the principle of direction of social cohesion, it gives society the character of defined, of consistency" (Popa, 2008).

Usually, the term of law means, in general, the following directions:

a) *the objective law* - all legal norms, i.e. the rules of social life established in the society, rules of conduct which impose obligations, establishes and guarantees the rights and freedoms, protect the interests, recognize certain abilities, abilities and possibilities of people of the state to protect these rights.

b) *the positive law* - that part of the objective law which exist at a time which represents the applicable law, necessarily, carried out if necessary by the public force or coercive force of the state.

c) *the subjective law* - is the faculty, powers, its obligations as return of a person and opportunity to defend their injured rights against third parties.

I.Santai the law defines as "all the general rules of conduct established or recognized (sanctioned) of State, expressing will the general and social and aimed at regulate the social relations in accordance with the fundamental interests of society, and their observance is guaranteed by force constraint of the state" (Santai, 2000).

"The moral includes the ensemble of precepts which, in various epochs of life of people have been considered by most part of the people, as obligatory rules of behavior which everyone must respect, failing which to attract the general reprobation. The moral consists of common ideas about good and bad which are found in the individual consciences and forms, we can say, the consciousness of a people, in a moment of its evolution" (Popescu, 2000).

Around the concept of law the main problem is constituted of the relationship between law and moral, report has face to face two categories of competing fundamental theories:

- *the positivist theories*, which support the separation thesis supposes that legal definition does not include the moral elements,

- *the non-positivist theories*, which support the connection thesis supposes that the definition of law to contain and the moral elements.

"Moral indicates a duty but does not require a rule, in the law exchange has a strong coercive character reinforced by sanctions accompanying him" (Voinea, 1997).

To be able to define as precisely or as adequately the concept of law must be made in connection three essential elements: lawfulness authoritarian, the social efficiency and that the content while, depending

on how to exploit the relative significance of these elements can be constitute various conceptual approach of the law. (Alexy, 2008)

So, who assigns meaning only the accuracy and not stops and lawfulness of authoritarian and social efficiency obtains only a pure concept of law and otherwise obtain a purely positivist concept of law.

2. The validity of law

The definitive elements that define of concept of law (lawfulness of authority, the social efficiency and correctness of the content), correspond to three elements of the concept of validity of the law, namely: the sociological concept, the ethical concept and the legal concept.(Alexy, 2008)

2.1. The social validity

The concept of social validity has as object the social validity and imply that a rule is valid in terms of capital if it is respected or if it failure to is sanctioned by the actions social efficiency of the right .

In a first perspective, a legal rule can be respected in a position different just as and failure of that rule can be punished in a position different, with the consequence that the social value of a rule is a problem of extent this is also one of the perspectives of social validity of efficacy research. (Alexy, 2008)

A second perspective of research of the social validity effectiveness is that it can be recognized by taking as a based on two criteria: respect or non-respect of the rule.

A third perspective is that non-respect of the rule of law is the result of coercion by the coercive force of state.

Obedience to law is a social necessity - indicates Léon Duguit , the famous French constitutionalist - "but everyone is free to appreciate the value of a law and do what is possible without recourse to violence to evade of a law which it considers contrary law, and from doing any act which it considers illegal" (Duguit, 1920).

Thus, the social validity represents in fact the forms of realization of the law which, in concrete terms, occurs in two forms:

- *realization of law by activity of respect and enforcement of law.* Law establish an obligatory behavior for the subjects which it is addressed. The legal rules are always "commandments" or "order" of the state. In this sense, for as they are respected and law achieving the purpose, the legal rules must be made public.

Of the consistent and prompt mode in which the public authorities make known the legal rules depends largely on learning a legal consciousness in the social plan. People need to know and understand the meaning of legal rules and obey them.

The variants considered in this form of making of law are: the subjects of law as follows closely the conduct imposed by legal rules; the subjects of law shall refrain and not give rise to juridical relations (the law in conservation); the public authorities participate, in the limit of the competences in the execution of these competences through a legal, continues and normal activity.

- *application of law by the authorities and public institutions.* The social requirements should be given the satisfaction with the adoption of general normative of society. The rules of law and edicts have pursued but their execution, which implies direct involvement of the public authorities in the process of of law. Achieve the purpose of legal rules, so it supports, sometimes on that coercive state intervention. In the strict sense law, the Act of application of the law must have a concrete character, rooted at a particular case that it solves, is therefore application from general to particular. An application act does not like with another of equal value for that specifics situations does not resemble between them. If the legal rule shall apply as long as is in force, the acts of application are considering individualization of facts in a general context of the law.

The characteristics of acts of application of the law in relation to the normative activity are:

- a) - the act of application of the law is equivalent to a juridical fact, causing birth, modification or termination of a legal report;
- b) - the acts of application are distinguished of normative acts and in terms regards the formal conditions of validity. We can say that there is no *the rule in the rule* of application of the law. This is because we have a variety of the legal rules which may be violated, but also different means by which the state intervenes in respect of the law.

The process of application of the law depends on how of the rule violations (criminal, civil, administrative, etc.), of authority called to restore the law (courts, administrative authorities, financial, etc.), of competence and the means that it uses according to law.

2.2. The moral validity

The moral validity is the ethical object of the concept of validity in that the validity of a rule of natural law or of rational law is based only on the accuracy of its content without considering of social efficiency or of its set of authoritarian laws . This ethical concept of validity of law is based on the theories of natural law and of rational law. (Alexy, 2008)

The theory of natural law, which appeared in antiquity, but well defined during the Middle Ages and the Renaissance is conceived as something greater than man and of society, with its the positive law. (Popescu, 2000)

So, this conception is based on the idea that law is manifested in two aspects: *the positive law* - developed of human and *the natural law* - deduced from the nature of things, eternal, absolute, immutable.

The ancient concept of natural law sees in law and in the state a means of realization of justice and equity in virtue of that law would contains three fundamental precepts: to live honestly, to not harm anyone else, to give each what is his own.

After Hobbes, by creating the social contract, there appears the social purpose as the manifestation of common good as a final of society (Dogaru, D. Danisor, Gh. Danisor, 1999) - that represents the understanding by which the human transition from natural state to a state "status civili" based on natural reason - protects the State which involves transferring the humans rights to those who govern who promise to obey them without conditions. However, one condition must be the governors, namely to manage and maintain law and order. So, here is the idea of justice as an element of social purpose in the sense that the justice creates order and the order requires justice (Dogaru, D. Danisor, Gh. Danisor, 1999).

Kant defines the natural law as "the ensamble of conditions, thanks to which the arbitrary preference of each can be approximate with the arbitrary preference for the other in a universal laws of freedom".

So the natural law is composed of rules which reason it recognizes as available in mode a priori, that independently of any concrete realization. For example, Kant says, it is not necessary to notice by the experience in a number of cases, we have to respect the parents or should not do to others what I do not like me do me, the validity of these rules being notified of once in rationally mode. Against natural law there have been formulated many critics and the most important opponent of natural

law school was established in the positivist group that is the historical school of law.

The theory of rational law claims that rational law, constituted with the help of logic and reason, is the basis of positive law imposed by society and expressed through norms and rules that impose, in their turn, by law. Only then can be justified the legislative authority and freely consenting respect to the authority. But, unlike the concept of natural law, rational law designed by Mircea Djuvara place and time is variable depending on the objective changes. That is, the rational activity of the legislator does not appear sufficient to create the legal systems of rational law.

Because of this problem, Mircea Djuvara goes with judiciary conception to prohibiting lawyers to strike: because the lawyer is and must remain attorney of legal order, he represents ultimately the refined subtlety of reason and persuasion, that the law itself, in the victorious fight with the passionate and the brutal force ". At the same time, Mircea Djuvara captures the drama of citizen who, on the one part shall be required obedience to a positive law sometimes unfairly, on the other part to fight for justice, for the rational law (Djuvara, 1999).

2.3. The juridical validity

The object of the legal concept of validity is represented by the legal validity. These two concepts, sociological and ethical of validity must not always in necessarily mode include the hallmarks of other concepts of validity (are pure concepts), but if of the concept of legal validity, if a system of rules or one rule does not has a minimum of social efficiency those rules are not valid from the legal point of view (Alexy, 2008).

So the concept of validity includes, in necessarily mode, the elements that is the concept of social validity is spoke to about a positivist concept of legal validity. In case that also includes and elements of the concept of the ethical validity then we can speak about a non-positivistic concept of legal validity. In the absence of elements of concepts of social and moral validity can exist and a concept of legal validity in the narrow sense which is based on only specific characteristics of legal validity getting so the contrary character to moral and social concepts of validity. It can be exemplify the existence of such a rule valid of legal point of view when issued by a authoritarian law, in a particular mode which is in the accordance with the law. So you can see existence of two main problems of the legal concept of validity: one internal problem and one external problem.

I. The internal problem.

The internal problem leadings to the problem of realization of the basic rule the fact that requires as legal validators results directly from the legal definition of legal validity, internal problem that leads to the "the basic norm".

The basic rule (Alexy, 2008) is the most important instrument that is aimed at tackling the problem of circularity of rule in the definition of legal validity, circularity created from theory that a norm is valid if issued by a competent organ - the authoritarian law - in a specific manner determined this purpose and if is not infringe any senior law.

The basic rules are classified into three categories: *the analytical rules* - found by Hans Kelsen, *the normative rules* - found by Kant and *the empirical rules* - found by Hart.

2.3.1. The basic analytical rules.

"A basic rule is a rule that justifies the value of all norms of a legal system, with the exception of his own values (Alexy, 2008)."

In his main book "The Pure Doctrine of the Law", Kelsen categorically rejects the natural law theory, the sociological theory of justice and the historical theory of law school. Kelsen's belief was that the theory of law must be pure, that be reject any political influence, moral, sociological or historical to be a theory "freed from any political ideology and all the elements of natural science, conscious of its own lawfulness of the object them and in this way conscious of its specific"(Kelsen, 2000). The purpose pursued by the author in this book, on the theory of law, "was to develop tendencies directed not toward shaping the rules of law, but exclusively toward their knowledge, and as approach as possible the results of these tendencies to the ideal any science - objectivity and reliability" (Kelsen, 2000).

The concept of foundation of Kelsen's normativism is that of validity in the sense that the validity of any rule of law is ensured systemic, depending on conformity with the superior rule of law . According to the author, the theory of law remains pure, that is free from any interference from outside of science strictly legal. This means that the validity of legal norm does not depend on its efficacy or the act of will which gave its birth, but only about of the existing legal assembly building in a certain area and within a certain time. Kelsen's belief is that the law is a system that is based on and develops itself as a perfectly logical deductible system. Kelsen is not as convincing when trying to

demonstrate how the basic rule is based, the supreme rule: “search the ground for validity of a rule cannot go on forever, as it happens with the search for the cause of an effect. It should end up at a time that is supposed to be last, the supreme. As a supreme rule it must be supposed, because it cannot be set by an authority whose competence should be based on another rule, and higher. Such a rule, assumed to be supreme, is called here the basic norm” (Alexy, 2008).

The idea of the rules of basic gave birth to a great dispute in the theory of law, dispute that requires an extremely of vast base approach and which has as bases: necessity, possibility, content and status of the basic norm. (Alexy, 2008) Through the basic norm, Kelsen states that if someone wants can interpret each rule in existing and efficacy as valid rule of the legal point of view without such to impose itself any the moral obligations.

For H. Kelsen the legal order is a edifice of multi-storey stacked. The edifice ends with a supreme rule which is the basis of all legal orders. Thus, to lowest level is the act of coercion exercised against those that violate the law, the validity its has as source the decision of the judge, the validity of the judge derives from competence (*the authority*) which was invested by the laws of judicial organize. This law is based on special laws, which in the general laws and the general laws in the Constitution - the Constitution is the fundamental rule because it has not over is no a positive rule. H. Kelsen's doctrine is positivist in that it is prohibited to criticize the existing law in the name of different judgments of value.

2.3.2. The normative rules of the basis.

Contrary to Kelsen, in his philosophy about the law, Kant does not speak about a basic rule in a distinctive mode but about a rule which precedes the positive law, a rule which is part of the justification of the necessity of positive law, the necessity which is part from the tradition of social contract theories. The basic rules which Kant defines as a natural law justify the empowerment of authoritarian lawfulness to deliver with the consequence of their value justification. Kant's basic norm, if not limited, would say that you must we obey of the moral point of view to each rules to existing and efficiently which must be interpreted legal point of view whether it is desired or not this interpretation.

II. The external problem.

The external problem has in view the relationships between the legal notion of validity of the law and the other two concepts of validity of law - the concept of social and of moral concept.

The first form of report is report with the ethical concept of validity which is found in the context of legal positivism.

The legal positivism is a theory of jurisprudence which holds that law is a social construct, something created by the people, by the society and it refers to the existence of conventional rules of recognition which represent the sources of law and which establishing how the law is created, modified and canceled.

The legal positivism claims that the moral criterias are not necessary for the validity of laws, but as stated by Kenneth Einar Himmat, "leaves open the question whether it would be possible the moral criterias of validity" (Coleman, Shapiro, 2004). From this the legal positivism is divided into two currents, namely the legal positivism inclusive and exclusive legal positivism. The followers of first current claim that between law and morals is a link, not in the sense the moral principles should be the criterion of validity of laws, but in the sense a contingents connections. A concrete example of this theory would be that the individuals, to understand the law, can turn to the moral reasonings. The second theory, of the legal exclusive positivism claims that the moral principles do not have any connection with the validity of laws, that to understand the content of law the individuals do not need of the moral reasonings.

The legal positivism includes, in Himmat's view three theses: that of the law as the social fact, that of conventionality and that of separability. The first theory, that social theory refers to the fact that the right is a social construct, is something that depends on "some social facts" (Coleman, Shapiro, 2004). The second mentioned sentence refers to the foundation conventionality of law, and the third sentence states that "the law and the moral are conceptually distincts (Coleman, Shapiro, 2004)."

Because of the complexity of relations between the concept of legal validity and other concepts, of the social validity and of the moral validity, Robert Alexy treats the extreme cases the so-called the collision of validity (Alexy, 2008) and their approach is very complex. These theories are based on the idea that "what applies to a system of rules must not necessarily also apply to the individual norms" (Alexy, 2004).

In the collision between the legal validity and the social validity, condition that a system of the rules to be valid of legal point of view is that the rules of system in question are valid from social point of view. A rule that is effective and is part of a legal system in general, socially effective system, not only loses the legal validity just fact that the is not respected frequently and it is not very rarely sanctioned, because in the case of the individual rules the social efficiency does not condition of legal validity that this rule is already part of rules of law system social efficient. However, a rule is not completely without of social efficiency but also can be said in order to be legal valid a rule must have a minimum of social efficiency or even a “chance for social efficacy” (Alexy, 2004).

In the collisions between the legal validity and the moral validity, a system of rules which does not, explicitly or implicitly pretense to fairness then it is an invalid juridical system of law. Based on the argument unfairness or injustice which apply to the individual rules within a system, the character of absence of legal validity is given if there is enough the individual rules that give for a system of legal rights.

The individual rules shall cease to be legal validity or legitimacy only if they are unfair to extremely so have not even minimal the moral justification.

The role that has the social and moral validity with regard to the individual rules is the same structure and in the concept of legal validity, regarding such limiting cases by this is demonstrating that authoritative lawfulness in a social efficient system represent the dominant criterion validity of individual rules.

References

- Banciu, Dan (2007), *Legal Sociology*, Ed.Lumina Lex, Bucharest.
- Craiovan, Ioan (2007), *Treaty of general theory of law*, Ed.Universul Juridical, Bucharest.
- Djuvara, Mircea (1999), *General Theory of Law. Right rational, sources and positive law*, All Beck Publishing House, Bucharest.
- Dogaru, Ioan, Dan Claudiu Dănișor, Dănișor Gheorghe (1999), *General Theory of Law*, Scientific Publishing House, Bucharest.
- Hans Kelsen (2000), *The pure doctrine of the law*, Humanitas, Bucharest.
- Jules Coleman, Scott Shapiro (2004), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Léon, Duguit (1920), *Traité de droit constitutionnel*, tome III, Paris.

- Popa, Nicolae (2008), *General Theory of Law*, Ed. CH Beck, Bucharest.
- Popescu, Sofia (2000), *General Theory of Law*, Ed. Lumina Lex, Bucharest.
- Robert Alexy (2008), *The concept and validity of law*, translation by Adriana sing, Ed Parallel 45.
- Santai, John (2000), *Introduction in General Theory of Law*, Cluj-Napoca, 2000.
- Voinea, Maria (1997), *General and Juridical Sociology*, Ed Reporter Holding, Bucharest.

PREVENTING AND COMBATING HUMAN TRAFFICKING

Nadia Elena DODESCU *

Abstract

The danger represented by the human beings trafficking infringes some of the most important of the people rights, namely the physical and psychical freedom and even life threatening.

The approach of this theme is imposed by the fact that the human beings trafficking is a form of criminal behaviour very commonly encountered within large socio-geographical spaces which cross the state borders, turning into a global phenomenon.

This fact forces the states and international organizations to adopt drastic and efficient measures for the prevention and stopping of this plague.

Keywords: *criminal behavior, human trafficking, prevent and combat human trafficking*

Human trafficking is not an isolated phenomenon specific to our country, but it is international and cross border, part of what we call organized crime. The concept of traffic is not new and was first used in the sixteenth century - century, as a synonym for trade. Thus, this term had negative connotations. However, the 17th century, traffic began to be associated with unlawful or unfair sale of goods. Although at the beginning, traffic meant mainly drug and weapons sales, into the nineteenth century, this concept also includes trade in human beings treated as assets and sold into slavery. The slave trade was outlawed in the late nineteenth century. In the early twentieth century, the term traffic, most often referred to "white slave trade", which represent the movement across borders of women and children in prostitution. Only in the late 1990s, traffic was associated with prostitution and sexual exploitation of women and children.

In a summary of human trafficking in our country in 2009, conducted by the National Agency against Trafficking Persons, shows that the key to exploit the victims was identified sexual exploitation of women,

* Ph.D Student Lecturer, Faculty of Law Tg-Jiu, University Titu Maiorescu București,
Email: nadia_dodescu@yahoo.com

41% of cases, while trafficking in forced labor (exploitation in agriculture, construction and other sectors) occurs in 40% of the cases. Globally, an estimated 43% of victims are trafficked for sexual exploitation, versus 32% who are trafficked for economic exploitation. The 2007 report on human trafficking in Romania, issued by the National Agency against Trafficking in Persons, it is estimated, citing a study conducted in 2006 by the Department of State United States, that "approximately 800,000 people are trafficked annually national borders, a figure that does not include millions trafficked persons in countries own way. "

International Labour Office, a United Nations specialized structure, says in a report published in 2005 that worldwide, "at any time, the estimated minimum number of people trafficked for forced labor as a result of traffic is 2.45 million ".

In turn, UNICEF estimates that "globally, about 1.2 million children are trafficked every year, both in their country and outside their borders." Resurgence of international crime and especially the organized knowledge a continuous growth, manifested as a scourge that affects almost all countries and concerned international public opinion.

The main forms of organized crime is particularly the crime of terrorism, drug trafficking, human trafficking, organs and cells, traffic of cultural property, weapons and explosives, money laundering offenses, protection fees and other mafia-type crimes.

Development and expansion of organized forms of crime and impugn its globalization of national and governmental organizations to adopt legal instruments of international character, making it possible to safeguard evidence, evidence, and quickly transfer them to the judicial authorities investigating criminal cases, for taking evidence and legal accountability of the perpetrators¹.

Romania, like any other country in the world, is facing diverse forms of organized crime, including trafficking. At this point, there is a gang specializing in areas where profit is very large and damaging, most times, economic and social system of public money by fraud, money laundering offenses, trafficking in persons for sexual exploitation, trafficking disabled people and children to practise begging, networking to bring the country and illegal crossing of border of immigrant groups².

¹ Ioan Hurdubaie, *New elements of the *acquis communautaire*, to provide proof-communication Criminology Symposium "The role and contribution of forensic and forensic evidence in establishing the truth" - Luceafărul Publishing, București, 2005, p.231.*

² Constantin Drăghici și colab. , *Globalization of child trafficking*, Ed. Sitech, Craiova, 2006, p.12.

It should be stressed that Romania has been a professionalization of criminal environments, a consolidation of mafia structures and an increase in typical cases of organized crime, which affects most areas of manifestation of economic and social environment, which led to the development an appropriate strategy.

In the process of harmonization with European and international legislation, our country adopted the Law nr. 39/2003 on Preventing and Combating organized crime, establishing a legal framework governing such unit to address complex phenomena in the field of organized crime related offenses.

Prevention of human trafficking is now a necessity to leverage worrying phenomenon. Analyzing the dynamics of this international phenomenon have concluded that it is better to be taken to avoid committing further offenses than to allocate considerable resources to repressive measures³.

International response received legal harmonization, in accordance with the UN Convention, adopted in 2000 against transnational organized crime. In addition to this Convention, the United Nations adopted the "Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children⁴ " in which states:

- Preventing and combating trafficking in persons must pay particular attention to women and children;
- Protecting and assisting victims is achieved by ensuring respect for human rights, promoting cooperation between the signatory is required to achieve the objectives

Under the Protocol, trafficking in persons "shall mean the recruitment, transportation, transfer, harboring or receipt of persons by threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, fraud, deception, abuse of authority or by offering or accepting payment or other benefits to achieve consent of a person having control over another, for the purpose of exploitation".

Operation aimed at coercing the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labor or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs⁵. The same protocol

³ Maria Cristina Voinic, *Illicit trafficking in organs, tissues and cells, preventing and combating*, ed. Sitech, Craiova, 2009, p. 177.

⁴ Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children, attached to the November 2000 UN Convention on Preventing and Combating Transnational Organized Crime.

⁵ Art. 3 alin.2 from the Additional Protocol to the United Nations in November 2000 on preventing and combating transnational organized crime.

states that recruitment, transportation, transfer, or receipt of child adoption, for the purpose of exploitation shall be considered "trafficking". Also, the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings signed at Warsaw on May 16, 2005, applies to all forms of traffic in human beings, national and transnational, whether or not connected with organized crime, states the following aims:

- * preventing and combating trafficking in human beings, guaranteeing gender equality;
- * fundamental rights of victims of trafficking, design a comprehensive framework to protect and assist victims and witnesses;
- * promote international cooperation in the fight against human trafficking
- * preventing and combating trafficking in human beings, guaranteeing gender equality;
- * fundamental rights of victims of trafficking, design a comprehensive framework to protect and assist victims and witnesses;

Article 5 of the Convention provides for measures to be taken by each State Party to promote international cooperation in the fight against human trafficking.

Article 5 of the Convention provides for measures to be taken by each State Party to prevent human trafficking, including:

1. Measures to establish or strengthen national coordination between the various bodies responsible for preventing and combating trafficking in human beings;
2. Policies and programs in order to prevent human beings trafficking such as: research, information campaigns, awareness and education, social and economic initiatives, training programs, especially for persons vulnerable to trafficking and for professionals involved in fighting this kind of traffic;
3. An approach based on fundamental human rights, an integrated approach to equality between women and men, an approach based on respect for children, the development, implementation and evaluation of all policies and programs mentioned above.
4. Measures to ensure the legality of migration, especially by transmitting through the services involved, accurate information on the conditions enabling the legal entry and stay there;
5. Specific measures to reduce children's vulnerability to trafficking, notably by creating a protective environment for them.

In Romania, Law no. 678 of 21 November 2001 regulates the prevention and combating trafficking and protecting and assisting victims of such trafficking, which constitutes a violation of individual rights and the dignity and integrity.

Prevention strategies and programs initiated by Romania to combat human trafficking

Starting with 2001, Romania took place several campaigns to prevent trafficking in persons, the state institutions, in partnership with civil society organizations, international organizations and the media.

These actions are focused on information campaigns across populations and seminars, but does not cover all areas of the country⁶.

It is necessary to produce a change of approach in the campaign to prevent trafficking in persons, taking into account the new dimension that takes this phenomenon.

Attention and efforts from stakeholders should be directed towards reducing vulnerability to trafficking of target groups, investigating the causes of the phenomenon and their removal.

National Action Plan developed by the Government to combat human trafficking established as a way for achieving effective prevention activities and refer to the awareness of society of the dangers posed by human trafficking - by making and dissemination of information, documentation, videos, brochures, media panels at national seminars with journalists, to raise awareness on this issue.

Also very important is the education of persons belonging to groups at high risk of trafficking, to protect them through information campaigns on national phenomenon and implementation of educational programs to enhance human dignity and self protection.

Experience to date in this area demonstrates sequential intervention is not effective, the priority is to action to the effects and not to the causes of the phenomenon.

Initiative in this direction is welcome national collaboration between all relevant institutions and NGOs in the field, which will give coherence to a simultaneous action on the causes and effects⁷. Poverty seems to be a dominant feature of human trafficking.

⁶ Maria Cristina Voinic, *Illicit trafficking in organs, tissues and cells*, Sitech Publishing, Craiova, 2009, p.183.

⁷ Guidelines for preventing human trafficking conducted by IDA Rom, Partners for Change and Institute for Crime Research and Prevention, funded by the organization KERKINACTIE - Netherlands.

By H.G. no. 1654/2006 the National Strategy against Trafficking in Human Beings 2006-2010, which presents the institutional framework, registration data and study the phenomenon, prevention and awareness of this phenomenon, the system of sentencing of traffickers, the financial resources of the anti-trafficking vision, purpose and principles thereof.

The strategy is based on the following facts such as trafficking in Romanian society, the international context, in the context of European integration, evolution of the phenomenon, its causes and risk factors.

Also by this national strategy was established the National Integrated Monitoring trafficking system.

The National Strategy aims to: interagency coordination, prevention of trafficking, protection, assistance and social reintegration of victims, combating human trafficking and international cooperation.

By H.G. no. 1720 of 2006 was approved the National Action Plan 2006-2007 to implement the National Strategy against trafficking in persons during 2006-2010.

This national plan set specific objectives, activities, responsibilities, deadlines and evaluation indicators for the objectives set out in the National Strategy and an effort to reduce child trafficking and improving the legislative framework.

Under this bill has been subordinated the Interministerial Group for coordinating and evaluating activities to prevent and combat trafficking in persons - working subgroup to coordinate and evaluate activities to prevent and combat trafficking in children, its mission being to ensure implementation of National Action Plan.

Methodological coordination and Subgroup Secretariat is provided by the National Authority for Child Protection (art. 2 of the GD nr.1295 2004). Subgroup is formed between the experts, representatives of ministries and other central government institutions with responsibilities in child protection and the prevention and combating trafficking.

Bibliography

Constantin Drăghici și colab. , Globalization of child trafficking, Ed. Sitech, Craiova, 2006.

Guidelines for preventing human trafficking conducted by IDA Rom, Partners for Change and Institute for Crime Research and Prevention, funded by the organization KERKINACTIE - Netherlands.

Ioan Hurdubaie, New elements of the *acquis communautaire*, to provide proof-communication Criminology Symposium

"The role and contribution of forensic and forensic evidence in establishing the truth" - Luceafărul Publishing, București, 2005.

Maria Cristina Voinic, Illicit trafficking in organs, tissues and cells, Sitech Publishing, Craiova, 2009.

Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children, attached to the November 2000 UN Convention on Preventing and Combating Transnational Organized Crime

HUMAN RIGHTS AND THEIR UNIVERSALITY. FROM THE RIGHTS OF THE "INDIVIDUAL" AND OF THE "CITIZEN" TO "HUMAN" RIGHTS

Nicolae DURĂ *
Cătălina MITITELU**

Abstract

At the meeting of Thessaloniki (June 2003), the European Council first adopted the 59 articles of the project of the Treaty establishing a Constitution for Europe, and afterwards they analysed the Charter of fundamental rights, adopted in December 2000 at the meeting of Nice, which was in fact incorporated in an almost mot-à-mot manner in the second part of the respective Treaty.

By incorporating the text of the Charter adopted in Nice, they wanted to emphasize the fact that the assertion and protection of human rights and liberties is the main preoccupation of the member States of the European Union. Actually, this reality is also evinced by the Treaty establishing a Constitution for Europe, which was ratified in Lisbon in December 2007 and which was already signed by the member States of the European Union. The whole text of the Charter of fundamental rights adopted in Nice in December 2000 is also included in the second part of this Treaty.

Based on the testimonies collected from the studies of some European jurists, competent in the field of human rights and on the brief analysis of the text of the main instruments of international Law and of the community and European law - starting from the Declaration of New York from the year 1948 and ending with the Charter of Nice from the year 2000, - we could notice, as an obvious fact, that the human rights and liberties are a preoccupation of the entire mankind, hence their universalist character. We also noticed the fact that the way how these human rights and liberties are still perceived and expressed by jurists and defended by the States of the world is not yet completely unitary. Hence, the obligation that the specialists (jurists, theoreticians and practitioners) should write a constitutional text in which to mention all the principles stated by the main international and European documents regarding the human fundamental rights and liberties, whose content would include – next to the constitutional Traditions which are common to the member States – all the general principles of

* Ph.D Professor, Faculty of Law, University Ovidius of Constantza, Email: nicolaedidimos@yahoo.com

** Ph.D Assistant, Faculty of Law, University Ovidius of Constantza, Email: ovidiustomis@yahoo.co.uk

the Law of the European Union. Finally, based on the text of the study we can also notice the fact that, in the documents which represent the main instruments of international and European Law, regarding the human rights, they refer to the notion of human and not to the one of citizen, which we unfortunately still find in the text of the Constitutions of some E.U. states, including the text of the Constitution of Romania.

Keywords: *rights, liberties, man, individual, citizen*

Some jurists consider it is not absolutely necessary to appeal to the general principles of European law in order to ensure the protection of fundamental rights¹, because these are ensured and protected by the constitutional norms of every member state of the European Union, and that the norms provided by the European Convention on human rights – in the interpretation of the Court of Strassbourg – and the general principles of European law “are only a category of norms liable to ensure the protection of fundamental Rights; ...”². But, as a matter of fact, just these norms provided by the European Convention and the general principles of European Law are the ones based on which they ensure the juridical protection of human rights by means of the constitutional norms of every member State of the European Union.

According to Hans Kelsen, “the sources of law, which have a binding force, are the juridical norms; they are nothing else but law”³. In this sense, in the case of the European legislation, the Conventions, the Treaties, the Acts and the Documents following from the meetings of the bodies of the European Union are those which have a binding force.

They said that “the existence of the State is tied to the existence of the individuals who are subject to the juridical order, and not to the existence of citizens. If the nature of citizenship is being the condition of an ensemble of rights and obligations, we have to emphasize that these ones are in no way essential for the juridical system we call State ...”⁴, hence the conclusion of H. Kelsen that citizenship is not a necessary institution⁵.

¹ L. Favoreu, *La Constitution française et le droit communautaire*, in the vol. *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées* (éd. J. Bourrinet), Paris, 2000, p. 79.

² *Ibidem*.

³ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'état*, trad. de l'anglais par B. Laroche, Éd. Bruylant (Belgique), 1997, p.206.

⁴ *Ibidem*, p.291.

⁵ *Ibidem*, p. 291-292.

The Declaration of the rights of man – promulgated by the National Assembly of France on August 26, 1789 – “... is neither a code, nor a program, but a symbol, a revealing sign of the relation between the Power and the Person, which is the primary political relation”⁶. This Declaration which, after three years, was also explicitly mentioned in the Constitution of September 3, 1791, indeed remains a symbol of the struggle for the emancipation of the citizen from the yoke of the State power, but not a Charter of the human fundamental rights and liberties and, so much the less, a first reference in this field, as some politologists, jurists, sociologists, philosophers etc. still erroneously state.

For Boețiu (the 6th century) – whose thinking reveals a philosophy promoting human rights and the liberty of man – “*persona est naturae rationalis individua substantia*”⁷ (the (human) person is an individual substance of the rational nature). Therefore, it is not surprising that “the person” – whom the scholastics have called “individual” – only knew his own rights and liberties, and not the ones of his fellow men.

This thinking of Boețiu, that was taken over by the European Schools of philosophy up to the modern age led to the replacement of the spirit of “communion” – mentioned by the Law of the New Testament and experienced by the Christians of the first centuries – with the promotion and exacerbation of that “*ens in se*” and of that “*ens per se*”, according to which the human person exists as an entity “in se” (itself) that is, as an individualistic entity, outside any relation of communion not only with the other human beings, hence the sharp individualism promoted in the consumerist society of our days, but also with the Supreme Being, which, for the followers of the three monotheistic religions (Mosaic, Christian and Islamic)⁸, is God, whom John the Apostle defines as “love” (1 John 4, 8).

For the Christian Eastern theological thinking, “the person” and the “hypostasis” are antithetical to the “ousia” (human being), as this thinking

⁶ J. Marx, *Resistances à la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, in the vol. *Laïcité et droits de l'homme. Deux siècles de conquêtes* (édité par G. Haarscher), Éd. de l'Université de Bruxelles, 1989, p. 50.

⁷ *De duabus naturis et una persona Christi* 3, in Migne, P.L., 64, 1345.

⁸ See, N. V. Dură, „*Forum-ul Mondial al celor trei Religii*” și cea de-a 35-a Filială a sa din România - 10 septembrie 2004 și 17 februarie 2005 („*The World Forum of the three Religions*” and its 35-th branch of Romania - September 10, 2004 and February 17, 2005), in *Ovidius University Annuals. Series: Law and Administrative Sciences*, no. 3, 2005, p. 281-290; *Idem*, *The Fundamental Rights and Liberties of Man in the E.U. Law*, in *Dionysiana*, IV, No. 1/2010, p. 431-464; *Idem*, *The European juridical thinking, concerning the human rights, expressed along the centuries*, in *Acta Universitatis Danubius. Juridica*, no. 2/2010 (VII), p. 153-192.

considers the human person to be “le visage spirituel de l’homme”⁹ (the spiritual face of man). In fact, for this theological-philosophical thinking, “the person” is “liberty”¹⁰, hence its absolute priority for the human being, since this one has “its first origin in the divine liberty”¹¹.

The Christian Eastern theology tells us that liberty, human dignity and love, which are component elements of the human person, cannot be perceived by means of a conceptual thinking because, from this point of view, the (human) “person” is “incomprehensible”, and, as such, it cannot be expressed by a concept, since it transcends all conceptual thinking. Indeed, “the human person cannot be expressed through concepts. It evades any rational definition, and description, because all the attributes by which we would like to describe it can also be found at the other individuals, too”¹².

In the perception of this Christian theological-philosophical thinking, all human beings are therefore identical, as they were created by the same Heavenly Father, whom the three monotheistic religions call Jahve, Deus (θεος), Allah, that is God.

At the beginning of the 16th century, Guillaume d’Ocham inaugurated the individualistic tradition in philosophy and law¹³, anticipating, this way, the “Copernican revolution of the individual”¹⁴. The ancient perspective upon the world, upon the cosmos, which encompassed all creatures, making them subject to the order established by the Creator, was replaced by the doctrine of individualism. In fact, for Ocham, only the individuals had a real existence, that is the human beings that could be called by a name, hence the doctrine known under the name of nominalism.

The Reform and the Renaissance will turn the individual into an autonomous subject, who uses the free analysis of the Scripts and is responsible towards himself for obtaining his redemption, without the intervention of the Church.

Presented in a new reading of the Bible, the individualism promoted by nominalism was to go hand in hand with subjectivism, promoted by rationalism and by the philosophy “of lights”.

⁹ N. Berdiaeff, *De l’esclavage et de la liberté de l’homme*, Paris, 1946, p. 22.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ T. Spidlik, *L’homme, sa personnalité, sa liberté dans la pensée russe*, in the vol. *Persoană și Comuniune* (Person and Communion), Ed. and printed by the Archbishopric of Sibiu, Sibiu, 1993, p. 574.

¹² V. Lossky, *À l’image et à la ressemblance de Dieu*, Paris, 1967, p. 118.

¹³ See, M. Villey, *Le Droit et les droits de l’homme*, Paris, 1983, p. 119.

¹⁴ Al. Laurent, *Histoire de l’individualisme*, Paris, 1993, p. 2-3.

The perspective upon the man was also to change even in law, although the latter was further conceived and expressed many centuries afterwards in the spirit of the ancient juridical culture, that is as an expression of that “*voluntas Dei*” (divine will) or of the will of those who had the political power in the city. Indeed, both during the Reform and the Renaissance, “the law appears, in the image of the Decalogue, as an order of an authority, as the expression of a subjective will, not as a principle we should discover by observing the surrounding world; ..., the law is conceived ... as subjective law”¹⁵.

For the partisans of natural law, “human rights are natural and should be imposed at a universal scale. The man knows these personal rights through the exercise of his own reason”¹⁶.

At the end of the 16th century and the beginning of the 17th century, the School of Law of the Pontifical University of Salamanca was represented by a large group of theologians, philosophers, jurists and canonists, who were to play a major part both in the development of international law and of the doctrine concerning human rights¹⁷.

According to the statement made by one of these philosophers, theologians, jurists and canonists, namely Francisco de Vitoria, OP (1492-1546), - considered by some jurists to be “the Father of international law” - human reason substitutes to the objective observing of the cosmos as a source of natural law, and the principles of law imposed by the human reason are universal and cannot be abrogated. In fact, Francisco de Vittoria is the one who put in circulation the concept of “*res publica totius orbis*” (the republic of the whole world). By asking the States to observe the free circulation of people, of wares, the liberty to preach one`s own religious faith etc., Vittoria turned the individuals into “a subject of international law”¹⁸. In other words, human rights were internationalised, and thus they laid the basis for an emergence and for a consolidation of “the international law” of human rights.

In his turn, Francisco Suárez (1548 - 1617) - another famous philosopher and theologian of the School of Salamanca - wrote in his work entitled “*De legibus ac Deo legislatore*”, published in [the year] 1612, that natural law is made up of natural laws which emanate from the will of God, but which can only be known by means of reason, that the Creator has endowed the man with, and not by means of Revelation.

¹⁵ D. Lochak, *Les droits de l'homme*, Éd. La Découverte, Paris, 2002, p. 11-12.

¹⁶ R. Bruyer, *Les sciences humaines et les droits de l'homme*, Bruxelles, 1984, p. 24-25.

¹⁷ See, D. Lochak, *op. cit.*, p. 12-13.

¹⁸ *Ibidem*, p. 50.

For these coryphaei of the School of Salamanca, all people - irrespective of their faith and race - are entitled to the same rights as Christians. For example, in His lessons about Indians (1539), Suarez stated, among others, that Indians, irrespective of their paganism, observe all the rights and the dignity of the human person. Of course, by his statements, Suarez actually defended not only the natural rights of Indians, which were oppressed by the Spanish colonists in the name of the European civilisation of the Christian Roman-Catholics, but also the human dignity (*dignitas humana*)¹⁹ and, ipso facto, the religious liberty of every human being, too.

Referring to the contribution of Vittoria and Suarez (jurists, canonists, philosophers and experts in theology), Danièle Lochak - specialised in the philosophy of law - noticed that "the idea of a world community based not on faith, but on being part of the same nature, and entitled to the same human dignity - which might seem as a return to the sources of the Gospel but which, in the context of that age, is a fundamental theological mutation - is the one which gives to the human rights their true universality"²⁰.

This universality of human rights - given by the people's belonging to the same faith and to the same human nature - was to be replaced by the modern School of natural Law, which propagated ideas that led to the desacralisation of the universal values of human rights. Indeed, the modern School of natural law - represented first of all by Hugo Grotius (1583-1645) - theologian, philosopher and jurist, who sought to find in the natural law the legal basis for the so-called just war and defended the principle "*pacta sunt servanda*" - and then by Samuel von Pufendorf (1632-1694), - jurist, philosopher and historian, who left us comments on the theories of Thomas Hobbes and Hugo Grotius regarding natural law - is the one that separated natural law from its religious basis, relating it only to the human reason. In this sense, by such a conception, they actually contributed not only to the desacralization of the nature of law, but also to its divorce from the moral-religious values.²¹

¹⁹ See, N. V. Dură, *Dreptul la demnitate umană și la libertate religioasă. De la "Jus naturale" la "Jus cogens"* (The right to human dignity and to religious liberty. From "Jus naturale" to "Jus cogens"), in Ovidius University Annuals. Series: Law and Administrative Sciences, no. 1, 2006, p. 86-128.

²⁰ *Ibidem*, p. 13.

²¹ See, N. V. Dură, *Dreptul și Religia. Norme juridice și norme religio-morale* (Law and Religion. Juridical norms and religious-moral norms), in Ovidius University Annuals. Series: Law and Administrative Sciences, 2003, no. 1, p. 15-24.

Thomas Hobbes (1588-1689) - known today for his contribution in the field of political philosophy from the perspective of “social contract” theory - and John Locke (1632-1704) - widely known as the “Father of Classical Liberalism”, as “the first of the British empiricists” and “the first” to define the self through a continuity of consciousness, since he maintained that we are born without innate ideas, and that knowledge is instead determined only by experience derived from sense perception, - identified the source of the natural law in its originary natural state. Indeed, in the book *Leviathan*, published by Thomas Hobbes in the year 1651, and in the *Second treatise of civil government*, published by John Locke in the year 1690, we notice that, in this originary natural state, people could not exercise their rights consistently, since they lacked precise and clear laws, hence the necessity that people engage, of their own will, in a tacit social contract, that would consist in a total submission to the legislative power established on a common basis and to the laws emanating from this power. Under the impact of this view, in [the year] 1762, Jacques. J. Rousseau was to iterate the idea of the social contract.

In the age of the philosophy of Lights, Montesquieu (Charles-Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu, 1689 - 1755) - known for his theory concerning the separation of powers in the state - also expressed his full trust in human reason, exulting however the religious liberty and the religious tolerance.

For Voltaire (François-Marie Arouet de Voltaire, 1694 - 1778) - famous not only for his advocacy of civil liberties, including freedom of religion, freedom of expression and free trade, but also for his theory concerning the separation of the two basic institutions of the European society, that is the Church and the State - to be free means to know your own rights and to defend them; that is why, for him, the liberty of thinking and the liberty of expression remain the most important among the human liberties.

In the opinion of some philosophers of law, natural law should not be claimed as the basis for the human rights, given that “a natural law based on an integral inference of the unitary and unchangeable nature of man does not correspond to the reality, unlike the historical and geographical relativism of Montesquieu”²². In fact, they consider that the legal basis for the human rights resides in the principle of the autonomy of conscience. Based on this principle, stated by Kant, in matters of morals every man is at the same time a legislator and a subject of law. However, it depends which “morals” we refer to, that is, to the one with a religious

²² Br. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, p. 113.

content or to the other one, with a preeminently political and ideological content (e.g. the “capitalist” one, the “proletary” one etc.), hence the different attitude of people with regard to the expression and to the enforcement of the juridical norms along the time.

In matters of conscience, the State cannot intervene. “... The legitimate violence it manifests ceases on the treshhold of the space of autonomy”²³, because not even the State has the right to enter the realm of conscience. In fact, human rights - formulated at the end of the 18th century by the American and French Revolutions and iterated and systematized afterwards in the text of the European Convention on human rights (1950) - incorporate nothing but “the guarantee of the principle of autonomy”²⁴. Therefore, the liberty of conscience - which is allowed, but not as a substitute of religious liberty, as they understood in Romania of the period 1947-1989 - is also granted by the space of its autonomy, which is ensured by the international and European law - in matters of human rights - and where the State is not authorised to enter.

In England, The Petition of Right, from [the year] 1628, - which is a major English constitutional document that sets out specific liberties of the subject that the king is prohibited from infringing - forbade arbitrary arrests and laid the basis for the Habeas corpus Act of 1679, and, at the same time, revolutionised, in fact, the juridical thinking regarding the role of justice, that should always be done in the spirit of the equity and of the righteousness also based on the relation between the Law, the Justice and the Morals²⁵, that the ancient peoples expressed by the phrase “the moral law”.

The first article of The International Declaration of Human Rights - adopted by the Institute of international law during its session of New York (October 12, 1929) - also provided that “it is the duty of every state to recognise the legal right to life, to liberty, to property to any individual and to grant to the ones on its territory the full and complete protection of this right, irrespective of their nationality, gender, race, language or religion”²⁶.

²³ B. Frydman et G. Haarscher, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1998, p. 105.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ See, N. V. Dură, *Ideea de Drept. „Dreptul”, „Dreptatea” și „Morală”* (*The Idea of Law. “The Law”, “The Righteousness” and “the Morals”*), in *Ovidius University Annuls. Series: Law and Administrative Sciences*, vol. I, 2004, p. 15-46; *Idem*, *Law and Morals. Prolegomena (I)*, in *Acta Universitatis Danubius. Juridica*, no. 2/2011, p. 158-173; *Idem*, *Law and Morals. Prolegomena (II)*, in *Acta Universitatis Danubius. Juridica*, no. 3/2011, p. 72-84.

²⁶ *Apud* M. Agi, René Cassin, *Prix Nobel de la Paix (1887-1976). Père de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Éd. Perrin, Paris, 1998, p. 331.

Article 2 of the same Declaration provided that “it is the duty of every state to recognise to any individual the right to the free exercise, both publicly and privately, of any faith, religion or religious conviction, the practice of which is not incompatible with the public order and with the good manners”.

Finally, article 4 of the Declaration specified that belonging to a certain religion “does not authorise the States to deny to any of their nationals their private and public rights, especially the admission to public education institutions and the exercise of different economic activities, professions and activities”²⁷.

Beyond the fact that this Declaration refers explicitly only to the “individual”, and not to the “man” or to the “human person”, we should however notice that, in many respects, this one has a pioneering status, and that its text was a material of documentary reference even for the Universal Declaration of Human Rights, published in New York in [the year] 1948. Actually, some of the principles expressed in its text were reiterated both in the text of the European Convention of Human Rights (Rome, 1950) and in that of the Charter of Human Rights (Nice, 2000), and in the Treaty establishing a Constitution for Europe (Lisbon, 2007).

Exceptând faptul că această Declarație făcea referință doar la “individ”, și nu la om sau la persoana umană, trebuie remarcat faptul că, în multe privințe, aceasta are statutul de pionierat, și că textul său a constituit un material de referință și pentru Declarația universală a drepturilor omului, publicată la New York în anul 1948. De altfel, unele dintre principiile enunțate în textele ei se regăsesc reiterate atât în textul Convenției europene a drepturilor omului (Roma, 1950) și în cel al Cartei drepturilor omului (Nisa, 2000), cât și în Tratatul institutind o Constituție pentru Europa (Lisabona, 2007).

In 1934, in London, they established “The National Council for Civil Liberties”²⁸, as an obvious action against the infringement of these liberties by the fascist regimes of that age from different States of Europe. In fact, this “National Council” acted in different manners of manifestation until the capitulation of the Nazist Germany.

At the Congress of Dijon of July 1939, “The League of Human Rights” introduced an additional clause to the Declaration of 1929, reiterating and specifying that “the rights of the human being are the same for all humans irrespective of gender, race, nation, religion or opinion. These rights, inalienable and imprescriptible, are attached to the human

²⁷ *Ibidem*, p.332.

²⁸ M. Lilly, *The National Council for Civil Liberties*, London, 1984, p. 1-19.

person; they must be observed permanently, everywhere and ensured against all forms of political and social oppression. The international protection of human rights must be organised and granted at a universal level, so that no state could refuse the exercise of these rights to a single human being living on its territory" (Art.1)²⁹.

Therefore, this "additional clause" referred explicitly to "the rights of the human being", of "the human person", of "man", but in no case to the rights "of the individual" or "of the citizen", although this "additional clause" to the Declaration of 1929 was written and published in the country of the Revolution of 1789.

In the additional clause to the Declaration of human rights of 1929 (New York), the League of human rights - gathered at the Congress of Dijon, of July 1939, - specified that "the liberty of opinion requires that the press and all other means for the expression of thinking be freed from the domination of the tycoons of gold (*des puissances d'argent*)" (Art. 7)³⁰. In this sense, as we know, up to the present, these were not yet freed from the domination of these powerful people, on the contrary, this domination has taken up different forms of manifestation. Indeed, the press and all the other means for the expression of thinking are still, to a great extent, even in some of the countries of Europe, at the complete mercy of the tycoons of gold, whom we call today, in an euphemistic manner, "capitalists".

Human rights must aim at the common good of all human beings and of all nations, that is of the entire mankind. The Congress of the League of Human Rights gathered in Dijon in July 1939 expressed the same things in an explicit manner, as, for it, "any nation has rights and obligations towards the other nations with which it makes up the Mankind. Organised in liberty, universal democracy has to be the supreme objective of nations" (Art. 9)³¹.

Therefore, there is both a "universal" democracy, to which all the nations which make up the "Mankind" are summoned to contribute, and a "national" democracy. However, both of them can justify themselves only by promoting and ensuring the protection of the human fundamental rights and liberties, the basic criterion of any democracy.

The next article of the same Declaration (Dijon, 1939) specified that these human rights "only authorise a brotherly collaboration that would

²⁹ *Apud* M. Agi, René Cassin, *op. cit.*, p.333.

³⁰ *Ibidem*, Annexe 2. *Complément à la Déclaration des droits de l'homme élaboré par la Ligue des droits de l'homme (Congrès de Dijon, juillet 1939)*, Éd. Perrin, Paris, 1998, p. 334.

³¹ *Apud* M. Agi, René Cassin, *op. cit.*, Annexe 2, p. 334.

pursue the common good of Mankind, based on the observance of personal dignity and the respect of all civilisations” (Art. 10).

Therefore, the text of this Declaration explicitly mentioned the “Umanitas/tis” and the “dignitas humana”, which involve both the respect of all human beings, and ipso facto the respect of the dignity of every man, and of all civilisations and cultures.

We should also bear into our minds the fact that in the days when this fulminating Declaration came out, human beings, that is men like us, were being exterminated in the Nazi concentration camps, considered guilty just because they belonged to other race, religion and civilisation.

Finally, we have to emphasize the fact that this Declaration, which could be written and published only in the area of the free and civilised world of those times, was meant to be and was indeed a strong voice of the whole mankind for the awakening of the human conscience with a view to a concrete and concerted action against the atrocities instrumented by the racist regime established by Hitler and his accomplices.

The right to “the Liberty of cult” was considered in the text of the Declaration of London of January 31, 1940, as a natural law of the human being (Art. 8)³². It was in fact for the first time in the interwar Europe when “the liberty of cult” was understood and expressed as a natural right of the human being, id est of the human person. Moreover, “Jus naturale” (the natural law) was also invoked as a legal basis for the measures taken for the guarantee and the observation of this fundamental liberty of man³³,

³² Apud M. Agi, René Cassin, *op. cit.*, Annexe 5, p. 344.

³³ See, N. V. Dură, *Valorile religio-creștine și „moștenirea culturală, religioasă și umanistă a Europei”. „Laicitate” și „libertate religioasă” (Religious Christian values and „the cultural, religious and humanist heritage of Europe”. „Laicity” and „religious liberty”)*, in the vol. „Modernitate, postmodernitate și religie” („Modernity, postmodernity and religion”), Constantza, May 2005, Vasiliana '98 Publ. House, Iassy, 2005, p. 19-35; *Idem*, “Privilegii” și „discriminări” în politica religioasă a unor State ale Uniunii Europene (“Priviledges” and “discriminations” in the religious politics of some States of the European Union), in B. O. R., CXXIV (2006), no. 1-3, p. 491-510; *Idem*, *Drepturile și libertățile omului în gândirea juridică europeană. De la „Justiniani Institutiones” la „Tratatul instituind o Constituție pentru Europa” (The rights and the liberties of man in the European juridical thinking. From „Justiniani Institutiones” to „The Treaty establishing a Constitution for Europe”)*, in Ovidius University Annals. Series: Law and Administrative Sciences, no. 1, 2006, p. 129-151; *Idem*, *Dreptul la demnitate umană (dignitas humana) și la libertate religioasă. De la “Jus naturale” la “Jus cogens” (The right to human dignity (dignitas humana) and to religious liberty. From “Jus naturale” to “Jus cogens”)*, ..., p. 86-128; *Idem*, *Relațiile Stat-Culte religioase în U.E. „Privilegii” și „discriminări” în politica „religioasă” a unor State membre ale Uniunii Europene (The relations between State and religious Cults in the E.U. “Priviledges” and “discriminations” in the “religious” politics of some member States of the European Union)*, in Ovidius University Annals. Series: Law and Administrative Sciences, no. 1, 2007, p. 20-34; *Idem*, *Principalele organisme și organizații internaționale cu preocupări și atribuții în domeniul promovării și*

to which unfortunately some states of Europe do not always assure the appropriate juridical protection, as even the jurisprudence of the European Court certifies in a conclusive manner this reality.

In the year 1942, Jacques Maritain (1882-1973) - a prominent drafter of the "Universal Declaration of Human Rights", to whom Pope Paul VI presented his "Message to Men of Thought and of Science" at the close of Vatican II, that is in the year 1965 - wrote a Declaration regarding Human Rights and the Natural Law, where he presents "the rights of the human person" and "the rights of the civic person". It was, in fact, for the first time that the rights of man, as a civic person, were referred to the "natural Law", written in the very heart of the human being and expressed "through the testimony of the human consciousness", as Saint Paul, the Apostle of the Gentiles - former Rabbi and koripheus of the Stoic school of his time - asserted in his Epistles (cf. Rom. 1,26; 2,14-15).

Jacques Maritain, the theologian and Roman-Catholic philosopher, who had read and evaluated the message of the Pauline Epistles in the light of the philosophy of natural Law, referred to their text also when he explicitly mentioned the natural Law, knowing very well that Saint Paul the Apostle reminded the Romans that "... the Gentiles, who do not have the Law, do instinctively the things of the Law, ..." (Rom. 2,14).

Those who are acquainted with the thinking and with the philosophical and theological contribution of Jacques Maritain know well

asigurării protecției juridice a drepturilor omului (The main international bodies and organisations for the promotion and the assurance of the juridical protection of human rights), in Dionysiana, I (2007), No. 1, p. 18-25; Idem, Les droits fondamentaux de l'homme et leur protection juridique, in the Annals of "Dunărea de Jos" University of Galați, Fasc. XXII, Law and Public Administration, no. 2, 2008, p. 19-23; Idem, The Law no. 489/2006 on Religious Freedom and General Regime of Religious Cults in Romania, in Dionysiana, II (2008), No. 1, p. 37-54; Idem, Despre libertatea religioasă și regimul general al Cultelor religioase din România, în Analele Universității Ovidius Constanța /Seria Teologie, Anul VII, Nr. 1 / 2009, p. 20-45 (About religious liberty and the general regime of the religious Cults in Romania, in Ovidius University of Constantza Annals / Series Theology, Year VII, No. 1 / 2009, p. 20-45); Idem, About the "Religious" Politics of Some Member States of the European Union, in Dionysiana, III (2009), No. 1, p. 463-489; Idem, Legea nr. 489/2006 privind libertatea religioasă și regimul general al Cultelor religioase din România (The Law no. 489/2006 on Religious Freedom and General Regime of Religious Cults in Romania), in the vol. Biserica Ortodoxă și Drepturile omului: Paradigme, fundamente, implicații (The Orthodox Church and human Rights: Paradigms, fundaments, implications), Universul Juridic, București, 2010, p. 290-311; Idem, The European juridical thinking, concerning the human rights, expressed along the centuries ..., p. 153-192; Idem, Prozelitismul și dreptul de a schimba religia în lumina legislației române (Proselytism and the right to change one's religion in the light of the Romanian legislation), in Ortodoxia, I s.n., no. 2, 2010, p. 11-21; Idem, The Fundamental Rights and Liberties of Man in the E.U. Law, p. 431-464.

that at the basis of his Declaration lay the principles of the Judeo-Christian teachings, of a Biblical origin, and that from the XVI-th century - the glory age of the School of natural Law from Salamanca - it was for the first time when the rights of men were classified into rights of the "human person" and rights of the "civic person".

Among "the rights of the human person", Maritain also provided three specific "rights", which were not always recognised to the Christians along the centuries, namely "the right to pass into eternal life according to the law that the conscience recognised as being given by God", "the right of the Church and of other religious families to the free exercise of their spiritual activity" and "the right to follow a religious calling", and, finally, a "liberty", too, that is the liberty "of the religious Orders and Associations"³⁴.

We should also emphasize the fact that, this time too, it was for the first time when in Europe, already involved in the process of secularization and desacralization, - to which a nefarious contribution also had the inhuman regime of the Nazis - they talked about the right to die according to the Judeo-Christian law, according to which the man passes from death to "eternal life", with the possibility thus to remain in the eternal love of God³⁵, because, "God is love, and he who remains in this remains in God and God remains in him" (I John, 4,16). The remaining of the man into the love of God is however imperatively conditioned by "the love of our fellow men" not only "with words, but with deeds and with truth" (I John, 3, 14-18).

According to the same Christian philosopher, Jacques Maritain, "the value of the person, his liberty, his rights depend on the order of the sacred things, which bear the mark of the Father of all beings The person has an absolute dignity, as it is in a direct relation to the Absolute, in which it alone can find its complete fulfillment"³⁶.

As we could notice, Jacques Maritain referred the value of the human person and, ipso facto, the rights and liberties inherent to this to the order of "res sacrae", which bear the mark of the providential intervention of the Creator of the human beings, to whom - after Jacques Maritain - the human person is in a direct relation. That is the reason why

³⁴ *Les droits de l'homme et la loi naturelle présentés par Jacques Maritain (1942), Apud M. Agi, René Cassin, op. cit., ..., Annexe 3, p. 336.*

³⁵ See, N. V. Dură, *Love in the Christian Religion. Testimonies of the Theology of the Eastern Orthodox Church*, in *Dionysiana*, II (2008), No. 1, p. 420-433.

³⁶ *Apud R. P. Riquet, Les sources judéo-chrétiennes de la Déclaration des droits de l'homme*, in the vol. *Actualité de la pensée de René Cassin*, Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, 1981, p. 63.

for him the human person has an absolute dignity which follows just from this direct relation with the Divinity, and by which it alone - without intermediaries - can find its complete fulfillment.

Beyond doubt, this philosophical thinking, too, of a theological substance, reveals his initial scholarly education, of a Protestant theologian, which he then left for that of Roman-Catholic, a position which also facilitated to him the possibility to enter in a direct relation with the Divinity, but of course, for this time, only through the agency of his Church, the Roman-Catholic one.

In the same spirit also expressed themselves the authors of The Declaration of the rights and duties of man and of the citizen, adopted in London by "France Libre" on August 14, 1943, who, although they asserted the principle of laicity, however, they specified that "all people are equally free to practice the cult they chose or to practice none. The law will not establish any difference between the cults" (Art. 15)³⁷.

We should also notice and stress the fact that this Declaration, too - although written in the spirit of the dichotomy between the sacred and the profane and, ipso facto, of the separation between the religious and the civil fields, stated in an outright manner by the Declaration of the French Revolution of 1789, - expresses a clear distinction between the rights of man and those of the citizen.

A collective text, written and presented in London on January 31, 1944, with the title The natural rights of the human being, specified, starting from its Preamble, that "the basis for the rights of man is the human nature itself, and, as such, these rights cannot be banned or limited"³⁸. Indeed, the rights of man find their basis in the human nature itself. That is why both the divine and the natural law provided and defended these rights against any infringement or limitation.

In the Project of the International Declaration of Human Rights - presented at U.N.O. on June 16, 1947, by Professor René Cassin, the representative of France in the Editorial Board of the Human Rights Committee within O.N.U. - they stipulated that "the individual liberty of conscience, faith and thought is a sacred and absolute right. The public or private exercise of a cult and the manifestation of the religious convictions can only be subject to the restrictions imposed for the sake of public order, of morals or of someone else's rights and liberties" (Art. 20)³⁹.

³⁷ *Ibidem*, Annexe 4, p. 339.

³⁸ *Ibidem*, Annexe 5, p. 343.

³⁹ *Ibidem*, Annexe 9, Document II, p. 362.

Therefore, for René Cassin, the triptych of liberty, that hinted at that “forum internum”, consisted in the liberty of conscience, of faith and of thought, not in “the liberty of conscience” alone, as they mention in the Constitution of the Socialist Republic of Romania (that of 1965, republished în 1986, cf. Art. 30) and by the two Constitutions of Romania of 1991 and 2003 (Art. 29). In fact, in the text of the latter Constitutions, the content of the liberty of conscience is reduced to “the liberty of thought and of opinion”. Moreover, they make no specific reference to any religious liberty or to the liberty of cult, they only provide that the respective “religious cults are free to organise themselves ...” (Art. 30 par. 3).

In the same project of the International Declaration of Human Rights - published in May 1947 by the Secretariate-General of the United Nations - they referred to “the liberty of conscience, of faith and of public cult” (Art. 14)⁴⁰.

The liberty of conscience, of faith and of thought - this exponential triptych of the human fundamental liberties - can therefore be only subject to restrictions if they infringe upon or prejudice the public order, the morals or someone else’s rights and liberties. It is however regrettable that in the text of the Constitutions of some States, the reference to morals was either replaced by a reference to “ethics”, which is not the same as morals or simply eliminated. Of course, this thing, too - that for some jurists might seem insignificant - clearly expresses their allergy to anything which has connection to the sacred or to the religious, although between Law and Morals⁴¹ there should be no separation as required and imposed by the ones educated in the Schools dominated by an atheistic or anti-religious thinking of a philosophical or political origin.

The Declaration of human rights, adopted by the French Consultative Commission during its meeting of April 10, 1948, also provided that “the personal liberty of thought and of conscience, that is the liberty to practice a religious faith or to change it, are absolute and sacred rights” (Art. 15)⁴².

For this Commission, there is therefore a liberty of thought, of conscience and of faith. The last one - that of religious faith - implies the

⁴⁰ *Ibidem*, Annexe 8, p. 354.

⁴¹ Vezi, N. V. Dură, *Ideea de Drept. „Dreptul”, „Dreptatea” și „Morală”* (The Idea of Law. “The Law”, “The Righteousness” and “the Morals”) ..., p. 15-46; *Idem*, *Valorile religio-creștine și „moștenirea culturală, religioasă și umanistă a Europei”. „Laicitate” și „libertate religioasă”* (Religious Christian Values and „the cultural, religious and humanist heritage of Europe”. “Laicity” and “religious liberty”) ..., p. 19-35.

⁴² *Apud* M. Agi, René Cassin, *op. cit.*, Annexe 10, p. 368.

right to practice or to change a religious faith. Finally, all the three liberties were considered absolute and sacred rights.

The same document of 1948 provided that “one of the objectives of the United Nations is to accomplish international cooperation, by developing and encouraging the observance of the human rights and of the fundamental liberties for all people, irrespective of race, gender, language or religion; ...” (Préambule)⁴³. In fact, the proposals of the French Consultative Commission can in fact be found in the text of the Declaration of human rights adopted by the United Nations only a few months later.

Regarding The Universal Declaration of Human Rights, adopted on December 9, 1948 at Chaillot Palace we must say that it was not meant to be tributary to any confession of faith, but only to provide the obligation to respect all the faiths and the ideologies of the world on the basis of the human fundamental rights and liberties. Yet, some exegetes of this Declaration stated that René Cassin (1887-1976), the person who inspired in fact the text of this Declaration, considered by some even “the Father of the Universal Declaration of Human Rights”⁴⁴, were “too attached to the values of his ancestral Judaism, also reflected by the Christian religion of his many friends and of his wife ...”, hence the conclusion that the sources of the Declaration are none but the “Judeo-Christian”⁴⁵ ones.

We should not be surprised by the fact that the principles and values of the religious Judeo-Christian spirituality are – in an outspoken or tacit manner – the basis of all the Declarations regarding the promotion and (the) protection of human rights, given that these values make up the matrix of the European thinking and culture, which also substantially influenced the conceptions about life and man from the epoch of the Renaissance, of Enlightenment, of the French Revolution (1789) etc.

The Treaty establishing a Constitution for Europe, published in Rome in [the year] 2004, also referred to these values with a pronounced spiritual-religious content. However, the one published in Lisbon in [the year] 2007 only refers to the spiritual and cultural heritage of Europe, eliminating the word “religious” from the text of its Preamble. Yet, we can find these values with a religious content in the wider area of spirituality, which, by definition, has a religious, sacred, and not a profane nature.

⁴³ *Ibidem*, p. 366.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 11-13.

⁴⁵ R. P. Riquet, *Les sources judéo-chrétiennes de la Déclaration des droits de l'homme*, in vol. *Actualité de la pensée de René Cassin* (Actes du Colloque International, René Cassin, Paris, 14-15 nov. 1980), Paris, 1981, p. 63.

An Indian philosopher, Daya Krishan, wrote that “the Universal Declaration of Human Rights, as well as the largest part of the documents issued by the United Nations needs a fundamental reexamination, as it is not only the result of a regional – namely of the Western – point of view on the issues approached but, born from the ashes of World War II, it also expresses the vision peculiar to the world of winners, a vision it tries to pin down mainly for their profit.”⁴⁶.

Beyond doubt, the Universal Declaration of Human Rights, adopted by the United Nations in the year 1948, - as well as other international or European Union Documents, - often have a strong western character. As such, the remark of the Indian philosopher is, to a large extent, true. However, we should not ignore the fact that the West is the place where both the Schools of Law, of Philosophy, of Theology, of political Sciences etc. were established, which elaborated and disseminated the doctrine of human rights, and the democratic States emerged, which made of the human rights and liberties and, ipso facto, of their juridical protection their major preoccupation.

The same Indian philosopher concluded that the respective “way chosen by the western countries is not necessarily the only one that the mankind can follow to promote the observance of these rights... . It is high time - wrote D. Krishna - that the institution of the United Nations stopped being only an appendix of the West and became really representative of mankind”⁴⁷.

I personally agree with Mr. Daya Krishna, as the mankind can indeed find other ways or possibilities concerning the observance of these fundamental human rights. We also consider that within the United Nations Unite the proposals of all the States of the world should be equally paid attention to and respected, as only in this way the voice of the few States - which make up the Council of the United Nations - will cease to be the only decisive one with regard to the destiny of the other States of the world, especially of the smaller States.

Certainly, it is undoubtedly true that the Universal Declaration of Human Rights - adopted by the United Nations - does not prove that in its content it expressed an ecumenical conception, that is a universal one, regarding the human rights. Indeed, we are far from finding in its text at least some references to the text of the juridical thinking and religious

⁴⁶ D. Krishna, *Pour une révision radicale des droits de l'homme: de la nécessité d'adopter une perspective universelle*, in vol. *Agir pour les droits de l'homme au XXI^{ème}* (Texte inédits réunis par F. Mayor et R. P. Droit), Éd. Unesco, 1998, p. 151.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 154.

philosophy (Indian, Asian, Judaic, Christian etc.), since the thinking of the authors of this Declaration remained almost exclusively tributary to the ideological concepts which were put into circulation in the Age of Lights and promoted by the Revolution of 1789, which made of “the right of the citizen” and of “the cult of reason” references of their social revendications.

We should also take into account the fact that by the exacerbation of “the rights of the citizen” they came up to avoiding any reference to the spiritual-religious dimension of the life of the present days man and, implicitly, to the relation of man with God, who nonetheless remains “the last ever-present mystery”⁴⁸.

As it is known, after World War II they also developed - willy-nilly - an excessive cult of reason, neglecting thus almost completely the religious dimension of the life of present days man and, ipso facto, the adoration of God. Certainly, this deliberate or undeliberate occultation or neglectation of the human reality also had negative consequences on the way how human rights have been perceived and expressed both in the main instruments of international Law and in the laws of the States of the world.

The European Convention on human rights (Rome, 1950) was “the first international Treaty” which transformed the principles stated by the Universal Declaration of Human Rights (New York, 1948) “in a treaty which binds all the contracting states”⁴⁹. Consequently, mainly due to this Treaty, the States of the European Union should have had the same language and the same perception at least with regard to human rights and to their juridical protection. But, as the jurisprudence of some E.U. States confirms it to us, the contracting States did not always observe the provisions of this Treaty regarding human rights. In fact, not by chance, it is unanimously admitted the fact that “the control action” of the Council of Europe for the “prevention of the infringement upon human rights” is “more necessary than ever”⁵⁰, and that, in order to materialize the protection of fundamental rights, a cooperation is absolutely necessary

⁴⁸ B. Rybak, *La philosophie au présent des droits de l'homme*, in vol. *Actualité de la Pensée de René Cassin*, ..., p. 70.

⁴⁹ P. Lepretch, *La Convention européenne des droits de l'homme. Les droits et les libertés garanties par la Convention européenne des droits de l'homme*, in the vol. *Droits de l'homme et service social dans l'espace européen de 1992*, Paris, 1992, p. 28-29.

⁵⁰ A. Drzemczewski, *La prévention des violations des droits de l'homme: les mécanismes de suivi du Conseil de l'Europe*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, XI (2000), nr.43, p. 385-428.

between “the national jurisdictions” and “the European Court of human rights”⁵¹.

The text of the European Convention on human rights was also brought forward with regard to the rules of “parliamentary immunity”, based on which some members of the Parliament (deputies or senators) consider that they can allow themselves not to observe even the human rights⁵². In fact, it is well-known that, by virtue of this parliamentary immunity, some of those chosen by the people – who pretend to be the honourable citizens of the nation – sometimes infringe upon some of the human rights – hence, the obligation that the States of the European Union to take the necessary measures – also in accordance with the provisions of the European Convention on human rights – in order to prevent and punish any possible infringement or limitation to the content of these rights, in their concrete assertion and exercise, even by those chosen by the people.

On April 27, 1977, the European Assembly, the European Council and the European Commission adopted a common Declaration in which they emphasized “the crucial importance they grant to the observance of the fundamental rights as they expressed especially by the Constitutions of the member States and by the European Convention for the protection of human rights and of the fundamental liberties” (Art. 1)⁵³.

In May 1989, the European Parliament adopted a “Declaration of the fundamental rights and liberties”⁵⁴, by which it expressed “its firm will to create a basic instrument of the Community, which would assure the granting of the fundamental rights”⁵⁵.

In the Preamble of the Declaration they specified that “... it is indispensable for Europe to assert the existence of a community under the law based on the observance of human dignity and of the fundamental rights ...”. The Preamble also states that “... these rights result from the Treaties of establishing the European Communities, from the common constitutional traditions of the member States, from the European convention for the protection of human rights and of the fundamental

⁵¹ P. Pescatore, *La coopération entre la Cour communautaire, les juridictions nationales et la cour européenne des droits de l’homme dans la protection des droits fondamentaux*, in *Revue du Marché Commun et l’Union européenne*, nr. 466, Mars 2003, p. 151-159.

⁵² See, Fr. Krenc, *La Règle de l’immunité parlementaire à l’épreuve de la Convention européenne des droits de l’homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, XV (2003), no. 55, p. 813-821.

⁵³ *Apud* Ol. De Schutter et al., vol. cit., p. 433.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 433-441.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 434.

liberties and from the international instruments in force and they are developed by the jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities”⁵⁶.

The first Article of this Declaration provides that “human dignity is inviolable”, and article 3 that “any discrimination based especially on race, colour, gender, language, religion ... is forbidden”. At last, article 16 provides that “the right of the parents to ensure the education (of their children) according to their own religious and philosophical convictions”. In fact, all these fundamental rights and liberties – which can be reduced in their essence to the observance of human dignity and to the forbidding of any form of discrimination based especially on race, gender, religion – were also included in the text of the Treaty establishing a Constitution for Europe, alias the European Constitution, the first text of which was published in Rome, in the year 2004, and the second one in Lisbon, in the year 2007.

The European Social Charter⁵⁷, also called The Charter of Turin, which was signed in 1961 by the member States of the Council of Europe, entered in force in 1965. Its text, updated in 1996, entered in force in the year 1999, and, up to the present, remained a main reference document for European social law, that should be better known and more thoroughly studied not only by the students of the Faculties of Law or by the ones from the Social Work specializations of the Faculties of Theology, but by all the citizens of the E.U. States. In fact, we hope that, in the near future, the members of the European Union will hear less of penal law and of the Code of penal procedure and more of the national and European social law and social code, in which the social rights would make up the basic structure of the text of the Constitutions of every E.U. State, and the observance of these rights would thus become a reality of our days.

Among the rights ensured and protected by the Social Charter we also find those regarding “the migrant workers and their families” (cf. Art. 18 and 19), according to which any form of social discrimination is forbidden⁵⁸, including naturally the interdiction of any discrimination based on one’s religion or religious conviction. But, unfortunately, there is no explicit mention to this kind of discrimination, which shows that,

⁵⁶ *Ibidem*, p. 435.

⁵⁷ See, S. Grevisse, *La Charte sociale: Rapport Interductif*, in the vol. *La Charte sociale européenne* (Éd. J. Fr., A. K. Kombé et St. Leclercq), Bruxelles, 2001, p. 3-9.

⁵⁸ See, Fr. Vandamme, *Les droits protégés par la Charte sociale, contenu et portée*, in the vol. *La Charte sociale européenne ...*, p. 12-43; Jean-Manuel Larralde, *Charte sociale et Convention européenne des droits de l’homme*, in the vol. *La Charte sociale européenne ...*, p. 125-148.

indeed, concerning the right to the liberty of religion and of the religious convictions, "the social Europe is still under construction"⁵⁹.

On July 17, 1998, the representatives of 159 States, participating in the Conference of the United Nations for the creation of an international penal Court, adopted in Rome the status of this jurisdiction. Among the deeds which imply the international penal responsibility, they also mention the crimes against mankind⁶⁰, which, unfortunately, are not yet an object of study and analysis within the Faculties of Law of our country, hence the precariousness of the content of specialised studies, in the Romanian language, in this field.

Gathered in Cologne, in June (3-4) 1999, the European Council decided the creation of a "Charter of the fundamental rights of the European Union". In its resolution, the European Council declared that "the observance of the fundamental rights is one of the founding principles of the European Union and the indispensable condition for its legitimacy"⁶¹. They also specified that "the European Court of Justice confirmed and defined in its jurisprudence the obligation of the Union to observe the fundamental rights"⁶².

At the meeting of Tampere (October 15-16, 1999), the European Council established the componency of the working team for the writing of the Charter (heads of state and government of the 15 member States, representatives of the European Commission, of the European Parliament, of the national parliaments and observers from behalf of the two Courts of justice). In the opening speech of the works of the Convention (December 17, 1999), its President, Roman Herzog, declared that "we are talking about a catalogue of fundamental rights meant for the bodies of the European Union"⁶³.

The Charter, which was presented to the European Council at the session of Biarritz (October 14, 2000), is also considered a "concrete contribution to the constitutionalization of the law of the European Union"⁶⁴. Therefore, this Charter is considered – just as the Convention of

⁵⁹ Jean-Paul Pancraccio, *Charte sociale et Droit international public*, in the vol. *La Charte sociale européenne ...*, p. 194.

⁶⁰ See, *Vers une juridiction pénale internationale permanente*, in Documents d'études. Droit international public, no. 306, édition 1999, Paris, 1999, p. 63.

⁶¹ *Apud* G. Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Éd. du Seuil, 2001, p. 277.

⁶² *Ibidem*, p. 277-278.

⁶³ *Ibidem*, Annexe IV, p. 287.

⁶⁴ H. Dumont et S. van Drooghenbroeck, *La contribution de la Charte à la constitutionnalisation du droit de l'Union européenne*, in the vol. *La Charte des droits*

human rights - a main juridical instrument by which the European Union actually contributes to the creation of an European constitutional law, whose basic principle is no other but the observance of the human fundamental rights.

The entering into force of the Charter of fundamental rights also brought about the strengthening of the "protection of human rights in the European Union and, of course, it will establish new relations between the Union and the States and will call for a tight cooperation between the Court of justice of the European Communities and the European Court of human rights"⁶⁵.

In the Preamble of this "Charter of the fundamental rights of the European Union" they specify that this one was written and published by the European Council with the hope that "the rights, liberties and principles", which make these rights manifest, be known, and "... to strengthen the protection of the fundamental rights in the light of the evolution of society, of social progress and of the scientific and technological developments" (Preamble).

In the text of the same Preamble they state that "the peoples of Europe, having established among them a tighter union, decided to share a peaceful future, based on common values"⁶⁶. But, which are these common values ...?! The Preamble of the Charter only makes an explicit mention to "the spiritual and moral heritage" of the European Union, and specifies that this one is based on "the indivisible and universal values of human dignity, of liberty, of equality and solidarity; ...". And, as it is known, for about two thousand years, this spiritual and moral heritage of Europe, with a preeminently spiritual and religious content, took shape and developed in the religious Judeo-Christian space, which actually generated and developed the European culture in its different forms of manifestation (literary, artistic, juridical, etc.).

The same Charter specifies that the European Union "is based on the principle of democracy and on the principle of the state under the law", and that this one "... positioned the human person at the core of its action when it established the citizenship of the Union (la citoyennité de l'Union) and created a space of liberty, security and justice".

Therefore, we shall keep into our minds the fact that in the text of this Charter, too, we refer exclusively to the human person, not to an

fondamentaux de l'Union européenne (sous la direction de J. Yv. Charlier et Ol. De Schutter), Bruxelles, 2002, p. 61-96.

⁶⁵ Fr. Rigaux, *Conclusions, in the vol. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ...*, p. 261-262.

⁶⁶ Charte annotée. Prèambule, *Apud* G. Braibant, *op. cit.*, p. 71.

individual or to a citizen, and it is only for this human person that they created the juridical institution of the “citizenship of the European Union”, and, ipso facto, the appropriate space of liberty, security and justice. And, in order to evince this reality, in the Charter they provided that the European Union “... ensure the free circulation of persons, of goods, of services and of capitals, as well as the liberty of any man to choose his own domicile”⁶⁷.

All these rights were consequently provided and ensured by the European Union for the “human person” which, for the legislator of the European Union, has the character of a supreme, universal value, and not only for the European citizen. Certainly, asserting this reality, the Charter eliminated thus any restrictive and exclusivist character of these rights, which, unfortunately, was provided by some documents of the European Union only for the European citizen, and not for the human person, the only one which includes, in fact, in its enlarged existential area both the “individual” and the citizen, and which transcends them not only by its own juridical status, but also by the recognition of the status of its existence both by the divine law and by the natural law.

Finally, in the text of the same Preamble of the Charter of the fundamental rights of the European Union we find that, “with regard to the observance of the competencies and tasks of the Community and of the Union, as well as of the principle of subsidiarity, the present Charter iterate the rights which result especially from the constitutional traditions and from the international obligations common to the member States, from the Treaty regarding the European Union and from the community treaties, from the European Convention for granting the human rights and fundamental liberties, from the social Charters adopted by the Community and the Council of Europe, as well as from the jurisprudence of the Court of justice of the European communities and of the European court of human rights” (Preamble)⁶⁸.

The Charter iterates therefore the human rights as they were mentioned not only by the constitutional traditions of the member States of the European Union and by the international and European Treaties and Conventions, but also by the jurisprudence of the Court of justice and of the European Court of human rights, which is also a source of the European law.

The cultural and juridical construction of Europe was and still is strongly influenced by the Convention of human rights. But,

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 71-72.

unfortunately, at the end of the 2nd millenium one could still notice that, in some countries of the European Union, human rights often have a supra-legislative status, as, for example, in France, in Belgium or in Spain, or a simple legislative status, as in Germany, Italy or the northern countries. Sometimes, these rights do not enjoy any internal status and, as a rule, they cannot be invoked before the internal judge because the Convention, although ratified, was not incorporated in the internal law. This is the case of Iceland, whereas Great Britain is finally – two European jurists wrote in the year 1999 – on the point of adopting the texts which are necessary for the integration”⁶⁹. Anyhow, it is even worse for there are still some E.U. States where, although the texte of the Convention was ratified and incorporated in their internal Law, its principles, regarding the human fundamental rights and liberties, are not observed and applied, hence also the absence of a juridical protection.

In some countries of the European Union there is no unique constitutional document. So that, sometimes, the “formal” constitutonal law and the “material” constitutional law overlap “a little” Whereas for other countries (Austria, Finland, Sweden), the Constitution is made up of a plurality of documents, among which some provisions are only in line with the idea of constitutional material law, and in some countries of continental Europe these depend rather on some internal regulations, even on legislative provisions”⁷⁰.

Finally, the same jurists noticed that “... today it is impossible to understand the internal law of the member States of the European Union without referring to community law or to the law of the European Convention on human rights”, and that “... the ratification of the Treaty of Maastricht – the European constitutionalists write – allowed us to become familiar with the importance of national juridical systems and, particularly, of Constitutions”⁷¹.

Based on the text of these Constitutions of the member States of the European Union, we can also notice not only the extent to which the principles of the European Convention on Human Rights were asserted in their text, but also to become familiar with the national juridical system of every State, which has to be evaluated only in the light of the communitary law, based in fact on the principles enounced by this Convention and by Charter of Human Rights (Nice, 2000).

⁶⁹ C. Grewe et H. Oberdoff, *Introduction*, in the vol. *Les Constitutions des États de l'Union européenne*, Éd. La Documentation Française, Paris, 1999, p. 21.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 7.

⁷¹ *Ibidem*.

The text of the project of the Treaty establishing a Constitution for Europe, which was written in the framework of a Convention by 105 members representing the bodies of the European Union, was examined and approved by the European Council gathered in Thessaloniki (June 2003). The text revised by the 25 E.U. member States was then adopted and published in Rome in September 2004.

At the meeting of Thessaloniki (June 2003), first of all, the European Council adopted the 59 articles of the project of the Treaty establishing a Constitution for Europe, then they examined the Charter of fundamental rights, adopted in December 2000 at the meeting of Nisa, which was actually incorporated in an almost mot-à-mot manner in the second part of the respective Treaty.

Beyond doubt, by incorporating the text of the Charter adopted in Nice they wanted to emphasize the fact that the promotion and protection of the human rights and liberties is the main preoccupation of the member States of the European Union. In fact, this reality is also evinced by the Treaty establishing a Constitution for Europe which was ratified in Lisbon in December 2007 and already signed by the E.U. member States and in the second part of which the complete text of the Charter of fundamental rights, adopted in Nice, in December 2000 was inserted.

Based on the testimonies collected from the studies of some European jurists, competent in the field of human rights and on the brief analysis of the text of the main instruments of international law and of the community and European law - starting with the Declaration of New York from the year 1948 and up to the Charter of Nice of the year 2000, - we could well notice that the rights and liberties of man preoccupy the entire mankind, hence their universalist character. At the same time, we could also notice that they way how these rights and liberties of man are still perceived and expressed by jurists and defended by the States of the world is not yet unitary. Hence, the obligation that the experts (jurists, theoreticians and practicians,) write a constitutional text that would mention all the principles enounced by the main international and European documents regarding the human fundamental rights and liberties, whose content would make up - next to the constitutional traditions common to the member States - the ensemble of general principles of the Law of the European Union. Finally, we also noticed that the documents which represent the main instruments of international and European law regarding human rights, explicitly refer to the notion of "man", to "the human person", and not to the one of citizen, which, unfortunately, we still encounter in the text of the Constitutions of some E.U. states, including the text of the Constitution of Romania.

FAMILY HOUSING IN THE REGULATION OF THE NEW CIVIL CODE

Simona Petrina GAVRILĂ *

Abstract

Regulated for the first time in the new Civil Code, the family home is shaping up as a new legal institution, which does not overlap with the common residence of the spouses.

The special legal regime of the family home involves the restriction of the right of one of the spouses to own alone, without the express consent of the other spouse, through legal acts, the family home, even when the specific matrimonial regime would confer this right, resulting in a series of legal consequences.

1. The notion of family home.

The family home is not identical with the common residence of the spouses. The law establishes the obligation of spouses to live together, and not to have a common residence. Therefore, there may be situations where spouses have separate residences, but also a common home, the latter being subject to the special protection regime.

The notion of family home is thus a notion of fact, and not of law, and it is the home where the family actually lives. Only such protective rules find their reason of application, because what they protect is a common interest of the family.

Having regard to the principle according to which spouses decide by mutual agreement to all terms of the marriage (art. 308 of the New Civil Code¹), it appears that the family home is chosen jointly by the spouses, whether it is about an original (initial) home or the changing thereof. The definition of the family home, within the meaning of the primary system, involves two elements: an objective one, expressed in the residence building, and the second one is subjective, voluntary, referring to how the respective building affects the family, that is, living the family life in that place. The general criterion is thus that of the assignment or of

* Ph.D Lecturer, Faculty of Judicial, Social and Political Sciences, "Dunărea de Jos" University of Galați, Romania, Email: gavrilasimonapetrina@yahoo.com

¹ Law no. 287/2009 republished in the Official Gazette of Romania no. 409 of June 10, 2011

the destination of the building to serve the residential interests of the family.

In this regard, according to art. 321 paragraph 1 of the New Civil Code, "Family home is the common residence of the spouses or, failing that, the residence of the spouse with whom the children live." Therefore, if spouses have more than one property, only the residence that, by its destination, fulfills the function of family home, is subject to the primary matrimonial regime.

In the normal situation, the family home is where spouses and their children live. This is why, if spouses are separated or have separate residences, then this role is attributed to the building where one of the spouses and the children of the spouses live.

For *opposability to third parties*, the condition of registration in the Land Register of a home as common residence is provided. According to art. 321 paragraph 2 of the New Civil Code, "Either spouse may demand the registration in the Land Register, in accordance with the law, of a building as family home, even if it is not the owner of the building."

The solution is natural, considering that the application of the provisions of the primary system is likely to provide a specific legal regime to the building constituting the family home, aspect of which third parties should be aware of, especially in circumstances where the marital home is often the most important (if not the only) guarantee of the creditors of the spouses.

2. The rights of the spouses on the common residence.

As opposed to the hypothesis that the spouses are the owners of the common residence, if the residence is owned by virtue of a lease agreement, there is a concern of the legislator to regulate, by way of derogation from the common law, the residential rights of both spouses during the marriage, and to dissolve the marriage through divorce.

According to art. 323 of the New Civil Code, "(1) If the home is owned under a lease agreement, each spouse has an own residential right, even if only one of them is the holder of the agreement or the agreement is terminated before the marriage. (2) The provisions of art. 322 are properly applicable."

The solution according to which each spouse has an own residential right is therefore expressly applied, after the model of Law no. 5/1973, the residence thus owned having the special legal regime of family home provided for by art. 322.

Whereas the text establishes a regulation for which the imperative primary regime applies, we appreciate that it is not possible to conclude a convention to the contrary, by which both spouses to stipulate, for example, that only one of them would have residential rights.

3. The legal regime of the family home.

The special legal regime of the family home involves the restriction of one of the spouses to own it alone, without the express consent of the other spouse, through legal actions, the family home, even when the specific matrimonial regime would grant this right.

Thus, according to art. 322 of the New Civil Code, "(1) Any of the spouses, even if it is the exclusive owner, cannot own it, without the written consent of the other spouse, the rights on the family home. (2) In addition, one spouse cannot move from the residence the goods that furnish or decorate the family home and may not own them without the written consent of the other spouse. (3) Where the consent is refused without a legitimate reason, the other spouse may inform the Court of guardianship, to authorize the conclusion of the act. (4) The spouse who has not given his/her consent to the conclusion of the act may ask for its cancellation within one year from the date on which it became aware thereof, but not later than one year from the date of termination of the matrimonial regime. (5) In the absence of the registration of the family home in the Land Register, the spouse who has not given his/her consent may not request the cancellation of the act, but only damages from the other spouse, except where the purchasing third party knew, by other means, the quality of family home. (6) The provisions of paragraph (5) shall apply accordingly for the acts concluded with the violation of the provisions of paragraph (2)."

In relation to the common law, the rules for the protection of the family home appear as exorbitant rules, and as a genuine legal limit of the right of one of the spouses to own, through legal acts, as attribute of the property right. In this respect, in order to determine the scope of these rules, the scope of the acts covered by them must be delimited, both from the point of view of their object, as well as from the point of view of the nature thereof.

At the same time, this limit should not be understood in its absolute meaning, because the family home does not become an inalienable right, removed from the civil circuit, the legal protection being ensured only by the requirement relating to the express consent of both spouses.

A. The object of the legal acts prohibited to one of the spouses

The need for the consent of both spouses relate to the legal acts which would grant the rights on the common residence (art. 322 paragraph 1 of the New Civil Code). Therefore, it must be a legal act that has as object a building intended as family home.

Having regard to the fact that the text makes no distinction (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*), it follows that the nature of the right does not matter (real or claim) on the family home: ownership, usufruct, homestead, right of claim under a lease agreement etc.

If the home is held in ownership, it does not matter if the spouse who wants to own it is the exclusive owner or if the residence is a common property, depending on the specific matrimonial regime applicable to the spouses.

For example, within the separation of patrimonies, the building indented for common residence may be the exclusive property of the spouse intending to own it. Within the community regime, the building may be an own property of this spouse or a common property. In the latter case, the interdiction on the ownership thereof is doubled also by the joint management rule in the matter of the community of goods, according to which the documents expressing the ownership of the common goods shall be made with the express consent of the spouses.

In the situation where the residence is held under a lease agreement, considering that according to art. 323 paragraph 1 of the New Civil Code, each spouse has an own residential right, (even if only one of them is the holder of the agreement or the agreement is concluded before the marriage), the express consent of both spouses is needed for the conclusion of any legal acts, which would only give the rights derived from the lease agreement (for example, a sub-lease or, even more seriously, the termination of the agreement) and which would be likely to prejudice the right of use of the marital home.

B. The legal nature of the acts prohibited to one of the spouses

Generally, the *inter vivos* acts of ownership are considered, by onerous title or voluntary, such as sale, exchange, institution as a contribution to a company, donation, mortgage, termination of a lease agreement etc., as well as some preparatory acts (for example, the mandate to sell given to a real estate agent).

We believe that the spouse who is the owner may dispose of the residence by testament, which is a *mortis causa* act, whose effects occur on the date of termination of the marriage (by the death of the testator spouse) and thus of the matrimonial regime.

In order to ensure the freedom of exercise of the profession, it is assumed that, if the residence is held under a lease agreement that is accessory to the labor contract, the employed spouse may resign, even if, indirectly, the family is deprived of that residence. Whereas the provisions in the matter do not establish an indistinguishability of the family home, it could be tracked by a creditor of one of the spouses if, according to the concrete applicable matrimonial regime, this is part of the traceable goods, without being necessary that the assuming/contracting of the debt to involve also the prior consent of the other spouse.

Distinction must be thus made between the acts of direct ownership (forbidden if concluded by one spouse) and indirect ownership of the residence, by assuming some debt. A reservation is necessary however to be made in this latter case as well, in the situation of a fraudulent attitude on the part of the creditor, which, duly substantiated, is likely to lead to the rejection of the application for the forced execution on the family home.

C. The express consent of both spouses

The consent of the other spouse may be analyzed from the perspective of the legal nature, of the manifestation (the formal aspect) of the content (the background) – elements in relation to which the validity of this consent is assessed too – as well as from the point of view of the boundaries (the possibilities of censoring the abusive refusal) and of the duration of the protection.

a) **The legal nature.** If the home is the exclusive property of one spouse, the consent of the other has the value of a “consent of non-opposition”, without the non-proprietary spouse to become part to the agreement. For example, in the event of selling the building, the price will only enter in the property of the spouse who is the exclusive owner, whereas only the power to dispose, and not the property itself is shared. In this hypothesis, the consent of the spouse who is not the owner, has only the legal nature of a unilateral permissive act, of an authorization (*auctoritas, augere*)².

If, however, the property which is the matrimonial home, belongs to the category of common property, the consent of both being required even by rule of joint management of the matter of community of goods [art. 346 paragraph (1)], so that both spouses must have the quality of party to the legal act, benefiting from the rights, being held by the

² Concerning the permissive act, see M. Avram, *Actul unilateral în dreptul privat*, Editura Hamangiu, București, 2006, p. 210 and the following.

obligations under the act. In other words, the requirement of the consent of both spouses has a double legal significance: it is necessary both because the building has the destination of family home, and because the building is common property.

So, if the property is jointly owned on shares by the spouses, the provisions of art. 641 paragraph 4 of the New Civil Code become applicable, which set up the rule on unanimity (the agreement of all joint owners) for any acts of disposition of the common property. Therefore, in this hypothesis, the consent of both spouses required by art. 322 is duplicated anyway by the consent required by law for all joint managers.

b) Form. Art. 322 paragraph 1 of the New Civil Code expressly provides that the other spouse must express his/her consent in written form. We appreciate that the written form established by law is not necessary *ad validitatem*, but only *ad probationem*, the failure to comply with this requirement attracting the sanction of impossibility to prove the existence of the consent with other means of evidence.

The practical advantage of this legislative solution is indisputable, given the certainty that the written form gives (in the absence of the condition, the consent could be expressed verbally as well), by this, the normative solution being likely to prevent potential litigation related to the effective expression of the consent of the other spouse.

However, in the case of a property subject to the registration in the Land Register, the provisions of art. 1244 of the New Civil Code become incident, according to which, under penalty of absolute nullity, the conventions that shift or constitute real rights that are to be registered in the Land Register, must be completed in authentic form.

Therefore, if the home is a common good or property on shares, given that each spouse becomes part to the disposition act, the consent of both spouses being required also as joint owners, it must be put exactly in authentic form required *ad validitatem* by art. 1244.

If the home is the sole property of one of the spouses, the question arises if the act by which the spouse does not express its consent to have or not the same authentic form. Whereas the non-proprietary spouse does not become part to the disposition act, the provisions of art. 322 paragraph 1 of the New Civil Code are fully applicable.

Of course, nothing prevents the spouse from expressing its consent by a declaration in authentic form, as it would be enough, and a document under private signature. The unilateral act whereby the non-proprietary spouse gives its consent is, therefore, distinct from the disposition act itself that it is to be concluded by the spouse owning the home, only this latter

act being subjected to the genuine form *ad validitatem* as provided for in art. 1244.

c) Content. In terms of content, we can discuss if there is enough to have in principle the agreement of the other spouse or the consent must be specific, expressed in the legal nature of the act envisaged, but also the concrete conditions in which to be concluded.

d) Limits. Art. 322 paragraph 3 of the New Civil Code provides that "Where the consent is refused without a legitimate reason, the other spouse may inform the Court of guardianship, to authorize the conclusion of the act."

The introduction of such a provision is fully justified, meant to make it possible for the Court to censor the abusive refusal of a spouse to give consent to the conclusion of the legal provision.

e) Validity of the protection. The special protection provided for in art. 322 exists as long as the marriage lasts, (even though it would be a change of the matrimonial regime during marriage), the marital vocation of the residence being capable to subsist even during the period in which the spouses are separated in fact or are in the process of divorce.

d). Sanction. The disposition act concluded without the consent of the other spouse is struck by relative nullity, given prejudice is brought to a private interest (of the spouse who has not given its consent).

By way of derogation from the common law, a special regime of invalidity is imposed. Thus, according to art. 322 paragraph 4 of the New Civil Code, "The spouse who has not given his/her consent to the conclusion of the act may ask for its cancellation in the period of one year from the date on which it became aware of it, but not later than one year from the date of termination of the matrimonial regime."

Also, in order to provide the dynamics of the civil circuit and the protection of the interests of third parties of good faith, the legislator has expressly provided for in art. 5 of the same article that "In the absence of the registration of the family home in the Land Register, the spouse who has not given its consent may not request the cancellation of the act, but only damages from the other spouse, except where the purchasing third party became aware, by other means, of the quality of family home."

Being a case of relative nullity, it may be covered by the express or tacit confirmation³ of the spouse whose consent was disregarded at the conclusion of the act. For example, the participation thereof, alongside the disposing spouse, to the handing over of the apartment which has been

³ Concerning to the confirmation of an annulable act, see art. 1262-1265 of the New Civil Code.

home to the family, to the collection of the price etc., can be considered as confirmations of the disposition act involving the marital home, in which case no action could any longer be promoted in the cancellation of the action. To admit another solution, it would mean accepting the possibility of damage or even fraud to the interests of the third party with which an agreement has been made.

The analysis of the text quoted shows that the prescription period for the introduction of the action is special, of 1 year, which starts running from a subjective moment – the date on which the holder of the action became aware of the conclusion of the act (circumstance that can be proven by any evidence) – under no circumstances however may the action be promulgated later than 1 year after the date of termination of the marital regime – the objective moment. Taking into account the length of time until the special rules of protection relating to the matrimonial home can be applied, and to the fact that the mandatory provisions in this matter are not influenced by the concrete matrimonial regime to which the spouses are subjected, we appreciate that the phrase “the cessation of the matrimonial regime” means the cessation of the matrimonial regime consecutive to the termination, the cessation, the finding of the invalidity or the annulment of the marriage (art. 319 paragraph 1 of the New Civil Code), and not the change in the matrimonial regime during the marriage⁴.

⁴ Art. 319 has the marginal name “Termination of the matrimonial regime”. The form comprises two distinct hypotheses: one is the hypothesis of the termination of the matrimonial regime as the effect of the dissolution of marriage, supposing the termination of the application of all rules of the matrimonial regimes, including of the imperative primary regime, and the other is the hypothesis of the termination of a certain matrimonial regime as effect of the modification, more precisely, of its replacement with another matrimonial regime. In the latter case, marriage is maintained and, therefore, there is continuity as regards the application of the primary imperative regime.

JOINT VENTURE - A SYNTHETIC LOOK ON THE REGULATION OF THIS CONTRACT IN THE NEW CIVIL CODE

Simona Petrina GAVRILĂ *

Abstract

The joint venture is an agreement by which two or more persons commit to contribute with money, with goods, with specific knowledge or conscription in order for one of them to perform one or several operations, so that each of the parties may participate in the profits and losses of the proposed operation/operations.

Both the incident regulations contained in the old regulation, the Commercial Code, and the current ones, following the entry into force of the new Civil Code, outline this legal institution as a flexible one, widely used by professionals.

1. Concept, legal characters, classifications, forms of association

According to art. 251 of the former Commercial Code, the joint venture took place when a trader or a company granted to one or more persons, a venture to the benefits and losses of one or more operations or even on all of its trade.

The doctrine¹ held that the legal definition does not sufficiently outline the elements of the joint venture, preferring the following definition: *joint venture* is an agreement by which two or more persons, one of whom is generally a trader, undertake to put something in common in order for one of them to carry out a commercial activity or for the purpose of one of them achieving, one or several commercial operations, each of the parties following to participate in the benefits and losses of the activity or of the operation proposed.

The New Civil Code took over the old, improved definition, without a mend with the observations of the doctrine ruling, in art. 1949: "The joint venture agreement is the agreement by which a person grants to one or more persons a share to the benefits and losses of one or more operations undertaken."

* Ph.D Lecturer, Faculty of Judicial, Social and Political Sciences, "Dunărea de Jos" University of Galați, Romania, Email: gavrilasimonapetrina@yahoo.com

¹ Nicoleta Tandareanu, Joint venture agreement, Dreptul no. 5/1995, p. 12 and the following.

However, considering the fact that art. 1888 of the New Civil Code enumerates among the types of companies the joint venture company (point b), in the development of a definition, the provisions of art. 1881 of the New Civil Code will have to be taken into account, according to which “through the company agreement two or more persons undertake it in front of each other to cooperate in carrying out a task and to contribute to it by contribution in money, goods, specific knowledge or benefits, in order to share the benefits or to make use of the economy that may result.”

Of the two legal texts, it would result that the *joint venture* is an agreement by which two or more persons undertake to contribute with money, goods, specific knowledge or benefits following that each of the parties to participate in the benefits and losses of the proposed operation/operations.

The generically identifiable forms of association are:

a. in relation to the type of property that forms the patrimony of the associates, we can distinguish: the private joint venture, the public joint venture and the public-private mixed joint venture

b. in relation to the legal regime applicable to the associates, we can find the professional association between companies, the mixed joint venture between companies and individuals, and the association between individuals.

We appreciate that, from the regulatory manner, other legal characters of the joint venture result:

Joint venture as defined in art. 1949 of the NCC is a consensual agreement, the written form being required only *ad probationem* and by onerous title.

Joint venture is a synallagmatic contract that gives rise to obligations for both parties. The parties are the administrating associate (called by doctrine the outspoken associate) – the person carrying out the commercial activity and who adds a share to the benefits of its business, and the *participating associate* (called by doctrine the occult associate) may be any natural or legal person, trader or non-trader.

The obligations of the parties are:

- the administrating (outspoken) associate
- the obligation of achieving one or more trade activities or a whole trade
- the obligation to put in money, goods, its trade fund, etc., according to the agreement of the parties
- the obligation to pay the participating associate a share of the benefits obtained.

- the obligation to refund the contribution brought by the participating associate, upon the termination of the association, if it has been provided for in the agreement.

• the participating (occult) associate

- the obligation to bring the social stake, a contribution to the establishment of the association.

- the obligation to respond, in terms of the agreement, for the losses.

Joint venture is an onerous agreement:

In the activity of professionals, the agreements are presumed as onerous because the idea of profit animates the contracting parties.

In principle, the agreements that become non-onerous by the express will of the parties do not have this character. From the legal definition, it follows that this association consists in “granting a participation in profits and losses (...)”, but one can question the character of the agreement if this grant would be made for free. However, having regard to the fact that the participation is made also for losses and that art. 1953 paragraph 5 of the New Civil Code, specifically prohibits any clause which lays down a minimum guaranteed level of benefits, including, as we appreciate, which save from losses, it is not possible to conclude the joint venture agreement in non-onerous venture.

The contributions are mandatory as long as the goal is to undertake one or more of the operations, and art. 1954 of the New Civil Code gives an imperative character to few articles that outline the joint venture. Considering that art. 10 of the New Civil Code prohibits the analogy, the provisions expressly provided for companies shall no longer apply for the association. The association remains a legal entity subject to the greatest extent to the principle of consensualism.

Joint venture is a commutative agreement:

The existence and extent of the obligations is known at the conclusion of the agreement. The fact that, at the conclusion of the agreement, the parties do not know the amount of the benefit or the value of the loss, it does not turn the agreement into a random agreement.

The extent of the benefit or of the loss does not depend on the hazard, being determined as a percentage at the conclusion of the agreement, and failing that, it is deemed to be proportionate to the contribution, and shall be subject to the skill and knowledge of the administrating associate, the trust that it benefits from (art. 1881 paragraph 2 of the New Civil Code: each member contributes to the bearing of the losses proportionally to the

participation in the distribution of the benefit, if the agreement does not state otherwise.)

Joint venture is a bilateral or multilateral agreement

It can be concluded between two or more people, according to art. 1949 of the New Civil Code. The association assumes *in terminis* plurality of people, but the legal definition mentions a person who grants to one or more persons benefits to the profits and losses of one or more operations that they undertake.

The association can occur only between individuals and/or legal entities. The participation of associations and simple companies without legal personality is thus excluded.

Having regard that the purpose is represented by the achievement of benefits, the association vocation in terms of associations with legal personality but for non-patrimonial purposes is excluded.

Joint venture is an agreement with successive or immediate execution

The number of operations that are the subject of the agreement determines the character of the agreement, of being with successive or immediate execution. If the administrating associate assumed the obligation to perform a single commercial operation, the agreement is with immediate execution, and if it has assumed the obligation to perform several operations or a whole trade, it is with successive execution.

Joint venture is an agreement intuitu personae

The nature stems from the idea that a person entrusts his capital to a known person, in consideration of the skills and knowledge thereof, in consideration of the confidence in that person.

Joint venture is a lucrative agreement

All parties seek to obtain some benefits on account of the benefit at stake. Even if the participation in losses is mandatory for all, the leonine clauses being prohibited, every party is animated by the idea of obtaining benefits, an idea essential at the conclusion of the agreement.

Joint venture is an agreement with an occult character

Third parties participating in the commercial operations meet, at their conclusion, only the administrating associate who undertakes in its own name, but on behalf of the association (i.e. its own and its participant's interest). It is of no interest for the person of the participating associate, whose name remains unknown to the third party. Even if it

becomes known, its name remains unknown regardless, because the third party contracts only in consideration of the administrating associate. The parties may agree that the name of the administrating member shall remain secret for the third party. The notion of "occult" is different from the notion of "secret".

The occult nature which I referred to is a feature of the joint venture, but without this being the essence of the association, once the associates may bring this to the attention of third parties.

Joint venture does not acquire legal personality, precisely because it is not subject to any conditions of registration or advertisement. In other words, it does not exist but in the relations between partners and shall not be disclosed to third parties. The Court of Cassation of France considered that a joint venture revealed to third parties is becoming a company in fact, where the responsibility of each of the associates to third parties is unlimited².

As an exception to the rule of the lack of registration formalities, art. 28 paragraph 2 of the Tax code provides that any association without legal personality between foreign legal entities, which operate in Romania, must designate one of the parties to fulfill the obligations incumbent on each associate, according to Title II "Income tax". Among the obligations the designated person has, we can also name the registration of the association at the competent tax authority, before it can begin to operate (art. 28 paragraph 2 point a).

Although this exception concerns only the associations between foreign legal entities, and the provision is intended to regulate the taxation for the purposes of identifying them, we cannot conclude that the occult specificity of the associations has been lost, but merely that the fiscal rules, the current means of business conduct lead to the "uncovering" of the occult associate.

In the current context, we ask the question if the occult character of the joint venture disappeared. As we have seen, nor can we hold strongly to the occult nature of the joint venture. The economic reality proves that most of the associations are no longer occult.

A second argument that proves the loss of the occult character loss is subject to the observance of the tax liabilities on the income tax, the taxpayers having the obligation to declare them. Should we draw a conclusion directly from the legal obligation imposed before, we should recognize that any association is no longer secret.

In this situation we can see two hypotheses:

² Cass. Com, Oct. 21 1949, JCP, 1950, IIM 5339.

- the first would be the assumption that the association has not lost this feature, and revealing thereof to third parties depends on the conjecture; even if we were to accept this hypothesis, we can see the lack of effects, but we cannot see as major structural elements the lack of the legal personality and the lack of the obligations of registration and advertising, sufficient to characterize it.

- the second assumption is to accept both the possibility of associations which do not reveal to third parties and to accept the existence of visible companies aiming that the rules should be distinct, i.e. whether if the company is occult, each associate remains the owner of the goods, and the contracting with third parties is made in own name or personally, and if the company is visible, the goods are undivided and affected to creditors, and the associates respond jointly and for the obligations incurred within the limits of the object of the association³.

Joint venture is lacking by affectio societatis⁴ and has no legal personality

The members of the association are not imbued with the idea of a joint activity, since only the administrating associate works for the company⁵. Moreover, the lack of *affectio societatis* was considered an element of distinction between the joint venture and the company.

In the doctrine, discussion was held whether the joint venture is or is not a legal entity between the associates, the starting point being the provisions of *art. ... of the Civil code*, showing that "the association does not constitute in relation to the third parties a legal entity". From the wording of the text one might conclude that, once the legislator understood to refer to third parties, between the associates the respective joint venture acquires legal personality. The solution shared by the majority of scholars was for the purpose of finding an expression in part faulty, and the formulation from the Commercial code is not necessarily wrong once we understand the legal personality in relation to third parties, and once it does not exist to third parties, there is no reason to believe that it exists between the parties, even more that legal entity exists or not with respect to all⁶.

Whether in terms of the Romanian legislation, we find a continuity of the matter, not the same thing happened, for example, in the French law, where many changes have led to various interpretations in the legal

³ Jocelyne Vallansan, Éric Desmorieux, *op. cit.*, p. 10.

⁴ Contrary, Lucian Saulescu, Joint venture agreement.

⁵ Nicoleta Tandareanu, *Joint venture agreement*, Dreptul no. 5/1995, p. 12 and the following.

⁶ M.A. Dumintrescu, *op. cit.*, p. 164.

doctrine. Thus, the Law of June 24, 1921 provided that “joint ventures are undertakings” (art. 44, the old Commercial code), and later by the Law of July 24, 1966 the vocable company was replaced with association, and the new article 1871 of the Civil code paragraph 2 stipulates that the associates must comply with the imperative provisions of articles 1832, 1832-1, 1833, 1836 (paragraph 2), 1841, 1844 (paragraph 1), and 1844-1 (paragraph 2), fundamental texts relating to companies⁷.

However, art. 1888 of the New Civil Code creates an exploitable confusion in the meaning to produce legal effects by mentioning in paragraph b) *the company* [...] in *participation*, the express regulation from Section 3 of Ch. VII noting “Joint venture”.

As a result of this concerning regulation, joint venture or the company in participation, are apparently distinct corporate forms. Perhaps that, in the application of the NCC, most agreements will be joint ventures, but I do believe that agreements of companies in participation will appear. Section 1 of Ch. VII applies as a general rule to the joint venture.

We appreciate that the legislator’s intention was not to create in this way two forms of joint ventures, but through this integrated and unordered regulation, in defiance of the organization of the matter, to show that there is the possibility to apply the NCC arbitrarily.

The lack of legal personality of the joint venture produces important legal consequences, namely the absence of the patrimony and the impossibility of being part in a process⁸.

As the joint venture has no personality, by default it has no patrimony. The associates retain their patrimony, and they remain the owners of the goods brought as contribution. By exception, the parties may determine that the contribution consist in the very transfer of the ownership of that good to the other associate.

Another consequence of the lack of legal personality is that, in order to protect the very interests outlined in the performance of the association agreement, the promotion in the name or on behalf of the association of any process, and at the same time not to acquire the passive procedural capacity, is impossible.

We believe that in such situations, the administrating associate who has contracted with third parties has as active or passive procedural

⁷ Jocelyne Vallansan, Éric Desmorieux, *Société en participation et société créée de fait*, Joly, Paris, 1996, p. 6.

⁸ Lucian Sauleanu, *Societați comerciale. Studii*. Universul Juridic, Bucuresti, 2012, p. 43

capacity. It has active procedural capacity as long as, under the agreement, it has been appointed as administrating associate, so that the obligation to protect the common interests of the association is incumbent thereof, and at the same time passive procedural capacity, where the association is occult to the third parties. However, if at the time of the conclusion of the agreement with the third party, the associates participated along with their association, the third party can promote an action against both of them, following to respond jointly.

Joint venture is a non-translative property agreement – the contribution of the participating associate does not pass in the property of the administrating associate. Only in case of express stipulation in the agreement, the contribution becomes a common property or passes in the property of one of the associates.

This regulation will be able to generate a problem regarding the transfer of property of any kind including the transfer of benefits. The definition from art. 1949 of the New Civil Code expresses the legal possibility that, regardless of the mandatory contributions and from which no derogation may be made in regard to their existence (but not to the make-weight), an associate will be able to carry out the operations and the benefits will be distributed to both partners.

Thus a rule is introduced, relating to the binding activity of at least one associate, from which no derogation may be made in accordance with art. 1954 of the NCC, or the purpose of the association is supposed to be the conducting of operations by both partners in a common form of organization and devoid of legal personality. The consequence would be that the joint venture will become a legal vehicle that can be used to transfer the goods even to the passive associates.

The mandatory and conventional non-derogatory quality is set by art. 1954 of the New Civil Code. Therefore, the following remain available to the associates by virtue of the freedom to contract and of the principle of consensualism: the form of the agreement: genuine or under private signature, but always written; the conditions of the association: leadership, organization, representation, the situation of the goods subsequent to the association, common goods vs. own goods, recovery of the goods, distribution of benefits, liabilities, readjustment of the contributions by changing the participation shares, the reinvestment of profits and participation shares; causes for dissolution; causes for liquidation.

2. Form, legal personality: principles, rules and exceptions

The association does not have vocation to acquire legal personality, it does not have own heritage and may not contract in its own name. However, according to art. 41 paragraph 2 of the current Code of Civil Procedure, the association has procedural quality. **(principle provided by art. 1951 paragraph 1 of the NCC)**

The rights and obligations of third parties are born only in contact with the patrimony of the associated person with which it contracted – if the associate contracted **without declaring its quality** within the association. The limits and conditioning of the rule are given by the exception to art. 1953 paragraph 3 of the New Civil Code **(the third-party rule art. 1951 paragraph 2 of the New Civil Code)**.

An exception to this rule is laid down in art. 1953 paragraph 3 sentence 2 of the New Civil Code, showing: contracting with third parties *in consideration of the quality expressly declared by the associate* triggers the liability to third parties and to the non-contracting co-associate/co-associates. If the third party learns about the association, from other sources, the exception does not apply and nor is it illegal to contract for an association without declaring it.

In this way the occurrence of the obligation of the third party depends practically on an outside fact of another associated person, if it chooses to contract without declaring its quality. On the other hand, the awareness or the advertising of the fact of the existence of the association do not apply to such third party, but only the express statement of the contracting associate.

To concretize, the situation of the party is as follows:

(i) the associates' active solidarity rule will be opposable to the third party and to the declared associates and to the situation of non-declaration of the quality of associate;

(ii) in the case of declaring the quality of associate to the contracting by the contracting associate, it may be requested to the third party to perform the benefits to the non-contracting associates under the exception to the rule of the third party, but it will be equally protected by the passive solidarity rule of the associates.

The associates do not represent each other in contracting with third parties, even if they contract *on the account* of the association. On "the account of the association" means in the interest of the association, without, however, the associate finding itself in the situation of declaring

the quality associated to the third party, situation regulated independently by art. 1953 paragraphs 2 and 3. Also, *on the account of the association* suggests both that the purpose of the contracting with third parties is solely in connection with the operations of the associates, and/or that the goods affected under the contracting are among those brought by the associates in order to obtain benefits (cash, fixed assets, use rights, lands etc.). **(the rule of failure to present of the co-associate, art. 1953 paragraph 1 of the New Civil Code.)**

For the obligations incurred by the associate solely *in the interest of the association and with the quality of associate declared to the third party (cumulative conditions)*, the joint responsibility of all members is instituted. From here, the need for a proper contractual management of the leadership of the association, as well as of the representation of the association to third parties. **(Passive solidarity rule of the associates, art. 1953 paragraph 2 of the NCC).**

Each associate may exercise the rights of the other associate, but solely from the ones contracted in the *interest (on the account) of the association*. There is a distinction between rights and obligations, so that the third party remains bonded in this situation/performs the provision only to the contractor (the third-party rule), even if the request for execution can come from any associate and the contracting associate is the only associate with obligation to the third party. **(active solidarity rule of the associate - art. 1953 paragraph 3 sentence 1 of the New Civil Code)**

Per a contrario, such limitation or non-liability clause can be stipulated between the co-associates to third parties, opposable and valid between co-associates but non-opposable to third parties who are thus protected by the misunderstandings between the associates. **(the principle of non-opposability of the clause of limitation of the liability to third parties, art. 1953 paragraph 4 of the New Civil Code)**

The third party is also protected by the third-party rule (the responsibility of the contracting member) and by the passive solidarity rule of the associates.

In fact, to the third party with which it was contracted without declaring the quality of associated, one cannot oppose anyway any clause of the association agreement, and to the third party with which it was contracted by the express declaration of the quality of associate, one cannot oppose anyway any other clause of the association agreement to which it is not a party, the contract not being subject to compulsory advertising.

However, the question remains: can opposable clauses be invoked to the third parties of the association and which do not relate to the limitation of the liability of the associates, as effect of the interpretation *per o contrario* of this paragraph, or art. 1954 paragraph 4 is just an unfortunate underlining of the applicability of the convention of association solely between the associates?

The principle of the prohibition of the leonine clause laid down by art. 1953 paragraph 5 of the New Civil Code allows the associates to establish between them a guaranteed minimum level of the benefits for all associates or to establish unequal values of the benefits and not necessarily commensurate with the monetary, market or accepted value of the shares, especially in the conditions under which the unequal or rather just conventional contribution is allowed.

3. The contribution of the associates

In the interpretation of the definition of the agreement, it appears that the essence of the joint venture is bringing some contribution for the establishment of a fund intended for the development of the proposed commercial operations, i.e. the establishment of a social stake.

In practice, the contribution of the associates is different in relation to the quality thereof.

Thus, the administrating associate can bring as contribution material values (money, goods, a fraction or its whole trade fund), which differs as the association is subject to committing one or more operations, or its entire trade, but also its industry, namely: skill, managerial knowledge, relations with other traders, or non-traders, the credit it benefits from.

The participating associate brings, as a rule, as contribution, material values: money or material goods (movable or immovable, tangible or intangible, individual or universalized goods).

The real positive aspects⁹ of the new rule are contained in the provisions of art. 1952 and 1953 of the New Civil Code, regulating the legal status of the contributions, raising to the rank of principle the separation of patrimonies between associates.

This rule is governed by the principle of freedom of will of the associates, stipulated as well by art. 1952 paragraph 2 of the New Civil

⁹ Lucian Săuleanu, *op.cit.*, p.44

Code, which indicates that the contributions in goods and/or benefits can become the common property of the associates.

Based on the same principle, the contributions that are privately owned or common property of the associates, if they are at the disposal of the association, they may become the property of one associate / several associates (*intuitu personae* condition), under the express resolatory condition, thus only in order to achieve the **object of the association**.

In the absence of contrary stipulation in the association agreement, it can be concluded that the goods alienated do not lose their quality of contribution, so that neither alienating associate should supplement its contribution to the association.

The advertising of the transfer of ownership is a condition imposed by the legislator *ad validitatem*.

In terms of financial contributions, it will be very difficult to keep a distinction between the association agreement and the loan agreement. In addition, the association could be used to this regard as a simulated loan vehicle.

Also, in the event of contribution of real estate for a very large amount of time, in which the operations of the association could be achieved as stipulated by the associates, the joint venture agreement could become a form of simulated donation.

4. The division of profits and losses

The participation in the benefits is provided in the contract, usually in the form of percentage. Note, however, that no legal provision requires the division of benefits on an equal basis or the participation in losses equally, whereas otherwise they would violate the freedom of will of the parties and would ignore the ruling character of the rules governing this form of agreement¹⁰.

In the absence of a clause in the contract, the provisions of art. 1511 of the civil code apply by way of supplementing - according to which, when under the agreement the share of profit or loss of each associate is not determined, then that party will be proportional to the amount brought as contribution. When a party has brought as contribution only its industry, the share of profit or loss will be regulated as the part of that who would have brought jointly the smallest value.

The leonine clause, which would stipulate that a party should participate only to the benefits or a party to pay only the losses is void -

¹⁰ ICCJ, Commercial section, decision no. 1851 of March 26, 2003

art. 1513 of the Civil code. As it had been judiciously found in practice, the so-called leonine clauses, which favor some associates at the expense of others, are prohibited, whereas this would violate another fundamental principle, concerning the equality in the treatment of a commercial business¹¹.

For the claim that represents the benefits of the association, the participating associate is an unsecured creditor compared to the administrating associate.

5. Duration and termination of the association

According to the principle of contractual freedom in question, stipulated expressly by the provisions of art. 1954 of the New Civil Code, the duration of the association is provided by the parties in the agreement.

In the absence of an express conventional provision, the duration of the joint venture will be established depending on the intended purpose:

- If the association was established for the sharing of the benefits of a single commercial operation, the association lasts throughout the duration of the execution of this (determined) operation
- If the association was established for the sharing of the benefits of several commercial operations, the association lasts throughout the duration of the execution of all these (determined) operations
- If the association was established for the sharing of the benefits of an entire trade – the association is open-ended

The provisions of art. 1930 paragraph 1, art. 1937 and art. 1938 of the New Civil Code establish the general cases of termination of the company, applicable also to the joint venture:

Subject to special legal provisions, the agreement shall terminate and the company shall be dissolved by:

- a) achieving the object of the company or the undoubting impossibility for the achievement thereof;
- b) the consent of all the partners;
- c) the ruling of the Court, for legitimate and valid reasons;
- d) the fulfillment of the duration of the company, unless the provisions of art. 1.931 apply (tacit extension of the agreement by the company);
- e) the nullity of the company;
- f) other cases stipulated in the company's agreement.

¹¹ *Ibidem*

- g) the destruction of the goods subscribed as contribution: When one of the associates has promised to put jointly the property of the use of a good that has perished or has been lost before the contribution has been made, the company shall cease to all associations, unless the company can continue without the associate that has perished or has been lost. The company shall also cease, in all cases, by the destruction of the property, if only its use was put in common, and the property has remained to the associate, unless the company can continue without the associate that has subscribed the property that has perished.
- h) the death or the entry under interdiction of one of the associated individuals;
- i) the termination of the quality of rightful object of one of the associated legal entities;
- j) the bankruptcy of an associate.

The last three situations may be removed by the will of the parties, art. 1938 of the New Civil Code, leaving the possibility that the contract may provide otherwise.

The analysis of the causes of the termination of the joint venture allows their classification in the following manner:

(i) legal causes:

1. the failure to perform at least one operation of the ones referred to in the agreement.
2. the lack or non-utilization of the contributions for the performance of operations.

(ii) contractual causes: the parties may determine any causes of termination with immediate effect, in accordance with the lack of derogation referred to in art. 1954; for example, the termination of the association for the use of common or affected shares of the association in order to produce benefits for the associate using them.

(iii) operational causes: the situation of termination of the association for a determined operation or operations, which, once completed, the association agreement ceases by fulfilling the goals of the association, in the absence of a contrary stipulation or in the absence of the parties' will to extend the association.

(iv) judicial cases: the request in the Court for the termination of the agreement and, possibly, the attracting of the contractual liability.

6. Probation of the agreement

According to the provisions of art. 195 of the New Civil Code, the agreement shall be proved only in writing, this condition being an *ad probationem* one, and not *ad validitatem*, the regulation being identical to that stated in art. 256 of the Commercial code.

This condition of the document under private signature was the subject of debate in the inter-war doctrine¹², the condition of the document under private signature set by art. 256 of the Commercial code being criticized. If from the practical point of view it is justified, once it is likely to prevent certain litigation, yet it cannot be justified in the light of art. 46 of the Commercial code, which allows the probation with witnesses without any limitation, thus creating the situation that a highly valuable sale and purchase be proven with witnesses, while a joint venture of a much lesser value cannot be proven but with a document under private signature. The solution was adopted by our legislator according to the Italian Commercial code, as opposed to the French legislator that understood to allow through art. 1871, the proving of the joint venture by any means of probation, including with witnesses.

In the absence of the proving document, the proving of the association is to be made after the subject of the dispute: whether the execution of the obligations is required, such as the claim by which an associate asks the obligation of the other to bring the contribution it was obliged to, the proving with witnesses is not permissible, however, if the subject of the dispute concerns the termination of the agreement, that is, the liquidation of the operations performed, the proving with witnesses is admissible. If a document was drafted, then proving it with witnesses is not admissible over or against the document, even though the dispute is about the termination of the agreement and the liquidation of the operations¹³.

Third parties may prove the existence of the association by any means of proof. In France, the Court of Cassation held that the appearance of the company should be valued overall, regardless of the appearance of each of the three constituents of any company¹⁴.

¹² M. A. Dumitrescu, Joint venture, in the Companies' and Commercial Law Magazine, no. 2/1924, p. 248.

¹³ M.A. Dumitrescu, *op. cit.*, p. 249.

¹⁴ Jocelyne Vallansan, Éric Desmorieux, *op. cit.*, p. 26

Conclusions

Analyzing the regulation manner of this agreement, we can note the absence of a major interest of the legislator with respect to this agreement, conclusion which emerges, on the one hand, of the reduced number of legal provisions (6 articles, compared to the old regulation, which encompassed 5) and, on the other hand, of the contents of these provisions that are similar in both encodings.

The failure to acquire legal personality through the conclusion of the simple or association company agreement remains essential from the perspective of the associates, but from the definition given by art. 1949 of the New Civil Code, we can see that the association is not intended exclusively for professionals, just as neither the simple company is intended to non-professionals (art. 1881 and 1888 of the New Civil Code).

We can see, therefore, an interference of the two agreements, since both the non-professionals and the professionals can conclude either of the two agreements. In this context, the question appears as natural, what were the reasons of the legislator in offering two legal instruments for the same purpose and which is the justification or the mark of one or the other agreement.

CONSUMER LAW FROM THE PERSPECTIVE OF COMMUNICATION LAW

Oana GĂLĂȚEANU *

Abstract

In this paper, starting with the importance which the consumer has in a market economy, there are tackled the rights recognized by law for the consumer.

At the same time, reporting also to the communication law, this paper analyze the rights which any consumer must have, identifiable or not (and which must be complied with), from this law point of view. The paper also analyzes those legal persons, public bodies and institutions that have the obligation to comply with the rights legally recognized to the consumers and the way they must fulfill these obligations.

This paper wants to show that in a market economy, the consumer must not be neglected, as he/she is the “king/queen”.

Keywords: *consumer, consumer informing, consumer protection, consumer rights*

The consumer ... practically, when we refer to a consumer, we should acknowledge that he/she can be found in any of us. The present-day society's accelerated orientation towards what (we all) name globalization, unfortunately involved the population in a mechanism based only on production and **consumption**. It is clear that our way of life incurred a great transformation as compared to that of our parents. Here, only during one generation, the consumption had known a spectacular increase and generally, there are yet envisaged large progress perspectives.

In a throwaway society, the buyer is the “king”/“queen”¹. Actually, his/her free option is limited by the state, by the producers and by other consumers.

By the state, as certain types of consumption are decided by it, consumers do not have the possibility of real option (we have in view the collective public services like the school, health care, aid for dwellings, etc).

By producers due to the fact that, as certain specialists² asserted, the needs are actually the result of production. This is because those who decide the

* Ph.D Lecturer, Faculty of Judicial, Social and Political Sciences, “Dunărea de Jos” University of Galați, Romania, Email: Oana.Galateanu@ugal.ro

¹ John K Braith, *L'ère de l'opulence*, Calmann-Lévy, Paris, 1989

² Michel Didier, *Economie: Les Règles Du Jeu*, ed. a doua, Ed. Economica, Paris, 1989

quality and type of products that are going to be sold and accordingly, they will be consumed as consequence, are not at all the consumers, but the traders, engineers, bankers.

The other peers limit us - consumers through the reality that the purchases which we make are actually influenced and conditioned by that social category to which we wish to belong to. Due to this reason, it is assessed that consumption is one of the codes that places you in the social hierarchy.

In what concerns the definition of the notion of *consumer*, Law no. 296/2004 regarding Consumption Code, updated, provides that a consumer is any physical person or physical persons group constituted in associations, acting for purposes outside its commercial, industrial or production, handicraft or liberal activities.

According to European Law Standards (according to Directive no. 85/577), the consumer is a physical person who in the transactions covered by this directive acts for purposes that might be viewed as not being part of his/her commercial or professional activity.

Within market economy, the consumer has an extremely important role on free market. This is the reason for which the consumers enjoys certain rights legally recognized both on internal and on European level, as well as the rights: to be protected against the risk to purchase a product or to be provided a service that might prejudice their life, health or security or to prejudice their legitimate rights and interests; to be completely, correctly and definitely informed on products and services characteristics so that the decision they take in connection to them may correspond to their needs and be educated as consumers; to have access to markets that grant a large range of qualitative products and services; to be really and adequately compensated for those damages incurred following to inadequate quality of products and services; to organize in consumers associations for the purpose of defending their rights and interests; to refuse to conclude those contracts that comprise abusive clauses; to be prohibited by a business operator to obtain a benefit expressly provided by law.

As stated above, one of the rights consumers have is the one to be completely, correctly and definitely informed regarding the characteristics of the products and services. No matter they are identifiable or not, there must be disclosed to consumers all information useful for an adequate usage, according to the initial destination of products and services.

Consumer protection law or Consumption Code, as it is named, has as regulating object those legal reports that appear between business operators and consumers, regarding products and services purchase (including financial services) and ensures that frame necessary both for the access to products and services and for their correct and complete information regarding their important characteristics for the protection and guaranteeing of rights and legitimate interests of consumers against some abusive practices and creating those conditions necessary for their participation in taking decisions that interest them as consumers.

In terms of communication law, important objectives that are to be followed by consumers protection authorities are: consumers access to correct, complete and secure information on the basic characteristics of products and services so that the decision taken in connection to them should best correspond to their needs; promotion of international collaboration in what concerns consumers protection and participation to quick exchange information.

By law, one of the important obligations of the state is to achieve and stimulate the usage of some programs for the purpose to ensure to the consumers adequate information and education in order to allow to act based on knowing their rights and responsibilities and on a good knowledge on goods and services (according to art. 38 from Law no. 298/2004 with further changes).

For the purpose of protecting the consumers and public interest in general, the State has, among its preoccupations, the one to adopt a series of measures against the negative effects of comparative publicity, establishing the conditions in which it is allowed.

Comparative publicity is a form of delusive publicity that, actually, can be manifested through activities such as: comparing the goods or services having different destinations or purposes; not comparing objectively one or more important characteristics of some goods and services; creating confusion between the goods or products of a business agent and the ones of other competitor, in what concerns the trade marks, names and other distinctive signs; denigration of goods or services of other competitive business agents; injuriously profiting from the reputation of a trade mark, trade name or other signs of a competitor, or of the geographic indication of a competitor's product, etc.

The Law regarding the Consumption code assesses that educating the consumers is part of the education program and a component of the objects of study and that forming the practical competencies can be concretized by the collaboration between the education institutions and business operators from the domain.

Consumers informing and educating programs proposed by law can include the following important aspects of their protection: the legislation regarding consumers protection; consumers organizations and agencies; information regarding health, healthy food, ways of preventing disease and purchasing forged food products; economic interests of consumers at purchasing services, including the financial ones; products risks and commercial practices of producers, service providers or distributors and incorrect trade activities prevention ways; labeling products - mentioning those information useful and necessary for the consumers; information on difficulties and ways to solve them, prices, credit conditions, quality; environment protection.

Educating the consumers is not performed only through education programs; there can be introduced also programs that have the same purpose of educating and informing the consumers through consumers' nongovernmental organizations. At the same time, business agents will be able to collaborate with third parties and they can contribute to creating some efficient consumers informing and educating programs. Not in the least, given the necessity of

correctly, completely and clearly informing the consumers, there can be initiated programs regarding their informing also through media.

A part from producers' obligations involves forms of public communication towards physical persons that can be the users of different products. Provisions to this extent are comprised in the Law on Consumption Code and out of these provisions we will highlight few of them.

Consumers' informing regarding products and services offered is compulsorily performed through their identification and characterization elements, recorded on view legibly, visibly and easy to understand, as case may be, on product, label, sale package, in the technical book, usage instructions or other similar, etc.

The labeling has the purpose of bringing to the consumers the necessary, sufficient, verifiable and easily comparable information, so that to allow them to choose the product that corresponds to their exigencies from the point of view of their financial possibilities and needs and to know the possible risks at which they might be exposed to.

According to law, the information on the products' labels must be recorded in Romanian language, no matter the producing country, without being excluded their presentation in other languages; also, they must be legible, visible and recorded in such a way that would not allow their deletion.

For food products, the producer has the obligation to inform the consumers on product's name, brand and/or product's name, quantity, and, as case may be, the term of validity or the date of minimum validity, ingredients' list, eventual predictable risks, way of usage, handling, storage or keeping, etc (to this extent, see provisions of art. 46, 48, 49, 51 and 52).

This information that deals with the protection of consumers' life, health and security must be communicated to them as possible, through graphic international symbols, easy to understand, according to law.

The obligation to inform the consumer on the essential aspects regarding the product purchased belong to each operator/business agent that trades it, and the operator/business agent, according to law, cannot evade it by invoking the commercial or professional secret, except for the cases provided by law.

The National Institute of Consumption (NIC), in coordination of the National Authority for Consumers Protection, is organized as a public institution of national interest, with legal personality, under the form of information, research and studies center in consumption domain, having incomes granted from budgetary and extra budgetary sources.

The purpose of its creation was the existence of a neutral information instrument put at the disposal of business operators and consumers. Its functioning and organization is performed through Government Decision.

NIC activities are performed with the support of the representatives of central public administration, the civil society, experts, entrepreneurs' organizations, and consumers' non governmental organization.

The NIC comes effectively to the aid of consumers non governmental organizations in the activity of consumers' informing and education (according to art. 86, para 5 from Law no. 296/2004).

NIC is the authority with consumers' protection responsibilities in all cases when there is incompliance with the normative acts in the area to which we refer to, being empowered to apply main, complimentary civil sanctions, to dispose complementary measures and to apprise criminal prosecution bodies when the facts observed can represent crimes.

Consumers' non governmental organizations can be consulted by the public administration authorities with responsibilities within consumers' protection area for issuing the procedures and dispositions with general character and for other works for consumers' protection, as it is provided in art.31 para.1 letter a-c of Law no. 296/2004.

Among the rights and obligations recognized in art. 32 and 33 from Law no. 296/2004, these organizations have the following rights and obligations: 1) to be consulted at issuing the projects of normative acts, standards or specifications that define the technical and qualitative characteristics of the products and services for consumers; 2) to request to the competent authorities to take the necessary measures for stopping the production or to retreat from the market the products/services that do not ensure the qualitative level provided by law, or that put at risk the life, health or security of consumers; 3) the right to propose to the business operators achieving products and services in special conditions for satisfying the needs of the consumers with handicap or of senior consumers; 4) the possibility to ask and obtain information on the price and qualitative characteristics of products or services, meant to aid the consumers in taking decision on their purchase; 5) to inform through media the public opinion on the non conformity of the products and services existing on the market, as well as on their eventual proven harmful consequences for the consumers; 6) to introduce actions at Court in order to protect the legitimate rights and interests of the consumers.

The existence of all these legal dispositions to which we referred to and we have in view the Law regarding fighting against incorrect practices of traders in relations with consumers and harmonization of the regulations with the European legislation regarding consumers' protection (no. 363/2007, with further changes), Law on Consumption Code (no. 296/2004, with further changes), Publicity law (no. 148 / 2000, with further changes), as well as other special laws that exist but to which we did not make reference to (for example, Law on Disloyal Competition no. 11/1991 with further changes; Law on Competition no. 21/1996 with further changes) that comprise also dispositions regarding consumers, we believe that they highlight the fact that, at present, our country is preoccupied with recognizing and complying with consumers' rights and with creating an adequate frame for achieving a commercial activity in which their interests are taken into consideration and complied with.

This is, we believe, the only way in which the internal economy of a state exists and becomes blooming, consumers representing an important element on the free market and in the reports of commercial competition.

Bibliography

- John K Braith, *L'ère de l'opulence*, Calmann-Lévy, Paris, 1989.
Michel Didier, *Economie: Les Règles Du Jeu*, ed. a doua, Ed. Economica, Paris, 1989.
Maria Năstase Georgescu, *Dreptul comunicării*, Ed. Universitară, București 2009.

THE RIGHT TO DECENT HOUSING VERSUS THE RIGHT TO PROPERTY BASED ON THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS

Gina IGNAT *

Abstract

In the spirit of its founders, the European Convention was supposed to be an instrument whose “juridicity” should be indisputable and whose dispositions could authorize a stringent control of the objective law (substantial and procedural) both from the national and international judges in order to avoid arbitrary on the part of public authorities. This preoccupation justifies the insertion of civil and political rights founded on the idea of freedom in the 1950 Convention.

Unlike these rights belonging to “the first generation”, true subjective rights that can be pleaded in court, the economical, social and cultural rights do not represent but mere lines of conduct drawn by public authorities.

As an official interpreter of the Convention, the Court in Strasbourg has proved to be sensitive regarding the problem of social rights, especially the right to decent housing, a right whose application is often in conflict with the prerogatives of the right to property.

In this approach we intend, by comparative analysis of some relevant decisions of the European Court of Human Rights, to emphasize the common “standard” imposed by the Court concerning the balance between the two rights so that one could appreciate if the transposition of the court position in the internal law is according to the article no. 46 of the Convention.

Keywords: *the right to decent housing, social rights, the right to property, the European Court of Human Rights*

JEL Classification: K33

1. Considerații introductive

Tradițional, dreptul internațional public este un drept al relațiilor dintre state, el neinteresând direct subiectele din ordinea juridică internă.

* Ph.D Student, Assistant, Faculty of Judicial, Social and Political Sciences, “Dunărea de Jos” University of Galați, Romania, Email: gina.ignat@just.ro

De aceea, normele internaționale nu au aplicabilitate directă în dreptul intern.

Situația de principiu este diferită în cazul protecției internaționale a drepturilor omului. Întrucât normele juridice internaționale în materia drepturilor omului au ca beneficiari indivizii, în general acestea sunt direct aplicabile în dreptul intern. Aplicabilitatea directă în dreptul intern (caracterul *self executing*) este o trăsătură caracteristică a protecției internaționale a drepturilor omului (Popescu, 2000).

Între tratatele internaționale de protecție a drepturilor omului, Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale (Convenția europeană a drepturilor omului) se detașează ca importanță. Deși este vorba de un sistem regional de protecție a drepturilor omului, eficiența sa este superioară sistemului universal datorită faptului că asigură consacrarea la nivel superior a drepturilor omului și instituie, totodată, o structură internațională (un organ jurisdicțional) de protecție sporită a drepturilor consacrate (Corlățean, 2010).

Așa fiind, un asemenea tratat internațional cu vocație regională se prezintă ca un model de reglementare a drepturilor omului atât în raport de celelalte instrumente internaționale specifice, cât și în raport de sistemele de drept naționale.

Avem în vedere un tratat internațional cu dublu conținut: pe de o parte, el dărează un catalog de drepturi și libertăți fundamentale esențialmente civile și politice; pe de altă parte, oferă un mecanism jurisdicțional propriu, destinat asigurării respectului angajamentelor asumate de către statele care au ratificat Convenția (Costa, 2004).

Curtea Europeană a Drepturilor Omului (C.E.D.O.), abilitată să interpreteze și să aplice textul Convenției europene a drepturilor omului (denumită în continuare Convenția) a dezvoltat o jurisprudență prolifică care se impune cu aceeași forță ca tratatul internațional interpretat, aducând în atenție o manieră modernă, progresistă de abordare a raporturilor juridice privind protecția drepturilor fundamentale, chintesența acestei interpretări fiind dinamismul. Curtea nu a ezitat să acorde textului convențional semnificația juridică reclamată de evoluția societății, de progresele tehnice și științifice. În raport de acest deziderat reiterat de Curte în cvasitotalitatea hotărârilor sale majore, interpretarea extensivă prevalează celei literale ori restrictive. S-a ajuns astfel la o veritabilă inovație, la generarea pe cale pretoriană a unor drepturi fundamentale, neconsacrate *in terminis* de Convenție.

Dreptul civil este cel mai ilustrativ exemplu în acest sens. Față de scopul instituirii cooperării internaționale în cadrul Consiliului Europei,

preocuparea pentru reglementarea unor drepturi civile părea să excedă tendinței de limitare a opresiunii etatice, de prevenire a reeditării evenimentelor tragice ale celui de-al doilea război mondial (A. Debet, 2002).

Așa fiind, drepturile proclamate de Convenție păreau să releve esențialmente dreptul penal, dreptul procesual ori dreptul public și, chiar prin consacrară în profitul oricărei persoane a dreptului la respectarea vieții private și familiale, art. 8 din Convenție nu reprezenta, în spiritul redactorilor săi decât un mijloc de a evita ingerințele arbitrare ale puterilor publice.

Treptat, însă, efortul interpretativ creator al instanței de la Strasbourg a adus în centrul preocupărilor valori sociale cardinale la fel de semnificative ca și cele protejate de normele de drept public. Proprietatea, mediul înconjurător, dreptul la moștenire etc. au ajuns să capteze atenția Curții și să revoluționeze materia protecției drepturilor fundamentale prin instituirea unor garanții suplimentare și a unor reguli de interpretare a textului Convenției și a Protocoalelor sale normative în scopul declarat al protejării efective și concrete a drepturilor omului.

2. Avatarurile protecției convenționale a proprietății

Conștientizând relevanța dreptului civil în ansamblul protecției cuvenite individului, Curtea s-a profilat pe o cercetare minuțioasă a temeiului și implicațiilor drepturilor civile în ansamblul drepturilor inerente ființei umane. Stăruind pentru început asupra semnificației instituției proprietății, judecătorul european a extrapolat sensul termenului de "bun" fixat de legislațiile interne și i-a adăugat valențe suplimentare, ajungând la protejarea "speranței legitime" în dobândirea bunurilor, dar și a "interesului", preocupându-se în permanență de jalonarea și limitarea intervenției statului asupra prerogativelor proprietății.

Începând cu cauza *Sporrong și Lönnroth c. Suedia*¹, Curtea a evidențiat cele trei norme esențiale stabilite de textul art. 1 din Primul protocol: principiul general al protejării proprietății, posibilitatea privării de proprietate în anumite condiții și dreptul statului de a reglementa folosința bunurilor conform interesului general (Bîrsan și Renucci, 2005).

Ulterior, jurisprudența organelor Convenției privitoare la aplicarea dispozițiilor art. 1 din Primul protocol adițional s-a îmbogățit progresiv pe diverse planuri, prin dezvoltarea conținutului noțiunii de "proprietate" și

¹ hot. din 23 septembrie 1982, §61.

de "bun" în sensul Convenției, și prin precizarea naturii juridice a obligațiilor pe care acest text le impune statelor contractante.

În timp, Curtea s-a dovedit atentă și cu anumite drepturi aparent mai puțin importante decât dreptul de proprietate, interesându-se de acele valori sociale derivate mai degrabă din grija acordată demnității umane.

S-a conturat astfel un adevărat curent, acela al aducerii în atenție a așa-numitor drepturi de generația a treia, având drept numitor comun interesul colectiv, nevoia socială.

Fiind pusă în situația de a pune în balanță un drept fundamental consacrat în textul convențional cu un interes de ordin social, Curtea a surprins cu o interpretare ce se abate de la canoanele bine cunoscute.

Procedând la analiza unor hotărâri pe care le apreciem relevante în acest sens, vom încerca în demersul de față să decelăm rațiunile unei astfel de abordări a Curții ce schimbă cu 360 de grade perspectiva jurisprudenței care a debutat cu Hotărârea James și alții contra Regatului Unit .

3. Fundamentul juridic al dreptului la locuință

Dreptul la locuință, asemenea celui la muncă și la hrană, asigură, fără doar și poate, subzistența oricărui individ, cât și a familiei sale. El constituie, deci, unul din bunurile esențiale din patrimonial familial. În timp, relevanța acestui drept a crescut considerabil, remarcându-se preocuparea asiduă a autorităților statale pentru asigurarea unui minim de garanții pentru ameliorarea problemei locative. Salutând o asemenea tendință, Curtea a conștientizat importanța valorificării și protejării acestei necesități vitale a omului.

Dacă dreptul la locuință este recunoscut prin art. 11-1 al Pactului internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale, fiind inserat și în Declarația Universală a Drepturilor Omului din 10 decembrie 1948² ca unul din elementele dreptului la un nivel de trai suficient ca și cel la hrană, la îmbrăcăminte, la îngrijiri medicale ori la serviciile sociale necesare, nici Convenția și nici Protocoalele adiționale nu fac referire la un astfel de drept, așa încât se ridică în mod firesc întrebarea: care ar putea fi fundamentul și natura juridică a acestui drept, față de împrejurarea că acest drept se afirmă mai ales în conflict cu dreptul de proprietate sau în dependență de puterile publice?

S-a spus că natura dreptului de proprietate consistă în aceea că dreptul pe care un proprietar îl are asupra anumitor lucruri, drept

² Potrivit primului paragraf din art. 25, orice persoană are dreptul la un nivel de trai suficient pentru a-i asigura sănătatea (...), hrana, îmbrăcăminte, locuința...

recunoscut de societate, exclude pe toți ceilalți de la a folosi ori de a ocupa acest lucru (H. Kelsen, 1999).

Este vorba, deci, de un drept realmente sacralizat începând cu Declarația drepturilor omului și cetățeanului din 1789.

Dacă în privința dreptului de proprietate, sediul materiei îl aflăm în art.1 din Primul protocol, pentru protecția dreptului la locuință, judecătorul european și-a precizat poziția față de îndreptățirea la o locuință decentă prin trimitere la al doilea alineat din acel articol, adică pe dispoziția vizând abilitarea statului de a reglementa folosința bunurilor.

Adevăratele probleme s-au ivit atunci când protecția proprietății a fost invocată în concurență cu cea a dreptului la locuință, jurisprudența Curții fiind, în acest sens, surprinzătoare.

În celebra sa Hotărâre James și alții c. R.U. (Hotărârea din 21 februarie 1986) Curtea afirma că eliminarea in justiției sociale figurează printre obligațiile unui legiuitor democratic și că dreptul la locuință este o nevoie primordială. Recunoscând pentru stat o marjă considerabilă de apreciere, Curtea era departe de a autoriza intervenția legiuitorului în relațiile contractuale dintre particulari prin conferirea unui avantaj direct statului ori colectivității în ansamblul său (§47). În Cauza Mellacher și alții contra Austriei (Hotărârea din 19 decembrie 1989), însă, instanța de la Strasbourg ajunge la o concluzie contrară, aceea că reducerea chiriilor prin intervenția legiuitorului asupra contractelor de închiriere aflate în derulare nu este *ipso facto* contrară Convenției.

Declarând ca admisibilă, la 15 iulie 1980, o plângere alegând poluarea sonoră, vechea Comisie europeană a drepturilor omului nota că Convenția nu protejează un drept la o locuință convenabilă.

Curtea europeană a considerat în cauza Scallo c. Italia (Hotărârea din 28 septembrie 1995) că măsurile legislative de suspendare a evacuării locatarilor relevă în special grija de asigurare a unor condiții de locuit adecvate ori de obținere a unor locuințe sociale, asemenea măsuri urmărind deci un scop în acord cu interesul general.

Doctrina s-a întrebat dacă art. 8 al Convenției care garantează în special dreptul la respectul domiciliului și interzice Statelor orice ingerință nejustificată, impune în sarcina acestora, asemenea celorlalte drepturi garantate prin această dispoziție, obligații pozitive legate de asigurarea folosinței efective a locuinței, nu ar putea servi drept bază a unui asemenea drept subiectiv (Montserrat, 1992).

Într-o hotărâre din 4 mai 1999 în cauza Marzari c. Italia, Curtea a respins această idee și a apreciat că în cazul unei persoane cu handicap nu se poate deduce din art. 8 o obligație pozitivă pentru autorități de a-i pune la dispoziție un apartament specific.

Articolul 1 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene proclamă că demnitatea umană este inviolabilă și că ea trebuie respectată și protejată. În numele acestui drept la demnitate - ca și al justiției sociale - este permis a spera că puterile publice vor avea drept grijă prioritară să vegheze ca fiecare să-și poată satisface această nevoie vitală elementară, dar fără a aduce astfel atingere altui drept fundamental.

4. Implicațiile reglementării folosinței bunurilor

Reglementarea folosinței bunurilor este orice măsură legală a statului prin care unei persoane nu i se permite să își utilizeze bunurile în maniera în care dorește, suferind astfel unele limitări, fără ca acestea să poată fi, prin natură și prin efecte, atât de importante încât să poată fi calificate ca o privare de proprietate (R. Chiriță, 2008).

Spre exemplu, ține de reglementarea folosinței lucrurilor obligația de a plăti impozite³; sechestrarea unui bun⁴; organizarea profesiilor liberale⁵; interdicția de a importa monede de aur⁶; stabilirea unor prețuri maximale pentru chirii ori măsuri legislative de reducere a chiriilor⁷; interdicția de a pescui pe luciul de apă propriu⁸ etc.

Reglementarea folosinței lucrurilor implică, prin natura sa, o reglementare legală a ingerinței statului în dreptul de proprietate al persoanei. Pentru a fi conformă însă cu prevederile art. 1 din Protocolul nr. 1 este necesar ca această reglementare să fie accesibilă și previzibilă. Mai mult, nu orice reglementare a folosinței lucrurilor poate fi considerată ca fiind justificată față de dispozițiile Convenției, ci doar aceea care are la bază un interes public și care este proporțională cu acest interes (R. Chiriță, 2008).

Interesul public care poate justifica o astfel de măsură se estimează de către Curte plecând de la ideea unei marje de apreciere a statului destul de importantă. În această materie, Curtea a statuat că, atunci când un stat adoptă o politică în materie locativă, legiuitorul național dispune de o mare marjă de apreciere în a se pronunța atât cu privire la definirea interesului public, precum și la alegerea modalităților concrete de realizare a acestuia. Instanța europeană a înțeles să respecte modul cum un stat

³CEDO, Cauza Darby c. Suedia, hot. din 23 octombrie 1990.

⁴CEDO, Cauza Air Canada c. Marea Britanie, hot. din 5 mai 1995.

⁵CEDO, Cauza Van Marle c. Olanda, hot. din 26 iunie 1986.

⁶CEDO, Cauza Agosi c. Marea Britanie, hot. din 24 octombrie 1986.

⁷CEDO, Cauza Spadea și Scalabrino c. Italia, hot. din 28 septembrie 1995; Cauza Mellacher și alții c. Austria, hot. din 19 decembrie 1989.

⁸CEDO, Cauza Alatulkkila și alții c. Finlanda, hot. din 28 iulie 2005.

concepe imperativele interesului general, afară dacă aprecierea lui apare ca fiind, în mod manifest, lipsită de o bază rezonabilă (C. Bîrsan, 2010).

5. Marja de apreciere recunoscută statelor și riscurile acesteia în planul securității juridice. Repere din jurisprudența CEDO

În cauza *Hutten-Czapska c. Polonia*⁹ reclamanta a susținut că situația creată prin adoptarea de către statul polonez a unor legi ce impuneau închirierea imobilului ei și o chirie „insuficientă” a constituit o încălcare continuă a dreptului ei de proprietate asupra acelui bun deoarece ea „nu numai că nu a putut să obțină vreun venit din exploatarea bunului, dar, datorită restricțiilor legale privitoare la încetarea contractului de închiriere a apartamentelor supuse legilor de control al chiriilor, ea nu a mai putut redobânda posesia și folosința bunului. Curtea a arătat însă, că, dacă este adevărat că reclamanta nu a putut exercita dreptul de folosință și posesia(stăpânirea) bunului datorită faptului că imobilul era ocupat de chiriași și că dreptul de a închiria apartamentele din acel imobil, în special dreptul de a încasa chirii și de a cere încetarea contractelor de închiriere a format obiectul unor reglementări legale restrictive, nu mai puțin, ea nu a pierdut niciodată dreptul de a înstrăina bunul; autoritățile naționale nu au luat nicio măsură privitoare la un eventual transfer al dreptului de proprietate asupra bunului în discuție. De aceea, instanța europeană a considerat că aceste restricții au a fi examinate prin prisma nivelului ingerinței statului în exercițiul dreptului de proprietate al reclamantei; ea a constatat că toate măsurile legislative contestate de reclamantă au avut ca scop numai asigurarea închirierii fără termen a apartamentelor, și nu negarea dreptului ei de proprietate asupra imobilului în care acestea se găseau; ca atare, Curtea a considerat că situația denunțată de reclamantă trebuie să fie privită „nu ca o exproprierie formală sau de fapt, ci ca un mijloc utilizat în domeniul reglementării folosirii bunurilor persoanei interesate” (Bîrsan, 2010)¹⁰.

De asemenea, Curtea a decis că aplicarea unor dispoziții din codul rural francez care l-au privat pe reclamant, proprietar al unor terenuri închiriate, de a redobânda stăpânirea acestora la expirarea contractului de închiriere, deoarece prevederile în discuție permit transmiterea beneficiului contractului, sub controlul instanței, către succesorul titularului inițial trebuie să fie analizată ca o reglementare a folosinței

⁹ CEDO, Hot. din 19 iunie 2006.

¹⁰ În același sens, Cauza *Fleri Solev și Camifleri c. Malta*, hot. din 26 septembrie 2006, §59; Cauza *Arsenovici c. România*, hot. din 7 februarie 2008, §39.

bunurilor, în sensul celui de al doilea alineat al art. 1 din Protocolul nr. 1 la Convenție¹¹.

Proportionalitatea în materia reglementării folosinței bunurilor se verifică de către Curte plecând de la ideea după care, în această materie, dat fiind că atingerea adusă dreptului de proprietate este mai redusă, statele beneficiază de o marjă de apreciere extrem de largă. În fapt, de puține ori Curtea a constatat o lipsă de proporționalitate a unei măsuri de reglementare a folosinței lucrurilor, invocând de fiecare dată marja de apreciere care este lăsată statului. Ideea de la care pleacă instanța europeană în această materie este aceea că, în principiu, cât timp reglementarea folosinței lucrurilor presupune o activitate de legiferare, ea nu se poate substitui unei astfel de autorități decât în situații excepționale.

Pe lângă atingerile dreptului de proprietate care pot fi calificate ca fiind privări de proprietate sau reglementarea folosinței lucrurilor, există și alte ingerințe care nu se pot încadra în niciuna din cele două categorii. Ele acoperă acele situații în care există o măsură a statului care afectează esența dreptului de proprietate, fără ca persoana afectată să își piardă formal dreptul său.

Granița dintre cele trei categorii de posibile atingeri ale dreptului de proprietate este incertă în jurisprudența Curții. Teoretic, distincția care se face este extrem de simplă: privarea de proprietate este pierderea juridică a bunului, reglementarea folosinței lucrurilor implică o simplă reglementare a modului de utilizare a unui bun, care nu conduce la pierderea niciunui element esențial al proprietății, iar atingerea adusă substanței proprietății se află între ipotezele mai sus arătate, implicând mai mult decât o simplă reglementare a modului în care se folosește un bun, prin adoptarea unei măsuri ce vizează însăși substanța exercitării dreptului de proprietate, fără ca persoana să își piardă formal bunul. Practic, însă, limita între aceste categorii devine extrem de incertă (F. Sudre, 2006).

Cu alte cuvinte, ipoteza atingerii dreptului de proprietate ce nu poate fi încadrată în niciuna dintre celelalte categorii vizează situația în care dreptul de proprietate al unei persoane, deși intact din punct de vedere juridic, a devenit precar din cauza limitărilor care l-au afectat și a fost, într-un fel, golit de conținut din cauza incertitudinii permanente ce planează asupra situației juridice a bunului.

Adeseori în jurisprudența sa privitoare la aplicarea dispozițiilor cuprinse în art. 1 al Protocolului nr. 1 instanța de la Strasbourg a fost confruntată cu soluționarea unor situații în care măsurile adoptate de

¹¹ CEDO, *Cauya Gauchin c. Franța*, hot. din 19 iunie 2008, §58.

autoritățile statale cu privire la dreptul de proprietate nu constituiau „nici expropriere formală și nicio expropriere de fapt: nu are loc un transfer de proprietate a reclamanților, care nu au fost privați nici de dreptul de folosință a bunurilor, pentru că pot să le închirieze, după cum pot să le și înstrăineze”¹², dar își văd afectată însăși „substanța” dreptului de proprietate; în fapt, ei sunt privați de această substanță a dreptului lor.

În cauza Mellacher și alții c. Austria, Curtea a fost sesizată cu o ingerință în dreptul contractual al unui proprietar la chirie. Reclamanții erau coproprietari ai unui imobil situat în Graz (Austria) din care închiriaseră mai multe apartamente. Un sistem de control al chiriilor era în vigoare în Austria încă de după primul război mondial, dar nu se aplica imobilelor construite după 1917 și nici anumitor apartamente. În 1981, o nouă lege asupra chiriilor a fost promulgată după o dezbatere furtunoasă, pentru realizarea unei reforme de ansamblu. Această lege avea drept efect reducerea considerabilă a chiriilor pe care reclamanții erau abilitați să le perceapă în virtutea contractelor de închiriere existente. Cei interesați reproșau autorităților faptul de a fi împietat asupra libertății lor contractuale și de a-i fi privat de o parte substanțială a veniturilor lor locative viitoare. Chiriile fuseseră fixate prin contract în virtutea legislației anterioare (Carss- Frisk, 2003).

Fără îndoială, reducerile practicate potrivit legii din 1981 constituiau o ingerință în exercitarea drepturilor convenite reclamanților în calitatea lor de proprietari ai bunurilor închiriate. În opinia reclamanților, reducerile erau atât de drastice, încât puteau fi asimilate cu o expropriere de fapt. Ei fuseseră privați în fapt de dreptul lor contractual de a dispune de chiria convenită. Curtea a relevat, însă, că măsurile incriminate nu pot fi privite nici ca o expropriere formală, nici ca o expropriere de fapt, căci nu a avut loc transferul proprietății de la reclamanți și nu au fost deposedați de dreptul de a folosi bunurile lor, de a le închiria sau vinde. Măsurile în discuție prin care aceștia au fost privați de o parte din veniturile lor imobiliare sunt doar efectul unei reglementări a folosinței bunurilor.

În acest context, Curtea recunoștea că în societățile moderne, „locuința ocupă un loc central în politicile sociale și economice”, dar că „în punerea în practică a unor asemenea politici, legiuitorul trebuie să beneficieze de o mare libertate pentru a se pronunța atât asupra unei probleme de interes public cerând o reglementare, cât și asupra alegerii modalităților de aplicare a acesteia”. Așa fiind, Curtea a adăugat că ea

¹² CEDO, Cauza Mellacher și alții c. Austria.

respectă maniera în care legiuitorul concepe imperativele de interes general, cu excepția celor lipsite de o bază rezonabilă.

Hotărârea în discuție a comportat și formularea unei opinii dizidente de către un număr de cinci judecători, care au apreciat că în speță ingerința în dreptul de proprietate nu îndeplinește condiția proporționalității, nefiind realizat un just echilibru între exigențele interesului general și interesul indivizilor vizați.

Aceeași judecători au subscris la opinia Comisiei conform căreia o ingerință în folosirea bunurilor necesită o justificare specială când, ca și în speță, ea privește contracte liber și legal încheiate. În aceeași ordine de idei, pare rezonabil ca criteriul proporționalității să fie aplicat cu mai multă atenție.

Cum a stabilit și Comisia, nu s-a insistat în cazul de față să se afle dacă chiria redusă era suficientă pentru a acoperi cheltuielile de întreținere necesare, nici dacă un chiriaș cu o putere financiară medie și-ar fi putut permite să plătească mai mult decât chiria redusă.

Chiar și în condițiile unei largi marje de apreciere recunoscută Statului, ar trebui să se analizeze cu prioritate condiția proporționalității. Reclamanții au primit o sarcină excesivă care nu este legitimă față de circumstanțele care compromit justul echilibru care ar trebui să existe între exigențele interesului general al comunității și imperativele salvagărdării drepturilor fundamentale ale individului. Este motivul pentru care s-a apreciat că Hotărârea Mellacher este ilustrativă pentru autolimitarea controlului pe care Curtea îl exercită în cadrul alin. 2 al art. 1 din Primul protocol. Această hotărâre confirmă ambiguitățile așa-zisului control de proporționalitate (Flauss, 1990).

Subscriem la opinia minoritară exprimată în cauză, cu atât mai mult cu cât în speță nu a fost vorba de o simplă reglementare legală a folosinței bunurilor, ci de o intervenție nejustificată într-o legătură contractuală stabilită între particulari aflați pe poziție de egalitate juridică, așa cum a reținut, de altfel, și Comisia care a conchis că o imixtiune în astfel de contracte nu poate fi considerată legitimă decât dacă există o nevoie reală de protecție a locatarilor implicând modificarea contractelor în discuție.

Chiar dacă este vorba de o limitare temporară a folosinței bunurilor, prin reducerea chiriei liber negociate, acest lucru nu este mai puțin o exproprierie de fapt, iar dacă chiria nu acoperă decât cheltuielile de întreținere a imobilului, abuzul autorității statale este și mai evident, depășind proporționalitatea cerută de recunoașterea marjei de apreciere.

Fiind vorba de un contract bilateral în care denunțarea unilaterală nu putea fi prevăzută drept clauză, în condițiile impredictibilității intervenției statului în economia unui contract în acord cu legea și bunele

moravuri cunoscute și acceptate la data perfectării înțelegerii părților, posibilitatea proprietarului de a încheia alte contracte de închiriere ori de a înstrăina apartamentele în discuție nu compar drept soluții viabile care să estompeze gravitatea imixtiunii statului în înțelegerea unor particulari, imixtiune autorizată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, în numele suveranității autorității naționale de reglementare a folosinței bunurilor și a libertății sale „nelimitate” de a exploata această prerogativă.

Prin poziția adoptată în cauza Mellacher, Curtea nu a făcut altceva decât să autorizeze incitarea legislativă la ignorarea termenilor unui contract de închiriere valabil încheiat și aducând astfel atingere principiului libertății contractuale (Flauss, 1990).

În fapt, apreciem că nu interesul public a prevalat în speță și nici încurajarea politicilor sociale, ci interesul aducerii chiriilor la un nivel social mai acceptabil, accesibil maselor largi, în virtutea potențialului lor electoral considerabil, în detrimentul prerogativelor esențiale ale dreptului „sacralizat” de istorie care este proprietatea. Ceea ce se întâmplă în mod obișnuit într-un stat din estul Europei cu tare „balcanice” este un fapt obișnuit și în state cu tradiție democratică, fie din vestul european, fie de peste ocean. Paravanul oferit de „marja de apreciere” a statului este, în fond, supapa pentru eludarea principiilor convenționale, cu deosebire a securității juridice.

Curtea însăși pare să revină la abordări mai obiective, așa cum s-a întâmplat în cauza Arsenovici contra României în care a insistat asupra prevalenței intereselor proprietarului asupra celor ale chiriașului cu venituri modeste, sprijinit de stat prin măsuri de prelungire succesivă și considerabilă a contractului de închiriere, cu ignorarea poziției proprietarului.

Astfel, Curtea a specificat faptul că ingerința în dreptul de proprietate trebuie nu numai să urmărească un „scop legitim”, conform cu „interesul general”, ci și să păstreze un raport rezonabil de proporționalitate între mijloacele utilizate și scopul urmărit, prin orice măsură aplicată de stat, inclusiv măsurile menite să reglementeze folosința bunurilor unui individ. Este ceea ce exprimă noțiunea de „just echilibru”, care trebuie păstrat între cerințele interesului general al comunității și imperativele de apărare a drepturilor fundamentale ale individului. În cauze care se referă la funcționarea unei legislații de mare amploare privind locuințele, această apreciere poate să se refere nu numai la dimensiunea ingerinței statului în libertatea contractuală și relațiile contractuale pe piața locuințelor, ci și la existența unor garanții procedurale și a altor garanții menite să asigure că funcționarea sistemului și impactul său asupra drepturilor patrimoniale ale proprietarului nu sunt

nici arbitrare și nici imprevizibile. Incertitudinea – indiferent că este de natură legislativă, administrativă sau că ține de practicile urmate de autorități – este un factor ce trebuie luat în considerare pentru a aprecia conduita statului. Într-adevăr, atunci când este în joc o chestiune de interes general, autoritățile publice sunt obligate să reacționeze în timp util, în mod corect și cu cea mai mare coerență¹³.

În speță, Curtea constată că nu se contestă faptul că prevederile legale interne care prelungesc de drept contractele de închiriere în scop locativ, și în special Legea nr. 17/1994, a cărei aplicare de către Curtea de Apel București a determinat menținerea familiei C. în apartamentul reclamantei, reprezintă o reglementare a folosinței bunurilor și că, prin urmare, are aplicabilitate al doilea alineat al art. 1 din Protocolul nr. 1¹⁴.

În ceea ce privește scopul urmărit prin ingerința litigioasă, precum Guvernul, Curtea admite ca ingerința în cauză urmarea un scop legitim, conform cu interesul general, și anume protecția socială a chiriașilor într-o situație caracterizată prin criza de locuințe ieftine¹⁵.

În ceea ce privește respectarea justului echilibru între interesele în cauză, Curtea reamintește că punerea la punct de către autoritățile naționale a unui sistem de protecție a chiriașilor nu este criticabilă în sine, având în vedere în special marea marjă de apreciere prevăzută de cel de-al doilea alineat al art. 1 din Protocolul nr. 1. Totuși, din moment ce presupunea riscul de a-i impune locatorului o sarcină excesivă în ceea ce privește posibilitatea de a dispune de bunul său, autoritățile erau obligate să pună la punct proceduri sau mecanisme legislative previzibile și coerente, prevăzând anumite garanții pentru ca punerea lor în aplicare și incidența lor asupra dreptului de proprietate al locatorului să nu fie nici arbitrare, nici imprevizibile¹⁶.

Referitor la argumentul Guvernului întemeiat pe caracterul temporar al prevederilor Legii nr. 17/1994, Curtea a observat că Legea nr. 17/1994, pe care s-au întemeiat instanțele interne, nu numai că a prelungit cu 5 ani contractele de închiriere ale vechilor chiriași, dar – așa cum reiese din dreptul intern relevant – a și menținut în această perioadă aceleași condiții contractuale fixate prin Legea nr. 5/1973, inclusiv baremul de calcul al chiriei, fără a ține cont de inflația puternică pe care o cunoștea țara în perioada respectivă¹⁷.

¹³ CEDO, Hot. din 7 februarie 2008, §38.

¹⁴ *Idem*, §39.

¹⁵ *Ibidem*, §42.

¹⁶ *Idem*, §43

¹⁷ *Ibidem*, §45.

În fine, Curtea a apreciat că, având în vedere circumstanțele speței și jurisprudența sa în materie, nu se poate considera că intrarea în vigoare a OUG nr. 40/1999 a remediat situația reclamantei. Astfel, Curtea a reamintit că a statuat deja că lacunele și prevederile defectuoase ale OUG nr. 40/1999 în cazul proprietarilor care nu au trimis notificări ocupanților apartamentelor lor în termenul prevăzut de OUG nr. 40/1999 din cauza litigiilor aflate pe rol împotriva acestora din urmă au avut ca efect impunerea unei sarcini disproporționate părților interesate.

În lumina celor de mai sus, Curtea a concluzionat că restricțiile suferite de reclamantă timp de mai mulți ani în ceea ce privește folosința apartamentului său, și în special imposibilitatea în care s-a aflat de a-i obliga pe ocupanții acestuia să îi plătească o chirie din cauza prevederilor defectuoase și a lacunelor constatate în Legea nr. 17/1994 și în OUG nr. 40/1999, nu au menținut un just echilibru între protecția dreptului individului la respectarea bunurilor sale și cerințele interesului general. Prin urmare, a avut loc încălcarea art. 1 din Protocolul nr. 1.

6. Relevanța jurisprudenței Curții pentru judecătorul național

Din cauza *Maestri contra Italia* (hot. Din 17 februarie 2004, §47) și din întreaga Convenție și în special din art. 1 rezultă că, prin ratificarea ei, „statele contractante s-au obligat să facă în așa fel încât dreptul lor intern să fie compatibil cu dispozițiile ei; în consecință, statul pârât este ținut să elimine din ordinea juridică internă orice obstacol la redresarea adecvată a situației reclamantului.

S-a spus, pe bună dreptate, că prin această hotărâre instanța europeană a formulat un principiu de „loialitate convențională”, cuprins în art. 1 din Convenție, principiu care impune obligația pentru statele contractante de a adopta măsuri de ordin general în dreptul intern, atunci când încălcarea constatată de CEDO își are sorgința direct în asemenea norme, incompatibile cu prevederile Convenției (Corlățean, 2011).

Având în vedere obligația judecătorului național de se conforma jurisprudenței Curții în virtutea autorității de lucru interpretat, față de incoerența acestei jurisprudențe în materia analizată mai sus, se ridică în mod firesc întrebarea: care va fi interpretarea cea mai validă dintre cele oferite de Curte, adică interpretarea obligatorie pentru judecătorul național?

În doctrină s-a opinat în sensul că, pus în fața concurenței dintre un drept fundamental clasic - dreptul de proprietate - și un drept fondat în principal pe respectul demnității umane, obiectiv constituțional în majoritatea statelor europene, judecătorul național nu ar trebui să

depășească controversa teoretică a întâietății unui drept față de celălalt (Lambert, 2001).

Apreciem că linia de urmat ar fi cea dictată de principiul general de interpretare al normelor convenționale, acela al apărării unor drepturi efective și concrete. De vreme ce dreptul de proprietate este cel expres reglementat de normele convenționale, protejarea acestuia va fi prioritară în raport cu orice alt drept derivat din interpretarea extensivă a normelor existente.

Dreptul la locuință devine un „cvasi-drept fundamental”, de vreme ce dispozițiile art. 8 din Convenție care protejează domiciliul sunt eventual aplicabile (Renucci, 2009).

Cât privește recunoașterea marjei statului în reglementarea folosinței bunurilor aparținând particularilor, o atare reglementare trebuie verificată sub aspectul respectării principiului proporționalității între interesul real al unei comunități și imperativul protejării efective a drepturilor fundamentale ale individului.

Bibliografie

- Bîrsan, C., *Convenția europeană a drepturilor omului, Comentariu pe articole*, ediția 2, Editura C.H. Beck, București, 2010.
- Bîrsan, C., Renucci, J.- F., *Definiția dreptului de proprietate în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului*, în *Curierul Judiciar*, nr. 4/2005.
- Carss-Frisk, M., *Le droit de propriété. Un guide sur la mise en oeuvre de l'article du Protocole no. 1 a la Convention européenne des Droits de l'Homme, Precis sur les droits de l'homme*, no. 4, http://www.coe.int/human_rights.
- Chiriță, R., *Convenția europeană a drepturilor omului, Comentarii și explicații*, ediția 2, Editura C.H. Beck, București, 2008.
- Corlățean Titus, *Autoritatea dispozițiilor Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale în raport cu sistemele naționale ale statelor părți*, în *Dreptul* nr. 6/2011.
- Costa, J.- P., *Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L'Homme: de l'influence de différentes traditions nationales*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, no. 57/2004.
- Debet, A., *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, Paris, 2002.

- Deleanu, I., *Obligativitatea hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului și ale Curții de Justiție a Comunităților Europene*, în *Dreptul*, nr.2 /2007.
- Flauss, J.-F., *Liberté contractuelle et contrôle des loyers à l'aune de la Convention européenne des droits de l'homme*, în *Revue Trimestrielle des Droits de L'Homme* », no. 4 / 1990.
- Lambert, P., *Le droit de l'homme a un logement décent*, en *Revue Trimestrielle des Droits de L'Homme*, no. 45/2001.
- Montserrat, E. I., *Les droits sociaux dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme*, en *Revue Trimestrielle des Droits de L'Homme*, no. 19/1992.
- Popescu, C.-L., *Protecția internațională a drepturilor omului - surse, instituții, proceduri*, Editura All Beck, București, 2000.
- Popescu, C.-L., *Raporturile dintre normele internaționale în materia drepturilor omului și normele juridice interne. Principiul subsidiarității în CJ*, nr. 5/2007.
- Renucci, J.-F., *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Editura Hamangiu, București, 2009.
- Sudre, Fr., *Drept european și internațional al drepturilor omului*, Editura Polirom, Iași, 2006.

DISMISSAL OF SCIENCE ON THE PART OF THE ROMANIAN NEW CRIMINAL CODE LAWMAKER

Gheorghe IVAN *
Mari-Claudia IVAN**

Abstract

The lawmaker of the new Romanian Criminal Code kept most of the regulations from the Criminal Code in force, the so-called invariables of the criminal law but he also introduced new regulations, unknown to our law, some of them being requested by the present socio-economic conditions and others were introduced due to the lawmaker's wish to come up with something new in contrast with the criminal law in force or to simply take them from other foreign laws, although the science of the criminal law did not claim it.

In this study, the authors make an inventory of these innovations, trying at the same time to analyse them and to reveal the inopportunity of introducing or taking them from other foreign laws.

Keywords: *invariables of the criminal law, innovation in terms of criminal law, the new Criminal Code, criminal law science, tradition in terms of criminal law*

I. Introducere

Este în general recunoscut că o lege nouă preia din legea veche (pe care o înlocuiește) tot ce este bun din aceasta, adică acele dispoziții care s-au dovedit folositoare societății și care au fost acceptate de membrii săi; acestea sunt constantele dreptului care țin de tradiție.

Însă legea nouă trebuie să fie și inovatoare, adică trebuie să introducă prevederi noi, reclamate de progresul societății.

În același timp, legea nouă poate să introducă și unele prevederi necunoscute societății la acel moment, punând în evidență astfel dorința legiuitorului de a fi inovator sub orice formă.

* Ph.D Lecturer, Faculty of Judicial, Social and Political Sciences, "Dunărea de Jos" University of Galați, Romania, Email: ivan.gheorghe@ugal.ro

** MA student, Faculty of Law, Bucharest, "Titu Maiorescu" University, Email: mariclaudia_i@yahoo.com

II. Concepția noului Cod penal român

Noul Cod penal român¹ nu se abate de la regulile menționate mai sus, preluând marea majoritate a reglementărilor din Codul penal în vigoare (din 1969), așa-zisele constante ale dreptului penal, dar a introdus și altele noi, necunoscute dreptului nostru, unele dintre acestea fiind solicitate de condițiile socio-economice actuale, iar altele fiind introduse din dorința legiuitorului de a veni cu ceva nou față de legea penală în vigoare ori de a le prelua pur și simplu din alte legislații străine, deși știința dreptului penal nu a reclamat acest lucru.

În continuare, vom trece în revistă unele inovații, încercând în același timp să le analizăm pe scurt și să arătăm inoportunitatea introducerii sau preluării lor din alte legislații străine.

III. Partea generală a noului Cod penal

1. Legalitatea incriminării și legalitatea sancțiunilor de drept penal. Principiul legalității în domeniul dreptului penal se exprimă în regulile *nullum crimen sine lege* (nu există infracțiune fără lege) – *legalitatea incriminării* – și *nulla poena sine lege* (nu există pedeapsă fără lege) – *legalitatea sancțiunilor de drept penal*.

Deși legea penală ar trebui să definească într-un singur text atât legalitatea incriminării, cât și legalitatea sancțiunilor de drept penal, în noul Cod penal român aceste laturi ale principiului legalității sunt prevăzute în texte distincte (art. 1 definește legalitatea incriminării, iar în art. 2 este definit principiul legalității sancțiunilor de drept penal, adică legalitatea pedepselor, a măsurilor educative și a măsurilor de siguranță)².

2. Aplicarea legii penale în timp și spațiu. Noua lege penală a preluat aceste instituții din legea penală în vigoare, operând unele modificări, impuse de cerințele sociale și reclamate de știința dreptului penal. Astfel, s-a dat prioritate, cum era și firesc, aplicării legii penale în

¹ A fost aprobat prin Legea nr. 286/2009, publicată în „Monitorul Oficial al României”, partea I, nr. 510 din 24 iulie 2009. Noul Cod penal va intra în vigoare la data care va fi stabilită în legea pentru punerea în aplicare a acestuia.

² Această soluție de reglementare a fost socotită discutabilă în doctrina penală deoarece în ansamblul său autonomizează principiul legalității incriminării, separând acest principiu printr-un text distinct de principiul legalității pedepsei ca și când cele două principii ar putea avea, sub aspectul legalității, tratamente diferite [G. Antoniu, *Legalitatea incriminării*, în „Explicații preliminare ale noului Cod penal, Vol. I. Articolele 1-52” de G. Antoniu (coord.), C. Bulai, C. Duvac, I. Griga, Gh. Ivan, C. Mitrache, I. Molnar, I. Pascu, V. Pașca, O. Predescu, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 20].

timp. Amintim că în legea penală în vigoare era reglementată mai întâi aplicarea legii penale în spațiu și după aceea aplicarea legii penale în timp.

S-a menținut aplicarea obligatorie a legii penale mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei și s-a renunțat la aplicarea facultativă a legii penale mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei, aceasta din urmă aducând atingere într-o mai mare măsură autorității de lucru judecat.

3. Definiția infracțiunii. S-a păstrat concepția Codului penal în vigoare, de a exista o definiție legală a infracțiunii, deși definirea acesteia intră în atribuțiile doctrinei.

4. Trăsăturile esențiale ale infracțiunii. S-a păstrat concepția Codului penal în vigoare, de a se contura trăsăturile esențiale ale infracțiunii. Astfel, în art. 15 noul C. pen. se prevede că: „*Infracțiunea este fapta prevăzută de legea penală, săvârșită cu vinovăție, nejustificată și imputabilă persoanei care a săvârșit-o*”.

a) Pericolul social al faptei. Legiuitorul român nu a mai preluat în noul Cod penal ideea că pentru a constitui infracțiune, fapta unei persoane trebuie să prezinte pericol social, adică să fie periculoasă pentru societate, supunându-se cerințelor doctrinei în sensul de a se renunța la pericolul social ca trăsătură esențială a infracțiunii³.

Reamintim că, în dispoziția din art. 18 C. pen. în vigoare, se prevede că, în înțelesul legii penale, fapta care prezintă pericol social este orice acțiune sau inacțiune prin care se aduce atingere uneia dintre valorile sociale apărute de legea penală (art. 1 C. pen. în vigoare) și pentru a cărei sancționare este necesară aplicarea unei pedepse.

Analiza pericolului social al faptei nu trebuie evitată, deoarece în momentul incriminării unei fapte, legiuitorul ține seama de pericolul pe care aceasta l-a prezentat în perioada prelegislativă, ajungând la concluzia că acesta este atât de mare încât se impune includerea ei în cadrul ilicitului penal, iar la individualizarea pedepsei judecătorii trebuie să ia în considerare pericolul pe care îl prezintă fapta concretă (fapta săvârșită) și care este diferit față de cel pe care îl prezintă fapta abstractă (fapta descrisă în norma de incriminare).

b) Fapta săvârșită cu vinovăție. Art. 16 noul C. pen. a preluat dispozițiile art. 19 C. pen. în vigoare, cu unele modificări. S-a păstrat concepția psihologică a vinovăției, potrivit căreia aceasta reprezintă atitudinea psihică a făptuitorului față de fapta săvârșită și de urmările acesteia.

³ G. Antoniu, *Trăsăturile esențiale ale infracțiunii*, în „Explicații preliminare ale noului Cod penal, Vol. I. Articolele 1-52” de G. Antoniu ș.a., *cit. supra*, vol. I, p. 129.

Față de Codul penal în vigoare, pentru a se evita orice discuție, legiuitorul noului Cod penal român a prevăzut că fapta concretă constituie infracțiune numai dacă a fost săvârșită cu forma de vinovăție cerută de legea penală [art. 16 alin. (1) noul C. pen.]. Ca atare, fapta concretă de furt constituie infracțiune numai dacă a fost săvârșită cu intenție (art. 228 noul C. pen.).

Pe lângă cele două forme principale ale vinovăției – *intenția și culpa* –, noul Cod penal a consacrat și forma mixtă a acestora – *praeterintenția* sau *intenția depășită* –, pe care a definit-o în art. 16 alin. (5).

Noul Cod penal a conturat mai bine *elementul subiectiv* în conținutul infracțiunii, prin care înțelegem forma de vinovăție cerută de norma de incriminare pentru ca fapta concretă să constituie infracțiunea respectivă. Potrivit art. 16 alin. (6) noul C. pen., fapta constând într-o acțiune sau inacțiune constituie infracțiune când este săvârșită cu intenție. De exemplu, elementul subiectiv în cazul infracțiunii de omor constă în intenție. Fapta comisă din culpă constituie infracțiune numai când legea o prevede în mod expres (de exemplu, uciderea din culpă). Totuși, există unele infracțiuni al căror element subiectiv constă numai în intenție depășită (de pildă, lovirile sau vătămările cauzatoare de moarte); noul Cod penal, ca și cel în vigoare, păstrează tăcere în această privință.

c) Fapta nejustificată. Această trăsătură esențială este o inovație a noului Cod penal, dorind să exprime prin aceasta că lipsa cauzelor justificative ar constitui, la rândul ei, o trăsătură esențială a infracțiunii. O astfel de trăsătură nu a existat în legile penale anterioare.

În viziunea noii legi penale, caracterul nejustificat al faptei ar urma să constituie o condiție de existență a infracțiunii alături de celelalte trăsături, exprimat însă printr-o negație. Soluția la care s-a oprit legiuitorul nu este corectă. Prin noțiunea de nejustificat înțelegem atât o conduită nepermisă de legea penală sau de alte norme sociale (norme juridice, norme etice etc.), cât și lipsa unor realități bine determinate care pot înlătura existența unei infracțiuni (adică cauzele justificative: legitima apărare, starea de necesitate, exercitarea unui drept sau îndeplinirea unei obligații, consimțământul victimei). Pentru a se înlătura orice interpretare arbitrară, este necesar ca legiuitorul să intervină și să renunțe la folosirea acestei noțiuni. De altfel, prin reglementarea cauzelor justificative, se subînțelege că infracțiunea există numai dacă acestea lipsesc⁴.

⁴ În același sens, G. Antoniu, *Trăsăturile esențiale ale infracțiunii*, în „Explicații preliminare ale noului Cod penal, Vol. I. Articolele 1-52” de G. Antoniu ș.a, *cit. supra*, vol. I, p. 145-146.

d) Fapta imputabilă persoanei care a săvârșit-o. Această trăsătură esențială este o a doua inovație a noului Cod penal în materia trăsăturilor esențiale ale infracțiunii, dorind să exprime prin aceasta ideea că o persoană a comis fapta în mod obiectiv. Soluția la care s-a oprit legiuitorul este discutabilă. Prin noțiunea de imputabilă înțelegem atât o atribuire obiectivă a faptei persoanei care a săvârșit-o (imputabilitate obiectivă), cât și o atribuire subiectivă a faptei persoanei care a săvârșit-o (imputabilitate subiectivă). După cum se știe, vinovăția (imputabilitatea subiectivă) este trecută printre trăsăturile esențiale ale infracțiunii, iar imputabilitatea obiectivă este deja definită prin conținutul elementului material al faptei care include și legătura de cauzalitate între acțiune (inacțiune) și urmarea imediată. Ca atare, această trăsătură este inutilă și trebuie înlăturată din definiția infracțiunii⁵.

5. Tentativa. Această instituție este reglementată la fel. Singura deosebire constă în aceea că în definiția tentativei s-a introdus „intenția” în locul „hotărârii” de a săvârși infracțiunea. Astfel, dacă potrivit Codului penal în vigoare, tentativa constă în punerea în executare a hotărârii de a săvârși infracțiunea, executare care a fost însă întreruptă ori nu și-a produs efectul [art. 20 alin. (1)], în noul Cod penal tentativa este definită ca fiind punerea în executare a intenției de a săvârși infracțiunea, executare care a fost însă întreruptă ori nu și-a produs efectul [art. 32 alin. (1)]. În atare condiții, s-au pus capăt discuțiilor cu privire la înțelesul noțiunii de hotărâre, de intenție directă și indirectă sau numai de intenție directă. Oricum doctrina majoritară și practica judiciară consacraseră teza că tentativa se poate comite atât cu intenție directă, cât și cu intenție indirectă.

6. Unitatea și pluralitatea de infracțiuni. În noul Cod penal au fost consacrate aceleași forme ale unității și pluralității de infracțiuni.

În noua lege penală s-a inversat ordinea de reglementare, cum era firesc de altfel: mai întâi este reglementată unitatea de infracțiune și apoi pluralitatea de infracțiuni.

A. Infracțiunea continuată. Aceasta este definită la fel ca în Codul penal în vigoare, cu o singură deosebire: a fost introdusă condiția unității de subiect pasiv, inexistentă în legea penală în vigoare. Introducerea acestei condiții nu a fost cerută de știința dreptului penal⁶ și nici de jurisprudență.

⁵ În același sens, G. Antoniu, *Trăsăturile esențiale ale infracțiunii*, în „Explicații preliminare ale noului Cod penal, Vol. I. Articolele 1-52” de G. Antoniu ș.a., *cit. supra*, vol. I, p. 146-147.

⁶ Cu privire la critica acestei soluții, a se vedea C. Duvac, *Unitatea și pluralitatea de infracțiuni*, în „Explicații preliminare ale noului Cod penal, Vol. I. Articolele 1-52” de G. Antoniu ș.a., *cit. supra*, vol. I, p. 309, 347; G. Antoniu, *Observații cu privire la anteproiectul unui al doilea nou Cod penal (I)*, în „Revista de drept penal” nr. 4/2007, p. 18; C. Duvac,

Afirmăm cu tărie că ea nu este necesară în acest moment. De ce să creăm ficțiuni juridice când realitatea socială nu le cere?

B. Infrațiunea complexă. Aceasta este definită la fel ca în Codul penal în vigoare, cu o singură deosebire: a fost înlocuită expresia „ca element sau ca circumstanță agravantă” cu expresia „ca element constitutiv sau ca element circumstanțial agravant”.

C. Concursul de infrațiuni. Acesta este reglementat într-un mod asemănător cu cel din legea penală în vigoare, cu unele modificări, puse în evidență de doctrină. Astfel, au fost definite mai exact formele concursului de infrațiuni.

D. Recidiva. Art. 41 noul C. pen. reglementează recidiva – în cazul persoanei fizice – în mod diferit față de Codul penal în vigoare. Astfel, primul termen al recidivei a fost modificat în sensul că poate fi considerat recidivist numai acea persoană care a fost condamnată la pedeapsa închisorii de o anumită gravitate („mai mare de 1 an” față de „mai mare de 6 luni” cât se prevede în art. 37 C. pen. în vigoare). În condițiile creșterii criminalității de la un an la altul, o atare soluție nu este acceptabilă. De altfel, știința dreptului penal și jurisprudența nu au reclamat necesitatea ridicării pragului recidivei.

Caracterul temporar al recidivei trebuia subliniat la art. 42 din noul C. pen. și nu la art. 41, deși nu s-a semnalat în doctrină vreo critică la adresa legii în vigoare sub acest aspect. După părerea noastră, modificările de texte s-ar justifica numai când au o bază serioasă în doctrină, în practica judiciară, ori în datele statistice și nu în raport cu părerea unui membru sau al altuia din comisia de elaborare⁷.

De această dată noul Cod penal nu agravează tratamentul juridic ca la concurs, ci atenuează excesiv caracterizarea unei persoane ca recidivist (cu toate consecințele legate de aceasta). În condițiile unui multirecidivism crescând o atare soluție este discutabilă⁸.

Noul Cod penal definește recidiva postcondamnatore și postexecutorie, fiecare exprimând particularitățile evidente ale acestei instituții, în cadrul textului care se referă la tratamentul recidivei, într-o formulare extrem de sintetică, ceea ce va provoca dificultăți la aplicare⁹.

Dacă autorii noului Cod penal ar fi dorit să aducă ceva nou în materie, trebuiau să adopte soluția legii penale germane care consideră

Pluralitatea de subiecți pasivi în cazul infrațiunii continuate, în „Dreptul” nr. 7/2009, p. 119-141.

⁷ Gh. Ivan, *Recidiva*, în „Explicații preliminare ale noului Cod penal, Vol. I. Articolele 1-52” de G. Antoniu ș.a., *cit. supra*, vol. I, p. 417.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

recidiva ca o circumstanță agravantă și lasă la aprecierea judecătorului individualizarea pedepsei în acest caz. Dacă nu s-au orientat spre o atare soluție, care era simplă și ușor de formulat, trebuiau să reproducă soluțiile analitice din legea penală în vigoare, mai ușor de aplicat și de înțeles de judecători. De altfel, soluția adoptată nu se justifică nici prin existența vreunei observații critice în doctrină sau jurisprudență asupra sistemului legii în vigoare¹⁰.

E. Pluralitatea intermediară. Noua lege penală a preluat reglementarea din legea în vigoare (art. 40), cu excepția denumirii marginale. Astfel, în timp ce Codul penal în vigoare, ca și cel din anul 2004 – cod care nu a mai intrat în vigoare și care a fost abrogat prin noul Cod penal –, folosește denumirea de „pedeapsa în unele cazuri în care nu există recidivă”, noul Cod penal a preferat să folosească denumirea dată de doctrină, și anume aceea de „pluralitate intermediară”¹¹.

Denumirea marginală este discutabilă deoarece nu există în realitate o pluralitate distinctă între concurs și recidivă. Această denumire poate fi folosită în scopuri didactice, dar nu ca un termen tehnic consacrat în legea penală. Mai corectă ni se pare denumirea marginală din legea în vigoare „Pedeapsa în unele cazuri când nu există recidivă”¹².

7. Participația penală. Principalele forme ale participației penale sunt: autoratul, coautoratul, instigarea și complicitatea. Ele sunt prevăzute și de noul Cod penal (art. 46-48). Totuși, acesta face distincție între autorat și participație, considerând ca forme ale participației numai coautoratul, instigarea și complicitatea, deși și autorul este un participant la infracțiune, iar conceptele de complice și instigator nu pot exista fără acela de autor¹³.

Noul Cod penal uzitează o altă denumire a instituției – „Autorul și participanții” –, deși doctrina nu a semnalat necesitatea unei schimbări. Credem că denumirea din legea penală în vigoare – „Participația penală” – este mai în măsură să pună în evidență rolul acestei forme a pluralității de infractori.

S-a renunțat la instituția *instigării neurmă de executare* (art. 29 C. pen. în vigoare), considerându-se, credem, că ar fi dificil de probat (numai

¹⁰ În același sens, G. Antoniu, *Observații cu privire la anteproiectul unui al doilea nou Cod penal (I)*, cit. supra, p. 19.

¹¹ Gh. Ivan, *Pluralitatea intermediară*, în „Explicații preliminare ale noului Cod penal, Vol. I. Articolele 1-52” de G. Antoniu ș.a., cit. supra, vol. I, p. 471.

¹² În același sens, G. Antoniu, *Observații cu privire la anteproiectul unui al doilea nou Cod penal (I)*, cit. supra, p. 20.

¹³ În sens contrar, I. Pascu, *Autorul și participanții (Autorul și coautorii)*, în „Explicații preliminare ale noului Cod penal, Vol. I. Articolele 1-52” de G. Antoniu ș.a., cit. supra, vol. I, p. 487-488.

dacă instigatul ar declara că a fost determinat de instigator); or, această susținere este neîntemeiată, în condițiile în care există și alte mijloace de probă (de pildă, interceptările și înregistrările audio sau video), iar, pe de altă parte, realitatea confirmă săvârșirea acestor fapte de instigare neurmată de executare; oricum știința dreptului penal și jurisprudența nu au reclamat renunțarea la instituția în discuție.

8. Pedeapsa complementară. Nu se știe de ce legiuitorul a redus maximul general al pedepsei complementare (5 ani față de 10 ani în reglementarea actuală), în condițiile în care doctrina nu a susținut necesitatea unei asemenea reduceri.

9. Pedeapsa accesorie. În ceea ce privește pedepsele accesorii este de remarcat că acestea prin concept nu se aplică nici nu se stabilesc de instanța de judecată deoarece ele decurg *ope legis*, adică din voința legii și nu *ope judicis*, adică din voința instanței. De altfel și textul legii [art. 65 alin. (2) din noul C. pen.] prevede că pedeapsa accesorie constă în interzicerea *de drept* a exercitării anumitor drepturi, adică automat, inevitabil, fără intervenția instanței. Această situație este valabilă numai în cazul pedepsei detențiunii pe viață, deoarece în cazul celeilalte pedepse principale privative de libertate – închisoarea – interzicerea exercitării anumitor drepturi prevăzute de lege nu mai are loc de drept, ci numai dacă instanța de judecată a hotărât în acest sens. În atare condiții, noul legislativ pare să respingă principiul după care pedeapsa accesorie rezultă de drept din pedeapsa principală, prevăzând în art. 65 alin. (1) din noul C. pen. că pedeapsa accesorie se stabilește de instanță pe lângă pedeapsa principală a închisorii¹⁴.

Pedeapsa accesorie fiind dependentă de pedeapsa principală (fiind accesoriul acesteia) are aceeași „soartă” ca pedeapsa principală¹⁵.

Este adevărat că pedeapsa accesorie, deși are aceeași „soartă” ca pedeapsa principală, s-ar putea să nu aibe *durate identice*. Dacă, de exemplu, condamnatul nu începe executarea pedepsei imediat după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare [în timp ce pedeapsa accesorie se execută din momentul rămânerii definitive a hotărârii de condamnare potrivit art. 65 alin. (3) din noul C. pen.] sau dacă, deși a început executarea, se află în stare de evadare, pedeapsa accesorie nu va corespunde cu cea a pedepsei principale. Această situație nu modifică relația principală de dependență a pedepsei accesorii de pedeapsa

¹⁴ Gh. Ivan, *Pedepsele complementare, pedepsele accesorii și măsurile de siguranță în caz de pluralitate de infracțiuni*, în „Explicații preliminare ale noului Cod penal, Vol. I. Articolele 1-52” de G. Antoniu ș.a., *cit. supra*, vol. I, p. 478.

¹⁵ *Ibidem*.

principală ca și faptul că ea derivă automat din pedeapsa principală și că nu se aplică de instanța de judecată. Aceasta nu exclude faptul că în hotărârea de condamnare trebuie să se facă mențiune despre drepturile de care este lipsit condamnatul în perioada executării pedepsei principale. Eventuala omisiune a instanței de a face o atare mențiune va constitui o simplă eroare deoarece pedeapsa accesorie, cum am mai subliniat, operează în baza legii și nu în temeiul unei pronunțări a instanței de judecată, omisiune care se va îndrepta după regulile speciale prevăzute în Codul de procedură penală¹⁶.

Potrivit art. 65 alin. (1) al noului C. pen., în cazul pedepsei închisorii, pedeapsa accesorie constă în interzicerea exercitării drepturilor prevăzute de lege, a căror exercitare a fost interzisă de instanță ca pedeapsă complementară. Se observă că legiuitorul a considerat că pedeapsa accesorie trebuie să fie dependentă de pedeapsa complementară. În cazul în care instanța de judecată nu a aplicat pedeapsa complementară a interzicerii exercitării unor drepturi, atunci nu se poate aplica nici pedeapsa accesorie. Acest mod de a raționa este discutabil și reclamă intervenția legiuitorului pentru a-l corecta. Pedeapsa accesorie trebuie să fie dependentă numai de pedeapsa principală. În cazul în care instanța de judecată a aplicat o pedeapsă principală privativă de libertate, este firesc ca aceasta să atragă și aplicarea unei pedepse accesorii. Nu se poate concepe ca o persoană condamnată definitiv și aflată în executarea pedepsei să-și exercite dreptul de a fi ales în Parlamentul României, iar după ce a fost ales în acest for legislativ să i se permită să-și exercite mandatul de senator sau deputat, pe motiv că nu i s-a aplicat pedeapsa complementară a interzicerii exercitării dreptului de a fi ales în autoritățile publice sau în orice alte funcții publice.

10. Criteriile generale de individualizare a pedepsei. Legiuitorul noului Cod penal român, îmbrățișând modelul Codului penal german, precum și al celui italian, a indicat nu numai *criteriile generale principale* de individualizare a pedepsei – gravitatea infracțiunii săvârșite și pericolozitatea infractorului –, dar și *criteriile generale secundare* de individualizare a pedepsei, care servesc de fapt la evaluarea primelor [art. 74 alin. (1)].

Referitor la primul criteriu general și principal de individualizare a pedepsei, trebuie să menționăm că aprecierea gravității faptei săvârșite este o operație uneori complicată și plină de subiectivism. Nu trebuie să uităm acele spețe în care unii judecători au pronunțat condamnări la pedepse foarte blânde, deși gravitatea faptelor săvârșite reclamau

¹⁶ *Ibidem.*

contrariul. De aceea, legiuitorul noului Cod penal român a stabilit niște criterii secundare, care vor trebui respectate de către judecător în opera de individualizare judiciară a pedepsei. Totuși, selecția efectuată de către legiuitorul nostru este susceptibilă de critică, având în vedere că mai existau și alte elemente care ar fi trebuit introduse în rândul criteriilor secundare. Astfel, nu putem neglija *obiectul juridic specific*, caracterul și importanța *obiectului material* sau *nematerial* lezat sau pus în pericol prin săvârșirea faptei, *elementul material* al infracțiunii cu toată problematica lui, modul cum s-a înfățișat *raportul de cauzalitate* (deși această evaluare este criticabilă), forma și gradul *vinovăției*.

Așadar, pentru cunoașterea gravității faptei săvârșite, trebuie să se cerceteze toate elementele de fapt și anume: modul în care s-a realizat concret acțiunea sau inacțiunea care constituie *elementul material* al infracțiunii și împrejurările care îl particularizează, natura și particularitățile *obiectului juridic specific*, caracterul și importanța *obiectului material* sau *nematerial* lezat sau pus în pericol prin săvârșirea faptei, caracterul și gravitatea *urmărilor* acesteia, modul cum s-a înfățișat *raportul de cauzalitate*, forma și gradul *vinovăției* și, în genere, *elementul subiectiv* al infracțiunii, *motivul* și *scopul*, precum și *împrejurările comiterii infracțiunii*¹⁷.

Tot astfel, și în privința periculozității infractorului, selecția efectuată de către legiuitorul noului Cod penal este susceptibilă de critică, având în vedere că mai existau și alte elemente care ar fi trebuit introduse în rândul criteriilor secundare. Astfel, nu putem neglija *structura biologică a infractorului*, *particularitățile psihice ale infractorului*, *mediul social* în integralitatea sa, *comportarea infractorului înainte de săvârșirea infracțiunii*.

Așadar, pentru cunoașterea periculozității infractorului, trebuie să se cerceteze toate elementele de fapt și anume: *starea de sănătate* (cu preponderență cea psihofizică), *structura biologică a infractorului*, *particularitățile psihice ale infractorului*, *mediul social* în integralitatea sa, *comportarea infractorului înainte de săvârșirea infracțiunii*, *antecedentele penale și judiciare ale infractorului* (condamnat, recidivist, urmărit penal pentru alte fapte, reabilitat, amnistiat, grațiat etc.), *conduita după săvârșirea infracțiunii și în cursul procesului penal*, *nivelul de educație*, precum și *vârsta*. Ar mai trebui adăugate și următoarele circumstanțe personale de individualizare: *calitatea infractorului* (funcționar, militar, magistrat, mamă etc.), *starea civilă* (căsătorit, celibatar, văduv etc.), *raporturile sale cu victima* (rudă apropiată, rudă, colocatar, soț, prieten, dușman etc.) și orice *alte date*

¹⁷ Gh. Ivan, *Gravitatea infracțiunii săvârșite – criteriu general și principal de individualizare a pedepsei în concepția noului Cod penal român*, în „Dreptul” nr. 12/2011, p. 159-160.

susceptibile să contribuie la individualizarea persoanei infractorului (de exemplu, felul de viață, reputația, merite sociale etc.)¹⁸.

În acest mod, se poate face o evaluare corectă a pericolozității infractorului, iar pedeapsa stabilită va fi în măsură să acționeze asupra mecanismelor psihice care au stat la baza comportamentului infractorului și să-l modifice în sensul respectării exigențelor legii penale¹⁹.

Pe lângă avantajul criteriilor secundare trebuie să menționăm și dezavantajul lor: limitează libertatea de apreciere a judecătorului²⁰.

11. Concursul între cauzele modificatoare de pedeapsă. Individualizarea judiciară a pedepsei se realizează printr-o operație complexă în care sunt folosite toate acele criterii de individualizare prevăzute de lege (criteriile generale și speciale); în cadrul acestor criterii se situează și necesitatea de a se lua în considerare toate cauzele modificatoare de pedeapsă.

Atât Codul penal român în vigoare, cât și noul Cod penal român au adoptat un criteriu obiectiv privind modul în care trebuie aplicate diferitele cauze modificatoare de pedeapsă, susceptibil de multiple interpretări și de soluții contradictorii.

Legiuitorul noului Cod penal nu a ținut seama de opiniile exprimate în doctrină și nici de soluțiile identificate de instanțele noastre de judecată. De pildă, în practica noastră judiciară s-a consacrat următoarea regulă: dacă există atât cauze de atenuare, cât și cauze de agravare, pedeapsa se stabilește între limita minimă la care se poate ajunge potrivit dispozițiilor legale privitoare la reducerea pedepsei și maximul special prevăzut de lege pentru infracțiunea respectivă, iar dacă maximul special nu este îndestulător se poate adăuga un spor, în limitele prevăzute pentru cauzele de agravare²¹; în acest caz, nu este necesar să se majoreze limitele speciale rezultate în urma aplicării dispozițiilor privitoare la cauzele de atenuare. Credem că acest mod de abordare este mai viabil și mai pragmatic. De altfel, cel mai perfect este sistemul promovat de Codul penal român din 2004 și acesta trebuia îmbrățișat de legiuitorul noului Cod penal.

¹⁸ Gh. Ivan, M.C. Ivan, *Pericolozitatea infractorului – criteriu general și principal de individualizare a pedepsei în concepția noului Cod penal român*, în „Dreptul” nr. 1/2012, p. 102.

¹⁹ Cu privire la modificarea comportamentului uman prin constrângere, a se vedea Gh. Ivan, *Individualizarea pedepsei*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 30-59.

²⁰ Cu privire la puterea discreționară a judecătorului de-a lungul istoriei, a se vedea Gh. Ivan, *Individualizarea pedepsei*, cit. supra, p. 81-85.

²¹ A se vedea, în acest sens, *Practica judiciară penală, Partea generală* de G. Antoniu, C. Bulai, R.M. Stănoiu, A. Filipaș, C. Mitrache, V. Papadopol, Cr. Filișanu, vol. II, Ed. Academiei Române, București, 1990, p. 70-71.

Fără a intra în detalii, putem arăta că legiuitorul Codului penal român din 2004 a promovat un sistem bazat pe un criteriu subiectiv, acordând judecătorului libertatea de a aprecia preponderența (prevalența) cauzelor modificatoare de pedeapsă și de a le da efectul legal care li se cuvine²². Așa cum am mai arătat²³, acest sistem ni se pare mai adecvat soluționării problemelor pe care le ridică instituția concursului între cauzele modificatoare de pedeapsă.

12. Minoritatea. Pornind de la anumite particularități care îl caracterizează pe infractorul minor, legiuitorul Codului penal român în vigoare a prevăzut pentru faptele penale săvârșite de el un sistem sancționator special și mixt, format din măsuri educative și din pedepse. Astfel, potrivit dispozițiilor din art. 109 alin. (1), pedepsele ce se pot aplica minorului sunt închisoarea sau amenda prevăzute de lege pentru infracțiunea săvârșită, iar limitele acestor pedepse se reduc la jumătate.

Legiuitorul noului Cod penal român a renunțat la sistemul sancționator special și mixt, format din măsuri educative și din pedepse, și a adoptat teoria aplicării exclusive a măsurilor educative infractorilor minori²⁴, discutabilă în condițiile creșterii fenomenului infracțional și a ineficienței regimului educativ din centrele de reeducare²⁵.

13. Calcularea termenelor de prescripție a răspunderii penale în cazul infracțiunilor progresive. Legiuitorul este inovator și în această privință, prevăzând în art. 154 alin. (3) noul C. pen. că, în cazul infracțiunilor progresive, termenul de prescripție a răspunderii penale începe să curgă de la data săvârșirii acțiunii sau inacțiunii și se calculează în raport cu pedeapsa corespunzătoare rezultatului definitiv produs. În acest mod, legiuitorul a găsit o soluție de mijloc între teoria acțiunii și teoria rezultatului, care și aceasta este discutabilă.

14. Calcularea termenelor de prescripție a răspunderii penale în cazul infracțiunilor săvârșite față de un minor. Legiuitorul este inovator și în această privință, prevăzând în art. 154 alin. (4) noul C. pen. că, în cazul infracțiunilor contra libertății și integrității sexuale, săvârșite față de

²² A se vedea, pe larg, Gh. Ivan, *Individualizarea pedepsei*, cit. supra, p. 170-173.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Această teorie fusese acceptată și în perioada comunistă, adoptându-se celebrul Decret nr. 218/1977, care prevedea doar măsura internării într-o școală specială de muncă și reeducare pe o durată de cel mult 5 ani, chiar în cazul comiterii unor fapte grave (omor, tâlhărie etc.). După Revoluția din Decembrie 1989, a fost abandonată această teorie, reintroducându-se un sistem sancționator special și mixt, format din măsuri educative și din pedepse.

²⁵ Gh. Ivan, *Cauzele modificatoare de pedeapsă în concepția noului Cod penal*, în „Dreptul” nr. 9/2010, p. 24-25.

un minor, termenul de prescripție a răspunderii penale începe să curgă de la data la care acesta a devenit major. Inovația legiuitorului este benefică ocrotirii minorilor, dar ea trebuia să aibă în vedere și alte infracțiuni, cum ar fi traficul și exploatarea persoanelor vulnerabile comise față de un minor etc.

IV. Partea specială a noului Cod penal

1. Sistemul sancționator. Noul Cod penal se înfățișează ca o lege foarte blândă în materia combaterii criminalității. Nu se cunoaște motivul pentru care legiuitorul a optat pentru sancționarea blândă a infracțiunilor, în condițiile în care realitatea socială nu a reclamat acest lucru. Dacă s-ar fi constatat că judecătorii ar fi aplicat pedepse severe în cazul comiterii unor infracțiuni minore (de pildă, 10 ani închisoare pentru furtul a 10 mere), atunci opțiunea legiuitorului ar fi fost îndreptățită; însă acest lucru nu s-a întâmplat sub nicio formă în realitatea noastră judiciară.

Ne reține atenția, în acest context, luarea de mită [art. 289 noul C. pen.] ale cărei limite speciale ale închisorii sunt mai reduse (2 la 7 ani față de 3 la 12 ani în reglementarea actuală), în condițiile în care criminalitatea se menține la un nivel ridicat, iar necesitățile prevenirii și combaterii corupției impun menținerea unor pedepse severe, mai ales în aceste momente când țara noastră este supusă unui proces de monitorizare din partea Uniunii Europene.

Nu trebuie să uităm nici furtul simplu [art. 228 alin. (1) noul C. pen.], a cărui sancțiune este foarte redusă (închisoare de la 6 luni la 3 ani sau amendă față de închisoare de la 1 la 12 ani în reglementarea actuală), deși statisticile indică o criminalitate ridicată. Dar ce să mai zicem de înșelăciunea simplă [art. 244 alin. (1) noul C. pen.] care este sancționată doar cu pedeapsa închisorii de la 6 luni la 3 ani (față de 6 luni la 12 ani în reglementarea actuală) sau tâlhăria simplă [art. 233 noul C. pen.] care este sancționată doar cu pedeapsa închisorii de la 2 la 7 ani (față de 3 la 18 ani în reglementarea actuală).

Dacă ne aducem aminte, până în anul 1996 erau prevăzute sancțiuni mici în cazul multor infracțiuni (furtul simplu – închisoare de la 3 luni la 2 ani sau amendă, furtul calificat – închisoare de la 1 la 5 ani, tâlhăria simplă – închisoare de la 2 la 7 ani, înșelăciunea simplă – închisoare de la 3 luni la 2 ani sau amendă, înșelăciunea agravată – închisoare de la 1 la 3 ani etc.), a căror comitere cunoscuse o recrudescență mare, fapt ce l-a determinat pe legiuitorul de atunci, la cererea parchetelor, să înăsprească regimul de sancționare prin Legea nr. 140/1996, sancțiuni care au fost menținute până

în prezent și care vor fi menținute (dacă nu intervin modificări) până în momentul intrării în vigoare a noului Cod penal.

Oricum mulți infractori condamnați definitiv la pedepse mari și aflați în executarea acestora, așteaptă cu nerăbdare intrarea în vigoare a noului Cod penal pentru a fi puși în libertate. Va fi, dacă putem să spunem așa, o „amnistie generală”.

2. Renunțarea la unele incriminări. Legiuitorul noului Cod penal a renunțat la unele incriminări, în condițiile în care realitatea socială nu a reclamat acest lucru. După cum se știe, legiuitorul trebuie să fie un receptor al necesităților sociale și să acționeze pentru satisfacerea acestora; el nu poate avea o conduită legislativă contrară societății pe care o guvernează.

În această materie, ne rețin atenția câteva manifestări contrare realităților sociale:

A. Seducția. Noul Cod penal nu mai incriminează seducția, dând expresie astfel criticilor care i s-au adus și considerării acesteia ca o incriminare total anacronică, pornind de la faptul că ea ocrotește instituția căsătoriei în latura ei formală, iar pe de altă parte, starea de virginitate a minorei, pur și simplu²⁶.

Pornind de la situația minorei care este indusă în eroare de infractor, prin promisiuni de căsătorie, în vederea întreținerii de raporturi sexuale, suntem de părere că legiuitorul noului Cod penal s-a pripit în luarea hotărârii privitoare la neincriminarea seducției, lăsând în afara ocrotirii penale un segment important al relațiilor sociale, și anume cele referitoare la libertatea sexuală a persoanei de sex feminin care nu a împlinit vârsta de 18 ani, cu un impact deosebit asupra dezvoltării personalității (psihologice și morale) a acesteia. Nu trebuie să uităm că sunt infractori care profită de credulitatea și naivitatea unor minore, lăsând urme adânci în psihicul lor, iar practica judiciară a înregistrat asemenea cazuri.

Iată de ce considerăm că se impune incriminarea faptei de seducție și în viitor, legiuitorul trebuind să intervină imediat, înainte de intrarea în vigoare a noului Cod penal. Norma de incriminare ar urma să aibă următorul conținut: „Fapta aceleia care, prin promisiuni de căsătorie, determină o persoană de sex feminin mai mică de 18 ani de a avea cu el raport sexual, act sexual oral sau anal, precum și orice act de natură

²⁶ V. Cioclei, *Drept penal. Partea specială. Infrațiuni contra persoanei*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 261.

sexuală, se pedepsește cu închisoare de la 1 la 5 ani. Împăcarea părților înlătură răspunderea penală”²⁷.

B. Înșelăciunea în convenții. În noul Cod penal nu mai este incriminată înșelăciunea în convenții [varianta specială de la alin. (3) al art. 215 C. pen. în vigoare], deși realitatea faptică nu reclama o asemenea dezincriminare (*abolitio criminis*).

Deja, în doctrină au apărut discuții cu privire la descoperirea voinței reale a legiuitorului: a dezincriminat sau nu o asemenea faptă. În timp ce unii autori susțin că a intervenit o dezincriminare²⁸, alții susțin că înșelăciunea în convenții se află în continuare în sfera ilicitului penal, ea constituind o modalitate faptică de săvârșire a infracțiunii de înșelăciune simplă sau agravată, după caz²⁹. Dacă se adoptă această din urmă teză, atunci se pune întrebarea: Orice inducere în eroare atrage răspunderea penală sau numai aceea fără de care cel înșelat nu ar fi încheiat sau executat contractul în condițiile stipulate (ca în Codul penal în vigoare)?

Oricum pentru a se evita orice discuție, înșelăciunea în convenții trebuie să fie prevăzută în mod expres și în noul Cod penal.

Trebuie să amintim că înșelăciunea în convenții, în forma actuală (din Codul penal în vigoare), a fost incriminată și în legile anterioare [Codul penal din 1936 – art. 551, Codul penal din 2004 – art. 260 alin. (3)]. De asemenea, înșelăciunea în convenții este incriminată și în legislațiile altor state (art. 641 C. pen. italian³⁰).

C. Înșelăciunea prin emiterea de cecuri fără acoperire. Această formă a înșelăciunii constă, potrivit alin. (4) al art. 215 C. pen. în vigoare, în emiterea unui cec asupra unei instituții de credit sau unei persoane, știind că pentru valorificarea lui nu există provizia sau acoperirea necesară, precum și fapta de a retrage după emitere provizia, în tot sau în parte, ori de a interzice trasului de a plăti înainte de expirarea termenului de prezentare, în scopul de a obține pentru sine sau pentru altul un folos material injust, dacă s-a pricinuit o pagubă posesorului cecului. Alin. (4) a fost introdus în art. 215 prin Legea nr. 140/1996, pentru a se pune capăt

²⁷ Gh. Ivan, M.-C. Ivan, *Seduction. Past, present and future*, Agora International Journal of Juridical Sciences, vol. VIII, no: 2, 2011, p. 369-373,

<http://www.juridicaljournal.univagora.ro>; Gh. Ivan, *Drept penal. Partea specială. Cu referiri la Noul Cod penal*, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 207.

²⁸ Gh. Ivan, *Drept penal. Partea specială. Cu referiri la Noul Cod penal*, cit. supra, p. 314.

²⁹ C. Duvac, *Înșelăciunea în noul Cod penal*, în „Dreptul” nr. 1/2012, p.105.

³⁰ Art. 641 (Insolvența frauduloasă) – Oricine, disimulând propria stare de insolabilitate, contractează o obligație cu intenția de a nu o îndeplini, este pedepsit, la plângerea persoanei lezate, dacă obligația nu a fost îndeplinită, cu reclusiune până la 2 ani sau cu amendă până la 516 euro [alin. (1)]. Îndeplinirea obligației înainte de condamnare stinge infracțiunea [alin. (2)].

contradicțiilor existente în doctrină și practică: În cazul emiterii unui cec în condițiile menționate, unii susțineau că fapta constituie numai infracțiunea de falsificare de monede prevăzută în art. 282 alin. (1) C. pen. în vigoare, alții că aceasta constituie numai infracțiunea prevăzută în art. 84 din Legea asupra cecului nr. 59/1934, iar alții că aceasta constituie infracțiunile de înșelăciune în convenții prevăzută în art. 215 alin. (2) și (3) C. pen. în vigoare, fals intelectual prevăzută în art. 289 alin. (1) C. pen. în vigoare și uz de fals prevăzută în art. 291 C. pen. în vigoare. Până la Legea nr. 140/1996, în Codul penal în vigoare nu a existat o asemenea incriminare. În perioada comunistă era exclusă comiterea unei înșelăciuni prin emiteri de cecuri, deoarece toate unitățile economice erau de stat, neexistând o economie de piață liberă, iar după Revoluția din Decembrie 1989 economia de piață era încă în formare, apărând încetul cu încetul și fapte concrete de înșelăciune prin emiteri de cecuri, fenomenul luând amploare prin anii 1994-1996, când legiuitorul român a intervenit și a introdus incriminarea despre care vorbim.

În noul Cod penal nu mai regăsim această formă a înșelăciunii, deși realitatea faptică nu reclama o asemenea dezincriminare (*abolitio criminis*). Totuși, după intrarea în vigoare a noului Cod penal se vor aplica dispozițiile art. 84 din Legea asupra cecului nr. 59/1934, dacă legiuitorul nu va proceda între timp la o trecere a faptelor prevăzute în acest text în sfera contravențiilor, așa cum intenționează în prezent³¹.

Trebuie să amintim că înșelăciunea prin emiteri de cecuri a fost incriminată și în legile anterioare [Codul penal din 1936 – art. 553, Codul penal din 2004 – art. 260 alin. (4)].

3. Renunțarea la unele instituții importante în combaterea corupției. A. Darea de mită. Cât privește *restituirea bunurilor* care au fost date după denunțul formulat de către mituitor, ultima teză a alin. (4) al art. 290 noul C. pen. este discutabilă, atâta timp cât legiuitorul noului Cod penal militează pentru descoperirea infracțiunii de luare de mită prin consacrarea instituției cauzei speciale de nepedepsire, dar în același timp, împiedică acest lucru prin introducerea altora. Oare, nu apare acest lucru atunci când mituitorul știe că, chiar dacă ar denunța fapta, nu va beneficia de restituirea unor bunuri, de pildă, de valoare, date funcționarului public anterior formulării denunțului? Răspunsul nu poate fi decât afirmativ, și este dat chiar de un teoretician al dreptului

³¹ A se vedea, art. 20 din Proiectul de Lege pentru punerea în aplicare a Codului penal și pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții penale, <http://www.just.ro>.

penal și în același timp și practician al acestuia în materia combaterii corupției.

B. Cumpărarea de influență. Aceeași situație o întâlnim și în cazul acestei infracțiuni. Alin. (3) al art. 292 noul C. pen., privitor la restituirea bunurilor care au fost date după denunțul formulat de către cumpărătorul de influență, este discutabil și nu poate avea ca efect decât împiedicarea descoperirii infracțiunii de trafic de influență. Ne întrebăm oare de ce legiuitorul a procedat în acest mod, în condițiile în care corupția la nivel înalt și mediu subzistă în procente alarmante³² și se impune ca organele specializate să aibă la îndemână mijloace suficiente de combatere a acesteia.

Concluzii

Fără a avea pretenția că am epuizat subiectul, nădăjduim că analiza noastră va sta la baza unei viitoare perfecționări a noii legi penale.

Situațiile pe care le-am prezentat ne arată că legiuitorul noului Cod penal a ignorat rolul important al doctrinei în realizarea operei sale de codificare în materie penală. De asemenea, legiuitorul nu a ținut seama de practica judiciară și nici de necesitatea combaterii eficiente a criminalității.

³² A se vedea Raportul privind activitatea desfășurată de Direcția națională Anticorupție în anul 2011, <http://www.pna.ro/faces/results.xhtml>; Raportul privind activitatea desfășurată de Ministerul Public în anul 2011, http://www.mpublic.ro/presa/2012/raport_mp_2011.pdf.

SOME CONSIDERATIONS ON EXTINGTIVE PRESCRIPTION IN REGULATING THE NEW CIVIL CODE

Costin MĂNESCU *

Abstract

Extinctive prescription is defined as a penalty consisting of law to settle the substantive law in action has not been exercised within (article 2500 paragraph 1 Civil Code). Through this study we intend to draw a parallel analysis of the rules governing prescription extinctive-stated rules in the new Civil Code which came into force on 1st October 2011 - with reference to the old regulatory extinctive prescription rules regulated under previous legislation.

The new Civil Code entered into force in 2011 prescription is covered in the book entitled On the sixth extinctive prescription, decay and calculation time. According to paragraph 1 of Article 2500 extinctive prescription is defined as one that is fighting penalty under the law of substantive law within the was not exercised action.

A first and a significant new find in the regulation prescription what that institution. If the prescription was an old regulation Institute of public policy, regulation referred to in Article 18 of the former Decree No. 167/1958, the current regulation only prescription is an institution of public order, but orders regulated a private institution, prescription not operate automatically, the need to be raised by the interested party. Therefore, the judicial authority will not be able to apply the limitation of office under paragraph 2 of Article 2512 Civil Code. The prescription may not be invoked by default even in those cases in which cases would be in state or administrative-territorial units under paragraph 3 of Article 2512 Civil Code. Confirming the nature of private order institution legislator stated in Articles 2507-2511 Civil Code permitted to refuse a prescription. New Civil Code provides that the substantive law in action is extinguished by prescription if not exercised within the period prescribed by law, the right of action understood the right to compel a person with public force to execute a specific service to meet a particular legal situation or incur any civil sanction. Rights to Action with a heritage object are

* Ph.D Assistant, Faculty of Law Tg-Jiu, University Titu Maiorescu, Email: av.costinmanescu@gmail.com

subject extinctive prescription, unless otherwise determined by law, but in some cases specifically provided by law are subject to extinctive prescription and other rights, regardless of their subject. The code establishes the right of action indefeasible rule, Article 2502 stating that it is inalienable right of action in cases specifically provided by law, and whenever, the subjective nature or subject matter protected, its exercise may be limited in time.

Thus, the code and indefeasible right: 1. action on the defense of property right, unless otherwise provided by law, 2. action for a declaration of whether a right, 3. nullity action in finding a legal act; 4. action on the absolute nullity of the certificate of inheritance, if its object is to either establish mass succession or partition inheritance, subject to acceptance within the legal heritage. In the ECAC limitation period for action on accessory rights the code states that lapsed when the action turns off the main right and right to act on each of these services goes through a special prescription, even if the debtor continues to perform one or other benefits. The limitation period for action on the main claim to not attract lapsed mortgage action. In this case the lender can follow the Code in the law, only movable or immovable property mortgaged, but only limited amounts of such goods. These provisions, listed above limitation shall not apply to the right of action for payment of interest and other accessories of mortgage debt, which outside capital cannot be covered after reaching limitation of recovery, the process forced the encumbered asset. Under Article 2505 of the Code compensation limitation shall not prevent extinction through reciprocal claims or right of retention if the right action was prescribed when they could have opposed compensation or right of retention. The interested party has the possibility that after the expiration of the limitation to refuse performance of the contract. If the performance was voluntarily executed after the limitation period had been fulfilled, he has no right to demand restitution of the benefit, even if at the date of knew that the time limitation had expired, the code which supports the service recipient. Moreover, under Article 2503, paragraph 4, recognizing the right, made by a document, as well as collaterally for the right holder whose action is limitation shall apply, even if they did not knew that the limitation was reached in this case are applicable to the waiver of prescription rules. The Civil Code Article 2507 provides that no limitation may be waived while not started to run, but may waive the fulfilled limitation, and the elapsed time for the prescription benefit started and was unfulfilled. The waiver may be express or tacit prescription. The tacit renunciation must be unquestionable, it may result only in unequivocal manifestations. In the ECAC persons may waive the limitation, the code

provides that no person may waive the limitation of the ability to dispose or to oblige. The waiver of limitation has the effect start running a new prescription of the same, but if the party entitled to waive the benefit period up to the time elapsed, provisions for termination are barred by law recognition. The waiver takes effect only on those who did. It cannot be invoked against co-debtors or of a united and indivisible obligations against. The time by which you can invoke the limitation is established by Article 2513 which states that the prescription can be opposed only in the first instance, the screen or, failing invocation, not later than the first hearing where the parties are legally summoned.

The extinctive prescription is regulated by law is forbidden to any clause which either directly or indirectly an action would be declared indefeasible, although by law it is prescriptive, or vice versa, declared indefeasible action would be considered prescriptive. Parties have full legal capacity may, by express agreement to modify the length of limitation periods or alter the prescription by setting its beginning or changing legal causes for suspension or termination thereof. This provision appears as a novelty, introduced by code that limitation periods can be reduced or enlarged by consent of parties, but without the new program duration is less than one year nor more than 10 years , except the prescribed periods of 10 years or longer, which can be extended by consent of parties to 20 years. In this sense, within the limitation period is a year-and minimum-maximum 10 years, with the exception shown above, this is where the limitation period of 10 years or more where the maximum period can get, with the consent of the parties up to 20 years. These provisions do not apply to rights action cannot have parties or derived from standard contract actions, insurance and subject to the law on consumer protection. The general limitation period is three years, unless the law provides another term as conform Article 2517 of the Code. Code sets and other limitation periods, respectively 1 year, 2 years, 10 years. Thus, within the prescribed 10 years right of action regarding:-real rights are indefeasible or declared by law not subject to another limitation period - material or moral damage caused to an individual by torture or acts of barbarity or, as appropriate, to the cause through violence or sexual assault committed against a minor or a person unable to defend or to express their will;-made environmental damage, Article 2519 is prescribed within 2 years right of action based upon an insurance or reinsurance, and the right of appeal to the payment of remuneration payable to intermediaries for services rendered under such contract. Such prescribing within 1 year if the right to action: 1. hotel and catering professionals for services they provide, 2. teachers, primary school, masters and artists for

lessons given by hour, day, 3. doctors, midwives, and pharmacists nurses for visits, surgery or drugs 4. retailers, for payment of goods sold and delivered supplies; 5. craftsmen and artisans, to pay their work, 6. lawyers against clients for payment of fees and expenses. In this case the limitation period is calculated from the date of the final judgment or that of reconciling the parties or the revocation of the mandate. If the limitation is unfinished business for three years so the last date benefits effectuate. July. notaries and bailiffs in the payment amounts are due to acts of their office, the limitation is going to be counted from the day when such amounts become due. August. engineers, architects, surveying, accounting and other self-employed, for payment of their due, the limitation period is counted in this case the day when work is finished. In all cases, further lessons, services, supplies, documents or works does not interrupt prescription on outstanding amounts. Also under Article 2521 shall lapse within one year and appeals regarding the return of proceeds from the sale of tickets for a show that never took place. Also, unless otherwise provided by law, prescribing all within 1 year and appeals sprung from a contract of carriage of goods by land, air or water, against the carrier. When the contract of carriage was made to be executed successively or, where appropriate, combined with the same means of transport or public transport links, the limitation period is 3 years

In what concerns the reinstatement of limitation, the provisions of the new code does not differ from the old civil code, establishing that a person of good reasons not exercised its right of action within prescription may request competent tribunal limitation and reinstatement proceedings, if exercised the right of action before the end of a period of 30 days from the day when he knew or ought to know the reasons justifying termination overcome the limitation period.

Shall begin to run from the date when the owner of the action knew or ought to know his birth. If the contractual obligations to give or take prescription begins to run from the date when the obligation becomes due and the borrower should execute it. When the right is affected by the standstill period, the prescription begins to run from the expiry or, if necessary, after giving the benefit of exclusive deadline for creditors, or if the law is affected by a condition precedent, the prescription begins to run the date the prescription was fulfilled. The limitation of action for restitution of benefits law made under an act annulled or dissolved for rescission or other cause of inefficiency starts from the date of the final decision that abolished the act or, as appropriate, after the declaration of rescission or termination became final. If successive benefits, the prescription right of action begins to run from the date at which that

benefit is payable, and if you make up a whole benefit from the date when the last benefit becomes payable. The prescription begins to run on time limits prescribed by law or established by the parties for payment of the insurance payment that allowance or appropriate compensation payable by the insurer, if insurance contract. If a right of action to repair damage that was caused by an unlawful act, the prescription begins to run from the date when the injured party knew or ought to know the damage and the one responsible for it.

Suspending extinctive prescription is governed by Article 2532 of the Code. According to the article shows, prescription begins to run, and if commenced, it shall be suspended: - between spouses, how long married and not separated in fact,-the parents, guardian or trustee and the lack of legal capacity or with limited legal capacity or between curators and those they represent, how long protection and checkbook were not given and approved, - between any person which under the law of a judgment or an act, the administrator of others and those whose assets are managed so as long as the administration has not ceased and checkbook were not given and approved, if the free-exercise capacity limited or restricted legal capacity, while the administration has no administrator or guardian legal, except where there is a contrary statutory provision;-as long as the debtor, deliberately hide creditor debt or liability for its existence,-the entire duration of negotiations to resolve disputes amicably between the parties, but only if they were held in the last six months before the expiry of the limitation;-where the action may be entitled to use some prior procedure, such as administrative complaint, seeking reconciliation or others, while not known and did not have to know the outcome of that procedure, but no longer than 3 months after initiation of the procedure, whether by contract or law has provided another term,-if the right holder or that the violation is part of the forces Romania's armies, while they are in a state of mobilization or war. In this case are considered and civilians who are in the armed forces for reasons of service requirements imposed by war. - If that against which flows or would flow limitation is prevented by force majeure to acts of disruption, while not stopped the foreclosure. If force majeure is temporary it does not constitute grounds for suspension of prescription only if occurs within 6 months before the expiry of the limitation;-in other cases provided by law. Not run in succession limitation on claims against the deceased that they have on the heritage while this was not accepted by succession or, failing acceptance, while not a legal guardian has been appointed to represent him. If the heirs of the deceased did not accept the inheritance or was not appointed a guardian to represent them, not run no prescription for them. From the date of

suspension due to the longer limitation period resumes, whichever the expiry and the time before the suspension. She, suspension, may be invoked only by the party was unable to do acts of interruption, unless otherwise provided by law. In what concerns the withdrawal prescription under Article 2537 of the new code over old cases to interrupt the code, but extending legal situations that lead to discontinuation of prescription. In conclusion, extinguishing observing regulation of the prescription given by the new civil code and considering the old regulation and find that the rules governing the institution in the new civil code rules tailored legal reality are seen in society able to cope with multiple social relationships.

References:

- Romanian Civil Law, Introduction to civil law, George Beileu,
Publishing and Press House CHANCE SRL, Bucharest, 1995.
Civil Law, General Theory, Merișescu Anica, Craiova, 2010.
Romanian Civil Law. General Theory, Joseph R. Urs, Oscar Print
Publishing House, Bucharest, 2001.
Law No. 287/2009 on Civil Code.

STATUS OF CONTRACTS DEBIT RIGHTS AGAINST CREDITORS IN INSOLVENCY PROCEEDINGS

Romulus MOREGA *

Abstract

Faced with the threat of loss of control of its business, the debtor will first try to save their business, making efforts to create an image - often false - of good repute and credibility, making that information, financial accounts is in its possession not available to creditors. This information may be used or trafficked in dishonest in damage creditors, who have invested confidence in the debtor, however, when they entered into business with him.

The Insolvency Law sets up an action to annul the transactions and transfers made by the debtor in the suspect period, action designed to remarke the debtor's estate and to re/instate the creditors in a collective and equal position regarding the estate to share. It is enough to state the fraud, not to prove it, the debtor or the counterparty of the debtor having the burden to over turn the presumption, in order to keep safe the transaction made in the suspect period.

Keywords: *insolvency, debtor, fraud, bankrupt, commercial operations*

During the pre-emergence insolvency, the debtor may be hiding some of the property by fictitious payment, donations etc. in fraud of its creditors all or only some of them are onerous to complete certain transactions under the liquidity pressure under conditions not favorable for him, on idea of maintaining the appearance of normality. For these reasons, all bankrupt laws contain provisions designed to prevent the conclusion of such acts.

Clarifying the fate of these acts and operations in the interest of both contracting parties. In this respect, the administrator/liquidator, seeking maximum results, will proceed to their retention or temination. Both measures are governed by the principle of maximizing the value of the debtor's assets, applying in both cases by the courts, and in the bankruptcy. Actions brought by the administrator/liquidator under this provision are exempt from stamo duty, the idea of burden on the debtor's property, which at the time the procedure, however, still lacks liquidity.

* Ph.D Lecturer, Faculty of Law Tg-Jiu, University Titu Maiorescu Bucharest, Email:

In accordance with article 79 of Law no.85/2006, the administrator or, where appropriate, judicial liquidator may petition to the bankruptcy judge to cancel fraudulent actions concluded by the debtor to the detriment of creditor's rights in the 3 years prior proceedings.

The law gives no definition of fraud or fraudulent act. In the specialized literature the notion of fraud is controversial. Thus, fraud is an act of deception by the debtor to creditor, the latter is contracting its heritage, there by avoiding the collateral it and causing general creditors and aggravating thus insolvency.

In fact, in literature there have been many trends shaping the concept of fraud, saying the majority by fraud means that the borrower has realized just knew that the act which he concluded his cause or aggravates their insolvency (Josserand L., 1939). For the existence of fraud is sufficient that the debtor knew that the end of his act worsens causing injury to its creditor.

With regard to fraudulent acts, he felt that those were committed in bad faith in order to violate the right of another person (a creditor). (Popescu T.R., Anca P., 1983)

In another opinion (Angheni S., 2004, p.337), it was shown that fraudulent acts referred to in article 79 of law are acts which ended with an offense (forgery, fraud, fraudulent management, embezzlement, fraudulent bankruptcy) or the conditions of a civil offense. Thus, one cannot overlook the cancellation of legal acts unless proved guilty of willful existence of debtor.

In conclusion, it is estimated that are fraudulent, according to article 79 of law, those acts signed by the debtor during the 3 previous years (the period of general limitation) in bad faith, acts that lead to the detriment of its creditors. The practice was canceled sale of shares agreement concluded by the former superintendent, in bad faith, shortly after the introduction of the lender of application to start the judicial reorganization and bankruptcy, hoping in this way may not be responsible for the large debts of the company.¹

The legislature allows the administrator/ liquidator to bring proceedings for annulment of these acts under article 79 of law, embodying on art. 80 more cases of potential fraud (Schiau I., 2001; Bufan R., 2001).

¹ Tribune Bucharest, s com no. 774 of April 10, 2003 (file 164/2003), unpublished

So, we consider that article 79 has a general character, allowing the administrator/ liquidator to act whenever it believes that the rights of creditors defrauded by the debtor acts, situations not expressly provided by law.

In article 80 of law the legislature has example administrator/ liquidator may bring suit for cancellation or transfer of property rights up to others and return of assets transferred by them and other such performance values made by the debtor.

a) transfer documents for free, made in the three years prior proceedings. Fall into this category all free acts translative property, movable or immovable property.

It is not only authentic direct donation and remissions duty, bail or release a right for free remissions of debt, member ships to terminate a contract etc.

Not fall within article 80 letter a) transfers as apparently free, but really interested, such as sponsorship. The text provides no altruistic acts through which it pursues a free benefit for another person, not to achieve a transfer of property or rights of the debtor's assets. On the other hand, the rule of law are not applicable to any service free contracts of charge not involving transfers of ownership.

Such acts will not be canceled unless they are fraudulent. The reason of law text is incompatibility between the gratuity law that makes the debtor and to business, especially in such a situation (is unnatural to make gifts when you can not pay their debts to others) (Turcu I., 2002, p.295). Effects consist in returning goods is allowed and the debtor's property values. Acquirer, even if it was in good faith, must return the property, including fruit collected. From this rule there is an exception (specifically required by law to article 80 points, letter a), the second sentence of the law) sponsorships for humanitarian purpose.

b) commercial operations where the debtor's performance clearly exceeds the one received, made three years before proceedings.

The reason for establishing this text is that by accepting a benefit clearly inferior to his own benefit, the debtor sought to reduce their assets to the detriment of creditors. These unbalanced trade most often hide gratuitous acts. The commercial operations means not only the acts of trade objectives. They have been treated as operations on buildings included on goodwill (Turcu I., 2002, p.296).

The juridical literature² stated that to fall under article 80, letter a), commercial operations must fulfill the following conditions:

- the contract has to be commutative and not random, so are not included in this category as random contracts, by their nature, it requires again or loss opportunity for one party, the disproportion between the benefits the result of external circumstances will the parties, which excludes fraud.
- imbalance clearly be detrimental to the debtor
- obligations of the debtor in the operation to be manifestly proportion to the consideration of the other parts.

For example, was canceled a sales contract that the deposit of goods for sale price it was much lower than the value (determined by finding technical report)³.

The juridical literature has shown that, although it is estimated that an argument of this text would be to the presumption of bad faith third party, however, can not be taken into account if future buyers of bankrupt can prove their perfect good beliefs, that disproportion, en significant, was justified by special circumstances of the operation (Pașcanu M., 1926).

c) documents concluded in the three years preceding the opening of proceedings, with the intent of all parties involved to take away goods from prosecution by creditors or to harm their rights in any way. Conditions to promote such actions are similar to those covered by the previous text of the law, but the act must be made with the intent of all parties of harming creditors intent to be proven, it not being able to assume (the existence of fraudulent concert);

d) acts of transfer of property to a creditor to settle a previous debt or the benefit thereof, made during the 120 days preceding the opening of proceedings, if the amount the creditor could obtain bankruptcy of the debtor is less than value of the transfer deed. Are considered cases of extinction of a prior debt other than the usual (payment in cash, bills or transfer), namely through a transfer of property, or giving off a debt in payment. The French law was retained commissioning situations when instead of paying the amount due the debtor has given materials or goods or a vehicle used to teach instead of contracted.

e) the creation or completion of a guarantee for a debt that was unsecured, during the 120 days prior to initiation. The creation or completion of a

² Tribune Dolj, *Civil Code* no. 121/22 dec. 1999, E. Lovin, Reports., P 242.

³ Tribune Dolj, *Civil Code* no. 121/22 dec. 1999, E. Lovin, Reports., P 242.

guarantee for unsecured debt that was presumed that aims to promote a creditor against other creditors, even with guarantees. Legal provisions on collateral only and not personal ones. However, no guarantees and privileges applicable law, but applies conventional and judicial guarantees. It is considered that the presumption of fraud may be rebutted by proof of good faith of the collateral taker.

f) anticipated debt payments made during the 120 days preceding the opening of proceedings, if their maturity was set for later proceedings.

The reason lies in the legislature favoring some creditors because, although their claims become due, the debtor has made payments for the settlement of the conditions in which to others he could not honor their debts. Thus, the debtor operations are inconsistent with their position is in violation of the principle of equal treatment for creditors. Acts are voidable, regardless of the quality of third party, therefore its provisions are applicable to acts concluded with third parties affected by paragraph 2 of Article 80, so the affiliates. Also voidable are transactions entered into by the debtor in proceedings before the opening, with people having special relations with it:

a) a partner or a shareholder owning at least 20% of company capital, whether it is agricultural society, partnerships, limited partnerships or limited liability;

b) a member or administrator, when the debtor is an economic interest group;

c) a shareholder owning at least 20% of the shares of the debtor or, where appropriate, of the voting rights at general meetings of shareholders, the debtor is that company stock;

d) a director, trustee or member of supervisors of the debtor, cooperative, joint stock company with limited liability and, where appropriate, agricultural society;

e) any person who is dominant over the debtor or its activities;

f) with a co-owner of a common good.

Regarding the cancellation of legal acts, we have to do some clarification about the conditions of eligibility: Article 80, paragraph 2 of law for both commercial operations and the civilian, these transactions be made to the detriment of creditors. As the dominant position, the term used in Article 80 paragraph 2 letter e), in the absence of definitions in our legal literature has tried to explain them by referring to the dominance of commercial

competition (was considered to be the dominant position, the undertaking may be able to perform in a given market leadership, so that competitors could be forced to comply with its attitude). (Schiau, 2001, p.152-153)

In conclusion, we believe that dominance is the situation of law or fact, existing on the trade date, which allowed the creditor - debtor affiliated person requiring completion of certain acts. We believe that the legislature considered the possibility that other natural or legal person to influence management decisions in the debtor and therefore its activity, not a person or an associate, but no administrator, director or member of organs supervision of the debtor.

Bibliography

- S. Angheni, *Commercial law*, All Beck Publishing - coordinator, Bucharest, 2004.
- Gerasimos D., *Good faith in civil legal relations*, RSR Academy Press, Bucharest, 1981.
- T. R. Popescu, P. Anca, *International trade law*, Didactic and Pedagogic Publishing House, Bucharest, 1983.
- C. Stătescu, C. Barsan, *Civil law. General theory of obligations*, All Publishing House, Bucharest, 1997.
- I. Schiau, *Legal regime of commercial insolvency*, All Beck Publishing House, Bucharest, 2001.
- Ion Turcu "Law on insolvency proceedings - a new stage in the legislative reform" - <http://www.liquidation.ro/phoenix/> *Commercial Law Review*, 2006-2007 period.
- Collection of legal practice in commercial matters, from 2007 to 2008.

THE FINANCIAL INVESTMENTS SERVICES COMPANY

Răducan OPREA *
Ramona OPREA **

Abstract

The financial investments services company is the joint stock company which has as an exclusive object the provision of investment services and operates under the supervision of the National Securities Commission.

The financial investments services company can operate main services and related services.

The minimum share capital is Euro 50,000 - 730,000 Euro - depending on the financial investment services it provides.

Cadrul legislativ

Doctrina a definit societatea de servicii de investiții financiare ca fiind "acea societate comercială pe acțiuni, constituită în conformitate cu prevederile L.S.C. (Legii societăților comerciale) și ale L.P.C. (Legii pieței de capital), având ca obiect exclusiv de activitate prestarea de servicii de investiții financiare, și care funcționează conform autorizării și sub supravegherea C.N.V.M."¹

Premisele apariției pieței de capital din România au fost create de intrarea în vigoare a Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale, care a asigurat cadrul legislativ necesar apariției și funcționării societăților comerciale pe acțiuni, precum și a definirii principalelor produse ale pieței de capital: acțiunile și obligațiunile.

O verigă esențială în stabilirea cadrului legislativ cu privire la dezvoltarea pieței de capital a constituit-o Legea nr. 52/1994 privind valorile mobiliare și bursele de valori. Această lege a creat condițiile necesare pentru apariția actualelor instituții ale pieței de capital. Cea mai

* Ph.D, Professor, Faculty of Judicial, Social and Political Sciences, "Dunărea de Jos" University of Galati, Romania, Email: raducan.oprea@ugal.ro

** Ph.D Student, Assistant, Faculty of Judicial, Social and Political Sciences, "Dunărea de Jos" University of Galati, Romania, Email: ramona.m_oprea@yahoo.es

¹ Titus Prescure, *Legea pieței de capital*, Ed CH BECK, Bucuresti 2008, p. 56.

importantă dintre acestea este Comisia Națională a Valorilor Mobiliare (CNVM) care a devenit autoritatea supremă a pieței de capital din România.²

Abrogarea acesteia a fost impusă de asigurarea condițiilor necesare respectării cerințelor prevăzute de Directivele Uniunii Europene în domeniu, de asigurarea transparenței, protecției investitorilor, a stabilității sistemului financiar, de întărire și dezvoltare a piețelor reglementate de valori mobiliare și instrumente financiare derivate.

Obiectivul principal al recomandărilor a fost stabilirea unor standarde comune de etică comportamentală a participanților în vederea asigurării unei funcționări corecte a pieței de capital și protejarea interesului general. Principiile generale stabilite se refereau, în principal, la exigențele și interdicțiile privind transparența și calitatea informației, manipularea pieței, gestionarea conflictului de interese, egalitatea de tratament a investitorilor, secretul profesional și regulile de operare pentru societățile de servicii de investiții financiare.³ Transpunerea recomandărilor Uniunii Europene era deja asigurată, în parte, de legislația în vigoare. Cu toate acestea, în scopul armonizării legislației românești cu evoluțiile înregistrate la nivelul legislației comunitare și pentru eliminarea unor bariere referitoare la libera circulație a serviciilor, a fost adoptată Legea nr.297/2004 privind piața de capital.

Prestarea serviciilor de investiții financiare în România este rezervată numai persoanelor juridice ce o desfășoară cu titlu profesional denumiți de legislația pieței de capital intermediari. Intermediarii pe piața de capital din România sunt reprezentați de societăți de servicii de investiții financiare autorizate de Comisia Națională a Valorilor Mobiliare și instituții de credit autorizate de Banca Națională a României.

Astfel, conform Legii nr.297/2004 privind piața de capital, „societățile de servicii de investiții financiare, denumite în continuare S.S.I.F., sunt persoane juridice, constituite sub forma unor societăți pe acțiuni, emitente de acțiuni nominative, conform Legii nr 31/1990, care au ca obiect exclusiv de activitate prestarea de servicii de investiții financiare și care funcționează numai în baza autorizației C.N.V.M.”⁴.

Obiectul de activitate al unei astfel de societăți este unul specializat și unic, în sensul că el poate privi doar activități de servicii de investiții financiare principale și conexe. Trebuie reținut că o societate de investiții

² C.N.V.M., *Ghid legislativ pentru piața de capital*, București, nov 2008, p. 165.

³ C.N.V.M., *op cit.*, p. 126.

⁴ C.N.V.M., *op. cit.*, p. 78.

financiare nu poate desfășura exclusiv activități de servicii conexe unora principale.⁵

Legea nr. 297/2004 privind piața de capital prevede enunțativ serviciile pe care o societate de servicii de investiții financiare (S.S.I.F.) le poate desfășura sub controlul și supravegherea constantă a Comisiei Naționale a Valorilor Mobiliare:

1. servicii principale:

- a) preluarea și transmiterea ordinelor privind unul sau mai multe instrumente financiare;
- b) executarea ordinelor în contul clienților;
- c) tranzacționarea instrumentelor financiare pe cont propriu;
- d) administrarea portofoliilor, inclusiv a portofoliilor de conturi individuale ale investitorilor, pe bază discreționară, cu respectarea mandatului dat de aceștia, atunci când aceste portofolii includ unul sau mai multe instrumente financiare;
- e) consultanță pentru investiții;
- f) subscrierea de instrumente financiare și/sau plasament de instrumente financiare în baza unui angajament ferm;
- g) plasamentul de instrumente financiare fără un angajament ferm;
- h) administrarea unui sistem alternativ de tranzacționare.

2. servicii conexe :

- a) păstrarea în siguranță și administrarea instrumentelor financiare în contul clienților, inclusiv custodia și servicii de legătură cu aceasta, cum ar fi administrarea fondurilor sau garanțiilor;
- b) acordarea de credite sau împrumuturi unui investitor pentru a-i permite acestuia efectuarea unei tranzacții cu unul sau mai multe instrumente financiare, în cazul în care societatea de servicii de investiții financiare este implicată în tranzacție;
- c) consultanță acordată entităților economice cu privire la structura de capital, strategia industrială și aspecte conexe acesteia, precum și consultanță și servicii privind fuziunile și achizițiile unor entități economice;
- d) servicii de schimb valutar în legătură cu activitățile de servicii de investiții prestate;

⁵ Regulamentul C.N.V.M. nr. 32/2006 privind serviciile de investiții financiare, p. 145.

e) consultanță cu privire la instrumentele financiare, prin această activitate înțelegându-se cercetarea pentru investiții și analiză financiară sau orice formă de recomandare generală referitoare la tranzacțiile cu instrumente financiare ;

f) servicii în legătură cu subscrierea de instrumente financiare în baza unui angajament ferm ;

g) serviciile și activitățile de investiții, precum și serviciile conexe de tipul celor prevăzute la pct. 1 și 2, lit. a) - f), legate de activul-suport al următoarelor instrumente derivate, în cazul în care acestea sunt în legătură cu prevederile privind serviciile principale și conexe :

g.1) opțiuni, contracte futures, swap-uri, contracte forward pe rata dobânzii și orice alte contracte derivate în legătură cu mărfuri care trebuie decontate în fonduri bănești sau pot fi decontate în fonduri bănești la cererea uneia dintre părți (altfel decât în caz de neplată sau de alt incident care conduce la reziliere) ;

g.2) opțiuni, contracte futures, swap-uri și orice alte contracte derivate în legătură cu mărfuri, care pot fi decontate fizic, cu condiția să fie tranzacționate pe o piață reglementată și/sau în cadrul unui sistem alternativ de tranzacționare;

g.3) opțiuni, contracte futures, swap-uri, contracte forward și orice alte contracte derivate în legătură cu mărfuri, care pot fi decontate fizic, incluse în categoria celor de la pct. g. 2) și neavând scopuri comerciale, care au caracteristicile altor instrumente financiare derivate, ținând seama, printre altele, dacă sunt compensate și decontate prin intermediul unor case de compensare recunoscute sau sunt subiect al apelurilor în marjă în mod regulat;

g.4) opțiuni, contracte futures, swap-uri, contracte forward pe rata dobânzii și orice alte contracte derivate în legătură cu variabile climatice, navlu, aprobări pentru emisii de substanțe sau rate ale inflației sau alți indicatori economici oficiali, care trebuie decontate în fonduri bănești sau pot fi astfel decontate la cererea uneia dintre părți (altfel decât în caz de neplată sau de alt incident care conduce la reziliere), precum și orice alte contracte derivate în legătură cu active, drepturi, obligații, indici și indicatori financiari, neincluse anterior în prezenta definiție, care prezintă caracteristicile altor instrumente financiare derivate, ținând seama, printre altele, dacă sunt tranzacționate pe o piață reglementată sau în cadrul unui sistem alternativ de tranzacționare, sunt compensate și decontate prin intermediul unor case de compensare recunoscute sau fac obiectul unor apeluri în marjă în mod regulat.

Se poate ca o societate de servicii de investiții financiare să fie autorizată numai pentru a desfășura anumite operațiuni prevăzute de

lege. Capitalul social și gradul de îndatorare al S.S.I.F.-ului joacă un rol foarte important în parametrii financiari impuși de lege pentru desfășurarea acestor activități complexe.⁶

Conform legii, „intermediarii care prestează astfel de servicii trebuie să aibă, așa cum prevede directiva, un capital inițial cuprins între 85.000 EURO și 730.000 EURO, în funcție de serviciile pe care este autorizat să le presteze. Pentru intermediarii care nu sunt autorizați să dețină fondurile și/sau instrumentele financiare aparținând clienților, capitalul inițial este de 50.000 EURO.”⁷

Pentru a putea funcționa în mod legal, orice S.S.I.F. trebuie supusă autorizării speciale de către C.N.V.M.O. astfel de cerință de ordin special trebuie îndeplinită după legala constituire a unui S.S.I.F., dar înainte de începerea activității.⁸

Legislația secundară aplicabilă S.S.I.F. a fost reprezentată, în principal, de:

- Regulamentul C.N.V.M. nr.3/2002 privind autorizarea și funcționarea societăților de servicii de investiții financiare;
- Instrucțiunile C.N.V.M. nr.1/2003 privind autorizarea societăților de valori mobiliare ca societăți de servicii de investiții financiare;
- Instrucțiunile C.N.V.M. nr.4/2003 de modificare a Instrucțiunilor C.N.V.M. nr.1/2003 privind autorizarea societăților de valori mobiliare ca societăți de servicii de investiții financiare.

Capitalul inițial

Potrivit prevederilor art. 7 al L.P.C., capitalul inițial al unei S.S.I.F. va fi determinat cu respectarea reglementării C.N.V.M., emise în conformitate cu legislația comunitară, și va fi de cel puțin:

a) echivalentul în lei a 50.000 euro, calculat la cursul de referință comunicat de Banca Națională a României, dacă S.S.I.F. prestează serviciile de investiții financiare prevăzute la L.P.C., nu deține fondurile și/sau instrumentele financiare aparținând investitorilor, nu tranzacționează instrumente financiare pe cont propriu și nu subscrie în cadrul emisiunilor de valori mobiliare în baza unui angajament ferm;

⁶ Titus Prescure, *op. cit.*, p. 56.

⁷ Legea nr. 297/2004 privind piața de capital publicată în Monitorul Oficial nr. 571/29.06.2004.

⁸ Regulamentul C.N.V.M. nr. 32/2006 privind serviciile de investiții financiare, p. 149.

b) echivalentul în lei a 125.000 euro, calculat la cursul de referință comunicat de Banca Națională a României, dacă S.S.I.F. prestează serviciile de investiții financiare prevăzute, nu tranzacționează instrumente financiare pe cont propriu și nu subscrie în cadrul emisiunilor de valori mobiliare în baza unui angajament ferm;

c) echivalentul în lei a 730.000 euro, pentru S.S.I.F. autorizate să presteze toate serviciile de investiții financiare.

Pentru fiecare tip de S.S.I.F. capitalul trebuie stabilit și în conformitate cu reglementările emise de către C.N.V.M. și în concordanță cu cerințele legislației comunitare aplicabile în materie.⁹

Legea pieței de capital nr. 297/2004 instituie regula financiar-contabilă conform căreia capitalul social inițial aparține categoriei fondurilor proprii, care include capitalul social subscris și vărsat, precum și alte categorii de componente patrimoniale reflectate în bilanțul contabil, toate acestea calculate conform metodologiei elaborate de C.N.V.M. , în acord cu legislația comunitară.

Astfel capitalul social al unei S.S.I.F. cuprinde:

- a) capitalul social subscris și vărsat ;
- b) prime de emisiune, mai puțin pentru acțiunile preferențiale cumulative;
- c) rezerve (rezerve legale, rezerve pentru acțiuni proprii, rezerve statutare sau contractuale și alte rezerve), cu excepția rezervelor din reevaluare;
- d) rezultatul reportat, reprezentând profit sau pierdere, auditat de un auditor financiar;
- e) profitul net al exercițiului financiar curent, auditat de un auditor financiar, din care se scad orice taxe și dividende care pot fi identificate.

C.N.V.M. este autorizată ca, prin ordin al președintelui său, să modifice periodic nivelul capitalurilor sociale ale fiecărei categorii de S.S.I.F. - uri pentru a se putea conforma cerințelor legislației comunitare aplicabile în materie.¹⁰

⁹ Legea nr. 297/2004 privind piața de capital publicată în Monitorul Oficial nr. 571/29.06.2004.

¹⁰ Legea nr. 297/2004 privind piața de capital publicată în Monitorul Oficial nr. 571/29.06.2004.

Autorizarea, suspendarea și retragerea autorizației de funcționare

Autorizarea

Pentru ca o S.S.I.F. să aibă dreptul să ceară eliberarea autorizației în vederea prestării serviciilor de investiții financiare dorite, este necesar să îndeplinească cumulativ o serie de condiții, în general, foarte precise și raționale.¹¹

Astfel potrivit art. 8 alin. 1 L.P.C., S.S.I.F. va fi autorizată să presteze servicii de investiții financiare dacă îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

- a) societatea să fie constituită sub forma juridică a unei societăți comerciale pe acțiuni;
- b) sediul social și sediul central, după caz, reprezentând locul unde se află centrul principal de conducere și de administrare a activității, să fie în România;
- c) obiectul de activitate să fie exclusiv prestarea de servicii de investiții financiare;
- d) calificarea, experiența profesională și integritatea administratorilor, conducătorilor, auditorilor și persoanelor din cadrul compartimentului de control intern să corespundă prevederilor reglementărilor C.N.V.M.;
- e) să se facă dovada existenței capitalului inițial minim, subscris și integral vărsat în numerar, în funcție de serviciile de investiții financiare ce vor fi prestate;
- f) prezentarea planului de afaceri, descrierea structurii organizatorice și a regulilor de ordine internă;
- g) prezentarea contractului încheiat cu un auditor financiar, membru al Camerei Auditorilor Financiar din România (CAFR) și care îndeplinește criteriile comune stabilite de C.N.V.M. și Camera Auditorilor Financiar din România;
- h) prezentarea structurii acționariatului, a identității și integrității acționarilor semnificativi;
- i) alte cerințe prevăzute în reglementările C.N.V.M.

Se poate observa așadar că administratorii, conducătorii și cei din compartimentele de control intern al oricărei S.S.I.F. trebuie să îndeplinească anumite criterii de calificare, experiență profesională și integritate, prin raportare la criteriile pe care C.N.V.M. are dreptul să le

¹¹ Titus Prescure, *op. cit.*, p.23.

stabilească prin acte administrative. Desigur S.S.I.F. fiind societăți comerciale de tip special, este firesc ca legiuitorul să impună cerințe conforme cu valorile care trebuie promovate și apărate, astfel încât, impunerea unor criterii de calificare și moralitate suplimentare, altele decât cele reglementate de drept comun, este cât se poate de necesară și utilă.¹²

Autorizația de funcționare acordată de C.N.V.M. unei S.S.I.F. trebuie să indice, fără echivoc, tipurile de prestări de servicii de investiții financiare pe care este îndreptățită să le efectueze o S.S.I.F., iar referitor la obiectul de activitate, acesta nu poate conține doar servicii conexe.¹³

În situația în care S.S.I.F. se află în legături strânse cu o altă persoană fizică sau juridică, C.N.V.M. acordă autorizația de a presta servicii de investiții financiare acestei S.S.I.F., numai dacă aceste legături strânse nu împiedică realizarea atribuțiilor de supraveghere, potrivit prezentei legi.

C.N.V.M. este obligată să emită cuvenita autorizație aceleia dintre S.S.I.F. care îndeplinește cerințele cumulative enumerate mai sus, în termen de maximum 6 luni de la data transmiterii documentației complete prevăzute de reglementările în vigoare sau să emită, în cazul respingerii cererii, o decizie motivată care poate fi contestată, în termen de 30 de zile de la data comunicării ei.¹⁴ Desigur, ca orice act administrativ atributiv de statut personal, atât decizia prin care se acordă autorizația cât și cea de refuzare a cererii de autorizare trebuie să fie temeinic motivate, în fapt și în drept. Numai respectându-se această cerință de legalitate, organele în drept vor putea cenzura legalitatea ori ilegalitatea respectivelor decizii.

Similar oricărui act administrative de autoritate, și decizia de autorizare ori de neautorizare, după caz, va putea fi contestată în contencios administrativ, atât în condițiile Legii nr. 554/2004, cât și în cele ale O.U.G. nr. 25/2002¹⁵. Ulterior autorizării, o S.S.I.F. își poate începe activitatea doar sub condiția dobândirii calității de membru al Fondului de compensare a investitorilor.¹⁶

Așadar, pentru a funcționa legal, se impune cerința deosebit de importantă ca orice S.S.I.F să fie mai întâi supusă unei proceduri de autorizare administrativă de către C.N.V.M., în calitatea acesteia de

¹² Legea nr. 297/2004 privind piața de capital publicată în Monitorul Oficial nr. 571/29.06.2004.

¹³ Titus Prescure, *op. cit.*, p. 36.

¹⁴ Legea nr. 297/2004 privind piața de capital publicată în Monitorul Oficial nr. 571/29.06.2004.

¹⁵ Titus Prescure, *op. cit.*, p.56.

¹⁶ Regulamentul C.N.V.M. nr. 32/2006 privind serviciile de investiții financiare.

autoritate supremă de supraveghere, control și reglementare a tuturor entităților cu caracter economic care tind să acționeze pe piața de capital și a obținerii calității de membru al Fondului de compensare.

S.S.I.F. are obligația să respecte condițiile de autorizare, cerințele prudențiale și de adecvare a capitalului stabilite prin L.P.C. și prin reglementările C.N.V.M., pe toată durata desfășurării activității, și va notifica sau va supune în prealabil autorizării, după caz, orice modificare în modul ei de organizare și funcționare, în conformitate cu prevederile reglementărilor C.N.V.M.

Legislația în vigoare exprimată în L.P.C. permite C.N.V.M. să nu acorde autorizația pentru prestarea de servicii de investiții financiare unei societăți comerciale dacă:

- a) se afla în procedura de insolabilitate, potrivit legii;
- b) oricare dintre acționarii săi semnificativi, membri ai consiliului de administrație sau conducătorii societății:
 1. se află în situațiile de incompatibilitate prevăzute de reglementările C.N.V.M. sau deține o poziție semnificativă într-o societate comercială.
 2. a fost condamnat pentru gestiune frauduloasă, abuz de încredere, fals, uz de fals, înșelăciune, delapidare, mărturie mincinoasă, dare sau luare de mită, precum și alte infracțiuni de natură economică;
 3. a fost sancționat de C.N.V.M., Banca Națională a României, Comisia de Supraveghere a Asigurărilor sau de alte autorități de reglementare a piețelor financiare cu interzicerea exercitării oricărei activități profesionale, pentru perioada în care aceasta interdicție rămâne în vigoare;
- c) C.N.V.M. constată că dispozițiile legale, reglementările emise în aplicarea acestora sau cele administrative existente în statul nemembru care guvernează statutul persoanelor având legături strânse cu S.S.I.F., ori dificultățile în implementarea acestor dispoziții împiedică realizarea unei supravegheri prudențiale eficiente ori ca supravegherea din statul nemembru al unui intermediar străin care a solicitat autorizarea unei sucursale este insuficientă;
- d) C.N.V.M. nu a fost informată cu privire la identitatea acționarilor persoane fizice și/sau juridice care dețin în mod direct sau indirect poziții semnificative în S.S.I.F. sau cu privire la mărimea deținerilor acestor acționari;
- e) C.N.V.M. constată că acționarii, persoane fizice sau juridice, care dețin în mod direct sau indirect poziții semnificative în S.S.I.F., nu corespund cerințelor asigurării unei gestiuni sănătoase și prudente a

S.S.I.F. și realizării unei supravegheri prudentiale eficiente potrivit prezentei legi;

f) societatea solicitantă nu dispune de capitalul inițial, prevăzut în reglementările C.N.V.M.;

g) se dovedește că nu se poate asigura o administrare sănătoasă și prudentă a S.S.I.F.

Legislația este foarte strictă în privința acestor dispoziții, așadar prezența și doar a uneia dintre acestea reprezintă un motiv suficient pentru a refuza eliberarea autorizației.¹⁷

Putem observa că unele dintre cerințele negative avute în vedere de legiuitor vizează chestiuni de statut personal al unor acționari sau conducători, incompatibilități ori decăderi din drepturi, deci chestiuni de legalitate, iar altele vizează dreptul de apreciere al C.N.V.M. în emiterea unei autorizații de funcționare.

De asemenea, C.N.V.M. este în drept să procedeze la evaluarea calității acționarilor personae fizice sau juridice care dețin, direct sau indirect, poziții semnificative, iar dacă constată că acele persoane nu corespund principiului asigurării unei gestiuni sănătoase și prudente, va fi în drept să refuze eliberarea autorizației solicitate.¹⁸

Suspendarea

Într-o definiție doctrinară, suspendarea reprezintă operațiunea juridică care determină încetarea temporară a efectelor actelor administrative. Cauzele care determină suspendarea constau în existența unor dubii cu privire la legalitatea sau oportunitatea unui act normativ sau individual. Din acest motiv, respectivele cauze pot fi anterioare, concomitente sau ulterioare adoptării actului juridic. Suspendarea durează în genere până la elucidarea cauzelor care au determinat-o.

Referitor la suspendarea autorizației unei S.S.I.F. reglementată de art.11 L.P.C 297/2004 "C.N.V.M. este în drept să suspende autorizația S.S.I.F. pentru o perioadă cuprinsă între 5 și 90 zile, în caz de nerespectare a prevederilor prezentei legi sau ale reglementărilor C.N.V.M., numai dacă nu sunt întrunite condițiile pentru retragerea autorizației sau pentru alte sancțiuni mai grave prevăzute de lege"¹⁹.

În cazuri excepționale, în raport cu gravitatea actelor și faptelor de încălcare a L.P.C și/sau ale reglementărilor C.N.V.M. durata suspendării

¹⁷ Titus Prescure, *op. cit.*, p. 71.

¹⁸ Regulamentul C.N.V.M. nr. 32/2006 privind serviciile de investiții financiare.

¹⁹ Legea nr. 297/200 privind piața de capital publicată în Monitorul Oficial nr. 571/29.06.2004.

va putea fi prelungită cu încă cel mult 30 zile. În total, durata suspendării autorizației unei S.S.I.F. nu poate depăși 120 zile.

Decizia C.N.V.M. de suspendare a unei autorizații acordate unei S.S.I.F. va putea fi atacată în contencios administrativ în condițiile O.U.G; nr. 25/2002 și ale Legii nr. 554/2004.²⁰

Retragerea

În ceea ce privește retragerea autorizației de funcționare acordată unei anumite S.S.I.F. Legea 297/2004 privind piața de capital acordă C.N.V.M dreptul de a retrage autorizația de a presta servicii de investiții financiare unei S.S.I.F. în următoarele situații:

a) S.S.I.F. nu a început să presteze serviciile de investiții pentru care a fost autorizată, în termen de 12 luni de la primirea autorizației sau nu a prestat nici unul din serviciile autorizate de C.N.V.M., pe o perioadă mai mare de 6 luni, cu excepția situației în care C.N.V.M. a suspendat autorizația pe această perioadă;

b) S.S.I.F. nu mai îndeplinește condițiile care au stat la baza emiterii autorizației;

c) S.S.I.F. nu respectă reglementările privind adecvarea capitalului, stabilite de C.N.V.M.;

d) S.S.I.F. sau agenții săi pentru servicii de investiții financiare nu respectă reglementările C.N.V.M. și/sau ale piețelor reglementate;

e) dacă evenimente ulterioare acordării autorizației creează incompatibilitate în prestarea de servicii de investiții financiare;

f) alte cazuri prevăzute de reglementările C.N.V.M.

Așadar, putem observa că retragerea autorizației unei S.S.I.F. poate fi făcută atât pentru considerente de ilegalitate (lit.b) și c)) cât și pentru considerente de inoportunitate (lit. a) și e)).²¹

De asemenea retragerea autorizației de funcționare acordată unei S.S.I.F. se va putea face și din oficiu sau la solicitarea expresă a subiectului de drept interesat și îndreptățit, în baza unei declarații de renunțare. În aceste condiții C.N.V.M. retrage autorizația de a presta servicii de investiții financiare, în conformitate cu reglementările emise în acest sens ²².

²⁰ Titus Prescure, Nicoleta Călin, Dragoș Călin - *Legea pieței de capital*, Ed. CH BECK, București 2008, p. 65.

²¹ Legea nr. 297/200 privind piața de capital publicată în Monitorul Oficial nr. 571/29.06.2004.

²² Legea nr. 297/200 privind piața de capital publicată în Monitorul Oficial nr. 571/29.06.2004.

C.N.V.M. poate anula autorizația unei S.S.I.F. în cazul în care aceasta a fost obținută pe baza unor declarații sau informații false ori care au indus în eroare²³. Sau altfel spus, în situația în care, din motive imputabile solicitanților, C.N.V.M. nu a putut să efectueze o evaluare corectă a tuturor elementelor impuse de lege în procesul decizional de autorizare a unei S.S.I.F.

Conducătorii, administratorii, controlul intern și acționarii semnificativi

Conducătorii

Potrivit Legii 297/2004 privind piața de capital, conducerea S.S.I.F. trebuie să fie asigurată de cel puțin două persoane²⁴. Așadar L.P.C. stabilește o regulă de maximă importanță derogatorie de la dreptul comun, și anume aceea că numărul conducătorilor unei S.S.I.F. trebuie să fie de cel puțin doi.

De asemenea, conducătorii trebuie să fie angajați ai S.S.I.F. cu contract individual de muncă și pot fi membri ai consiliului de administrație. Astfel, derogatoriu de la dreptul comun pe care-l reprezintă Legea societăților comerciale, respectivii conducători nu sunt desemnați nici sub denumirea de administratori, nici sub cea de directori, dar se face precizarea că cei doi conducători trebuie să fie salariați S.S.I.F., spre deosebire de administratorii și directorii societăților comerciale de drept comun care - potrivit Legii nr. 31/1990, astfel cum aceasta a fost modificată și completată prin Legea nr. 441/2006 și O.U.G. nr. 82/2007, nu pot avea raporturi de muncă cu societățile pe care le administrează sau conduc.²⁵

L.P.C. atrage atenția asupra faptului că trebuie făcută distincția între conducătorii unei S.S.I.F. și conducătorii unor compartimente funcționale ori ai unor sucursale ale respectivei societăți.

Astfel conducătorii sunt persoanele care, potrivit actelor constitutive și/sau hotărârii organelor statutare ale S.S.I.F., sunt împuternicite să conducă și să coordoneze activitatea zilnică a acesteia și sunt investite cu competență de a angaja răspunderea intermediarului; în această categorie nu se includ persoanele care asigură conducerea

²³ Legea nr. 297/2004 privind piața de capital publicată în Monitorul Oficial nr. 571/29.06.2004.

²⁴ Titus Prescure, *op. cit.* p. 75.

²⁵ Ioan Schiau, Titus Prescure, Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale. Analize și comentarii pe articole, Ed. Hamangiu, București 2007, p. 39.

nemijlocită a compartimentelor din cadrul S.S.I.F., a sucursalelor și a altor sedii secundare.²⁶

În cazul sucursalelor intermediarilor, persoane juridice străine care prestează servicii de investiții financiare pe teritoriul României, conducătorii sunt persoanele împuternicite de intermediarul, persoana juridică străină, să conducă activitatea sucursalei și să angajeze legal în România intermediarul, persoana juridică străină.

Persoanele care vor să ocupe funcția de conducător al unei S.S.I.F trebuie să îndeplinească anumite condiții; conducătorii trebuie să asigure efectiv conducerea curentă a activității S.S.I.F., să exercite exclusiv funcția pentru care au fost numiți și cel puțin unul dintre aceștia să ateste cunoașterea limbii române. Ei trebuie să aibă studii superioare absolvite cu examen de licență în unul dintre domeniile economic, juridic ori în alt domeniu care să se circumscrie activității financiare sau să fi absolvit cursuri post-universitare în unul dintre aceste domenii și să aibă o experiență de minimum 3 ani în domeniul financiar-bancar sau al pieței de capital.²⁷

Administratorii

Articolul 15 al Legii 297/2004 privind piața de capital instituie condiția și restricția în același timp, potrivit căreia „administrarea unei S.S.I.F. poate fi asigurată numai de către persoane fizice”²⁸, spre deosebire de dreptul comun care permite, în mod expres, ca administrarea unei societăți comerciale să fie făcută și de către administratori persoane juridice .

Să mai reținem că, potrivit prevederilor aferente L .P.C., numărul administratorilor unei S.S.I.F. nu este predeterminat, astfel încât, teoretic, este posibil ca administrarea să se facă și doar de către un administrator unic, persoană fizică, sau de mai multe astfel de persoane, conform opțiunilor Adunării Generale a Acționarilor.²⁹

Controlul intern

Legiuitorul acordă o importanță specială autocontrolului sau controlului intern de legalitate, în special, privitor la respectarea de către personalul acelor societăți a prevederilor legale aferente pieței de capital.

²⁶ Legea nr. 297/2004 privind piața de capital publicata în M. Of. nr. 571 29.06.2004.

²⁷ Ioan Schiau, Titus Prescure, *op.cit.*, p. 41.

²⁸ I Ioan *op. cit.*, p.56.

²⁹ Titus Prescure, Nicoleta Călin, Dragoș Călin *op. cit.*, p. 70.

În acest sens, chiar dacă S.S.I.F.-urile sunt entități economice supravegheate și controlate de către C.N.V.M., art. 16 al Legii 297/2004 obligă S.S.I.F.-urile să-și organizeze compartimente proprii de control intern specializate în supravegherea respectării prevederilor L.P.C.³⁰

Acestui Compartiment îi revin următoarele atribuții:

- Prevenirea și propunerea de soluții de remediere a oricărei situații de încălcare a legilor și a reglementărilor aplicabile pieței de capital sau a procedurilor interne de către societate sau de către angajații acesteia;

- Asigurarea informării societății și a angajaților acesteia cu privire la regimul juridic aplicabil pieței de capital;

- Analizarea și avizarea materialelor informative / publicitare ale societății;

- Păstrarea legăturii directe cu C.N.V.M. și piețele reglementate și remedierea tuturor situațiilor de încălcare a legilor și reglementărilor aplicabile pieței de capital sau a procedurilor interne ale societății;

- Asigurarea utilizării exclusiv personale de către fiecare agent pentru servicii de investiții financiare a codurilor de acces și a parolilor transmise de piețele reglementate;

- Monitorizarea și evaluarea în mod continuu a eficacității și modului adecvat de punere în aplicare a prevederilor legale incidente activității societății;

- Acordarea de consultanță și asistență persoanelor relevante responsabile cu desfășurarea serviciilor și activităților de investiții;

- Raportarea către Consiliul de Administrație al societății, informarea conducătorilor și a auditorului intern în legătură cu toate situațiile de încălcare a legilor, reglementărilor aplicabile pieței de capital sau procedurilor interne ale societății.

S.S.I.F. autorizate să presteze toate serviciile de investiții financiare vor avea cel puțin doi reprezentanți în cadrul compartimentului de control intern. Celelalte vor avea cel puțin un reprezentant în cadrul compartimentului de control intern.³¹

În îndeplinirea atribuțiilor reprezentantul compartimentului de control intern va raporta direct consiliului de administrație, informând imediat conducătorii și auditorii interni ai S.S.I.F.³²

Pentru a fi autorizată de C.N.V.M. în calitate de reprezentant al compartimentului de control intern, persoana fizică trebuie să îndeplinească următoarele condiții:

³⁰ Ioan Schiau, Titus Prescure, *op. cit.*, p. 63.

³¹ Regulamentul C.N.V.M. nr. 32/2006 privind serviciile de investiții financiare.

³² Legea nr. 297/2004 privind piața de capital publicată în M.Of. nr. 571 29.06.2004.

a) să fie angajată cu contract individual de muncă și să aibă atribuții de control intern numai în cadrul acelei S.S.I.F.;

b) să aibă studii superioare economice sau juridice, absolvite cu examen de licență sau de diplomă, sau studii postuniversitare economice ori juridice de lungă durată, după caz, și experiență de minimum 2 ani în piața de capital. În cazul în care experiența în piața de capital este mai mare de 5 ani, studiile superioare pot avea și alt profil decât economic sau juridic. În cazul în care S.S.I.F. are mai mulți reprezentanți ai compartimentului de control intern, experiența de minimum 2 ani trebuie îndeplinită de cel puțin unul dintre aceștia;

c) să fi participat la stagiile de pregătire și să fi promovat testul privind cunoașterea legislației în vigoare organizat de către organismele de formare profesională atestate de C.N.V.M.;

d) să nu fi fost condamnată pentru gestiune frauduloasă, abuz de încredere, fals, uz de fals, înșelăciune, delapidare, mărturie mincinoasă, dare sau luare de mită, precum și alte infracțiuni de natură economică;

e) să nu fi fost sancționată de C.N.V.M., B.N.R. sau de C.S.A. cu interzicerea desfășurării de activități pe piețele supravegheate de acestea.

În situația în care S.S.I.F. va supune autorizării mai multe persoane cu atribuții de control intern, cererea de autorizare va fi însoțită de responsabilitățile detaliate ale fiecărei persoane din cadrul compartimentului de control intern.

Retragerea autorizației reprezentantului compartimentului de control intern se poate face în următoarele situații:

a) la cererea societății;

b) ca sancțiune.

S.S.I.F. are obligația să solicite C.N.V.M. retragerea autorizației reprezentantului compartimentului de control intern cel târziu la data încetării sau schimbării raporturilor de muncă.³³

Retragerea la cerere a autorizației reprezentantului compartimentului de control intern va fi decisă de către C.N.V.M. în termen de 15 zile de la data depunerii cererii însoțită de explicarea motivelor care au condus la această solicitare, de documente justificative cu privire la data încetării sau schimbării raporturilor de muncă și de dovada achitării în contul C.N.V.M. a tarifului de retragere a autorizației.³⁴

După retragerea autorizației reprezentantului compartimentului de control intern, emisă pe numele unei societăți, persoana respectivă va

³³ Reg. nr. 3/2002 privind autorizarea și funcționarea societăților de servicii de investiții financiare, Monitorul Oficial, nr. 53 din 30 ianuarie 2003.

³⁴ Regulamentul C.N.V.M. nr. 32/2006 privind serviciile de investiții financiare.

putea fi autorizată în aceeași calitate pe numele unei alte societăți nu mai devreme de 15 zile de la data retragerii autorizației.

Reprezentantul compartimentului de control intern își va desfășura activitatea în baza unor proceduri scrise de supraveghere și control, elaborate în vederea asigurării respectării de către S.S.I.F. și angajații săi a legilor, regulamentelor, instrucțiunilor și procedurilor incidente pieței de capital, precum și a regulilor și procedurilor interne ale societății.³⁵

A acționarii semnificativi

Un acționar semnificativ poate fi o persoană fizică, persoană juridică sau un grup de persoane care acționează în mod concertat și care deține direct sau indirect o participație de cel puțin 10% din capitalul social al unei societăți comerciale sau din drepturile de vot, ori o participație care permite exercitarea unei influențe semnificative asupra luării deciziilor în Adunarea Generală sau în Consiliul de administrație, după caz.

Art. 18 al Legii 297/2004 al pieței de capital reglementează condițiile de ordin procedural în care o persoană fizică sau juridică va dori să dobândească, direct sau indirect, poziția unui acționar semnificativ, inclusiv când acel acționar semnificativ va dori să dețină poziții de participare la capitalul social ori la drepturile de vot de peste 20%, 33% sau 50% din totalul acestui capital.

De asemenea, o persoană juridică care dorește ca o anumită S.S.I.F. să devină filiala a sa, este supusă unor obligații speciale de notificare și autorizare de către C.N.V.M.³⁶

C.N.V.M. se va pronunța în termen de 90 de zile de la data notificării și, dacă este cazul, poate interzice, prin decizie, dobândirea unei asemenea poziții. În cazul aprobării, decizia C.N.V.M. va stabili și termenul maxim în care trebuie să se realizeze dobândirea poziției notificate.

În situația în care un anumit intermediar autorizat în alt stat membru sau o instituție financiară ori de asigurare rezidentă în alt stat va dori să dobândească una sau mai multe dintre categoriile de poziții menționate anterior, ori ca S.S.I.F.- ul din România să devină filială a acelei instituții de credit ori de asigurare, sau când anumite persoane fizice din străinătate controlează în comun o anumită societate din străinătate și cea

³⁵ Legea nr. 297/2004 privind piața de capital publicată în M. Of. nr. 571 29.06.2004.

³⁶ Legea nr. 297/2004 privind piața de capital publicată în M. Of. nr. 571 29.06.2004.

din România, se impune ca persoanele implicate să notifice C.N.V.M. respectiva intenție.³⁷

În temeiul prerogativelor conferite de lege, C.N.V.M., examinând situația fiecărei categorii de persoane care dorește să dobândească cel puțin calitatea de acționar semnificativ, potrivit prevederilor art. 19 L.P.C 297/2004, va putea interzice unei anumite persoane, prin raportare la necesitatea garantării unei administrări prudente a unei anumite S.S.I.F, să dobândească calitatea dorită.

De asemenea C.N.V.M. are dreptul, conferit de lege, de a solicita datele de identificare ale oricărui acționar, indiferent de poziția pe care o deține sau urmează să o dețină, cu scopul de a efectua toate verificările care se impun pentru a putea garanta administrarea prudentă a unei S.S.I.F., prin autorizațiile pe care le emite. Cu alte cuvinte, L.P.C. conferă C.N.V.M. un larg drept de apreciere cu privire la condițiile în care va autoriza o anumită S.S.I.F. sau dobândirile de participații la capital, în anumite cote și limite.

În cazul în care acționarii semnificativi, membrii consiliului de administrație, conducătorii sau personalul compartimentului de control intern nu asigură administrarea prudentă a S.S.I.F., C.N.V.M. va dispune măsurile necesare pentru remedierea situației, care se pot referi, printre altele, la interdicții, sancțiuni împotriva administratorilor și/sau a conducerii, precum și împotriva persoanelor din cadrul compartimentului de control intern³⁸.

În cazul în care dobândirea sau majorarea unei poziții semnificative a fost efectuată fără acordul C.N.V.M., drepturile de vot aferente sunt nule de drept, iar eventualele voturi deja exprimate vor fi anulate corespunzător.

Bibliografie

- Prescure Titus, *Legea pieței de capital*, Ed. CH BECK, București, 2008.
Prescure Titus, Călin Nicoleta, Călin Dragoș - *Legea pieței de capital*, Ed. CH BECK, București 2008.
Schiau Ioan, Prescure Titus, *Legea nr .31/1990 privind societățile comerciale. Analize și comentarii pe articole*, Ed. Hamangiu, Bucuresti 2007.

³⁷ Reg. nr. 3/2002 privind autorizarea și funcționarea societăților de servicii de investiții financiare, Monitorul Oficial nr. 53 din 30 ianuarie 2003.

³⁸ Titus Prescure, Nicoleta Călin, Dragoș Călin *op. cit.*, p. 65.

- C.N.V.M., *Ghid legislativ pentru piața de capital*, București, nov 2008.
- Regulamentul C.N.V.M. nr. 32/2006 privind serviciile de investiții
financiare.
Legea nr. 297/2004 privind piața de capital publicată în Monitorul
Oficial nr. 571/29.06.2004.
Reg. nr. 3/2002 privind autorizarea și funcționarea societăților de
investiții financiare, M.Of. nr. 53/30.01.2003.

CONTRAT DU TRANSPORT INTERNATIONAL MARCHANDISES MULTIMODAL

Alina SULICU *

Résumé

Soutenir l'amélioration des services intermodaux et de l'organisation et les procédures d'analyse des données afin d'assurer un train de marchandises de qualité et moins polluant, en utilisant les modes existants de coordination optimales et les acteurs et les décideurs afin d'assurer la flexibilité et la facilité de l'intermodalité est un moyen d'analyse la question de ce document.

Transportul multimodal are la baza Convenția Organizației Națiunilor Unite privind transportul internațional multimodal al mărfurilor, care va explica termenii cei mai importanți ai acestei forme de transport, precum și originea sa.

Descrierea Organizației Națiunilor Unite privind Convenția internațională de transport multimodal de marfa a fost sărbătorita la Geneva. Statele părți la această convenție recunosc că, în principal transportul internațional multimodal este un mijloc de a facilita extinderea ordonată a comerțului mondial cu care ne confruntăm de fapt, ca urmare a tratatelor semnate între diferite țări. La data de 24 mai 1980, după ani de dezbateri, în esență între reprezentanții statelor industrializate" sau "dezvoltate" pe o parte și a statelor "în curs de dezvoltare", pe de altă parte, Convenția Națiunilor Unite privind transportul internațional multimodal de mărfuri a fost aprobată prin consens la Geneva.

Obiectivul Convenției a fost acela de a înlocui normele juridice dispersate, care sunt aplicate în diferite țări, diferitelor moduri de transport, cu o legislație uniformă pentru întregul lanț de transport (terestru, maritim și aerian), în cazul în care acesta este efectuat în cadrul unui contract de transport multimodal. Cu acest sistem, un operator de transport multimodal, (OTM), care nu este în mod necesar o linie de transport, face un singur contract de transport de la origine la sosire, în cel puțin două moduri de transport, acoperite de un singur document (M.T.D), nu un contract de transport segmentat.

* Ph.D Student, Assistant, "Constantin Brancoveanu" University, Pitesti, Email: alinasulicu@yahoo.com

O.T.M poate subcontracta serviciile și emite un document de transport multimodal însă nu se exclude posibilitatea de a se emite documente parțiale, sub rezerva M.T.D. Aceste documente pot fi, de asemenea, parțial necesare pentru îndeplinirea formalităților în unele țări implicate în transport. Ceea ce este necesar de avut în vedere este clar faptul că, cu acest tip de contract, față de proprietarul mărfii există doar o singură parte responsabilă pentru starea și pentru executarea la timp a transportului și acesta este operatorul de transport multimodal. În cazul în care O.T.M subcontractează serviciile de transport terțelor părți, în transport multimodal, el trebuie să pretindă pagubele sau pierderile de la "transportator" (a treia parte), însă el continuă să fie singurul direct răspunzător față de proprietarul mărfurilor.

După ce am citit despre complicațiile rețelei sistemului multimodal, obiectivul de stabilire a unor norme uniforme pentru întreg lanțul de transport pare a fi demn de laudă, am putea spune, aproape ideal. Cu toate acestea, discuțiile aprinse au avut loc între țările în curs de dezvoltare, pe de o parte, și țările industrializate sau "țările cu tradiție maritimă", pe de altă parte, (cu excepția Țărilor Scandinave care sunt grupate cu țările în curs de dezvoltare).

"Țările cu tradiție maritimă", susținute de Camera Internațională de Comerț, bancheri, precum și asigurătorii care au participat la deliberări, au propus norme care să ia în considerare convențiile existente, dar celălalt grup a vrut să se stabilească un nou "ideal", fără a lua în considerare normele convențiilor existente. Principalele discuții s-au axat pe următoarele direcții:

- a) Cum să se procedeze în cazul daunele nelocalizate;
- b) Modul în care normele de răspundere a M.T.O. se aplică cu privire la limitarea acesteia, cine ar putea să solicite și care ar fi normele ce se aplică cu privire la "sarcina probei" .

Pozițiile adoptate de participanții la Convenție au fost:

I. Rețea de sisteme de transport - această poziție a fost susținută de către Țările Maritime, iar în eventualitatea distrugerii bunurilor transportate conform contractului răspunderea ar fi atrasă astfel:

- a) în baza convențiilor internaționale existente pentru modul de transport corespunzător.

De exemplu: Pentru transportul maritim: Convenția de la Bruxelles din 1924 (de la Haga Reguli) sau Regulamentul Haga-Visby (din 1968). Pentru transportul cu camionul: C.M.R, iar pentru transportul feroviar: C.M.I.

b) în baza legii părților.

II. Sistemul uniform - poziție susținută de țările în curs de dezvoltare și cele scandinave, propunea norme complet noi de instituire a responsabilității operatorului de transport cu limitarea uniformă a datoriilor în toate modurile de transport. Aceste norme noi nu ar lua în considerare Convențiile internaționale existente, în mod normal aplicabile modului de transport.

În cele din urmă în "acord", a fost adoptat un "adaptat-sistem-uniform", pentru Convenția privind transportul multimodal, adică bazat pe teza sistemului de uniform, doar cu mici ajustări. Imediat ce acordul a fost aprobat la Geneva în 1980, delegații din Argentina, Spania, Statele Unite ale Americii, Franța, Grecia, Olanda, Anglia, Japonia și Uniunea Sovietică și-au exprimat punctele lor de vedere și s-au opus textului acceptat, pe care îl considerau a fi inaplicabil. Faptul că această convenție, după mai mult de treizeci de ani, a fost ratificată doar de către Burundi, Chile, Georgia, Liban (1Iunie 2001) Malawi, Mexic, Maroc, Rwanda, Senegal, și Zambia, și doar semnat de către Norvegia și Venezuela, spune multe despre lipsa de sprijin generată.

Elaborarea Convenției a fost puternic influențată de Regulile de la Hamburg referitoare la transportul de mărfuri pe mare. Potrivit Națiunilor Unite, Convenției internaționale a transportului multimodal de marfă de la Geneva din 1980, prin "transport internațional multimodal" se înțelege transportul de mărfuri prin cel puțin două moduri diferite de transport pe baza unui contract de transport multimodal dintr-un loc din țara în care mărfurile sunt luate în plată de către operatorul de transport multimodal la un loc desemnat pentru livrare situat într-o altă țară. Operațiunile de ridicare și livrare de bunuri efectuate în executarea unui contract de transport unimodal, așa cum sunt definite în contract, nu sunt considerate ca fiind de transport internațional multimodal.

Transportul multimodal (MT) are următoarele elemente unice, care îl disting de transportul tradițional maritim, aerian sau de suprafață:

1. Transportul multimodal implică mai mult de un mod de transport, fie maritim și aerian, maritim și de suprafață, sau aerian și de suprafață;

2. Transportul multimodal are un singur operator de transport, operatorul de transport multimodal (OTM), care își asumă întreaga responsabilitate pentru întreaga călătorie, de la început la sfârșit. Operatorul de transport multimodal satisface toate cererile el însuși și face afirmații contra operatorilor de transport;

3. Transportul multimodal implică doar un document de transport, care să acopere toate modurile de transport - maritim, aerian și de suprafață. Acesta poate fi emis în formă negociabilă sau ne-negociabilă;

4. Transportul multimodal are o rată de transport de marfă, care acoperă diferitele moduri de transport, cu toate că rata de transport de marfă pentru fiecare modul individual poate fi diferită;

5. Operatorul poate fi un operator de transport contractual sau un transportator substituit, sau ambele (în conformitate cu definiția Regulamentului de la Hamburg);

6. Un document de transport multimodal (DMT) este reglementat de Regulamentul UNCTAD / ICC pentru documentele de transport multimodal, ICC (Camera Internațională de Comerț) Publicația Nr 481, numai dacă acesta are încorporat următoarele:

a. În ceea ce privește răspunderea pe transport pentru daune și pierderi, răspunderea maximă a operatorului de transport multimodal variază în funcție de faptul dacă este implicat sau nu transportul maritim. Limita standard este de 2 DST per kilogram sau 666.67 DST per pachet, oricare dintre acestea poate fi aleasă. Dacă nu este implicată marea sau căile navigabile interioare, atunci limita este crescută la 8.33 DST per colet;

b Dacă există deteriorare a mărfurilor și prejudiciul nu este evident, este necesară o notificare în termen de șase zile consecutive de la data primirii bunurilor;

c. Perioada de timp necesară pentru a acoperi pagubele este de nouă luni de la momentul livrării.

7. În caz de conflicte între termenii și condițiile din Convenția de la Geneva, Regulamentul privind documentul de transport multimodal și alte contracte, Convenția și Regulamentul suprascriu, cu excepția cazului în termenii din contractele sporesc responsabilitatea operatorului de transport multimodal.

Domeniul de aplicare

În conformitate cu articolul 2 din Convenția de la Geneva , referindu-se la domeniul de aplicare, acesta se aplică numai pentru contractele de transport multimodal între locuri situate în două state, fie:

- numai dacă locul de luare în sarcină a mărfurilor de către operatorul de transport multimodal așa cum este prevăzut în contractul de transport multimodal este situat într-un stat contractant,

- sau în cazul în care locul de livrare a mărfurilor de către operatorul de transport multimodal așa cum este prevăzut în contract este situat într-un alt stat contractant.

Altfel spus, în cazul în care contractul nu prevede că la locul de ieșire sau la locul de livrare de bunuri nu este implicată mai mult de o parte, convenția nu se aplică. Atunci când un contract de transport se încheie în conformitate cu articolul 2, dispozițiile din prezenta convenție se aplică obligatoriu la un astfel de contract.

Documentul de transport

În conformitate cu articolul 5, în cazul în care mărfurile sunt luate în plată de către operatorul de transport multimodal, el va emite un document de transport multimodal, care, la alegerea expeditorului, trebuie să fie în formă, fie negociabilă sau ne-negociabilă. Acest document va fi semnat de către operator sau de către o persoană care are autoritate de la el, dacă nu, acesta nu este valabil.

După cum am văzut sunt două tipuri de document de transport multimodal: negociabil și ne-negociabil. Primul se întocmește la ordin sau la purtător, dacă este stabilit la ordinul acestuia, se transfera prin avizarea, dacă este întocmit la purtător se transfera fără aprobare. Acest lucru va permite operatorului (sau o persoană care acționează în numele său) să realizeze cererea de livrare a mărfurilor. Pe de altă parte, un document de transport ne-negociabil multimodal indică un destinatar pe nume.

Articolul 8 din prezenta Convenție stipulează conținutul documentului și aceasta trebuie să aibă:

- natura generală a mărfurilor, mărcile necesare pentru identificarea mărfurilor, o declarație expresă, dacă este cazul, cu privire la caracterul periculos al mărfurilor, numărul de ambalaje sau bucăți, precum și greutatea brută a mărfurilor sau cantitatea altfel exprimată, toate detaliile, care ar fi furnizate de către expeditor;
- starea aparentă a mărfurilor;
- numele și sediul principal de activitate al operatorului de transport multimodal;
- numele expeditorului;
- destinatar, în cazul în care este numit de expeditor;
- locul și data luării în responsabilitate a mărfurilor de către operatorul de transport multimodal;
- locul de livrare a mărfurilor;
- data sau perioada de livrare a mărfurilor la locul de livrare, în cazul în care este în mod expres convenită între părți;
- o declarație care indică dacă documentul de transport multimodal este negociabil sau ne-negociabil;
- locul și data emiterii documentului de transport multimodal;

- semnătura operatorului de transport multimodal sau a unei persoane care are autoritate de la acesta;
- transportul de marfă pentru fiecare mod de transport, în cazul în care e în mod expres convenit între părți, inclusiv moneda, în măsura în care va fi plătit de către destinatar sau alte indicații referitoare la transportul de marfă;
- traseul călătoriei prevăzute, modurile de transport și a locurilor de transbordare, dacă sunt cunoscute la momentul eliberării documentului de transport multimodal;
- declarația menționată în aliniatul 3 al articolului 28 din Convenție;
- Orice alte informații pe care părțile pot conveni să le introducă în documentul de transport multimodal, dacă nu e în contradicție cu legislația țării în care documentul de transport multimodal este emis.

În cazul în care operatorul, cu intenția de a fraudă, oferă informații false în documentul de transport multimodal privind bunurile sau omite orice informații necesare pentru a fi incluse, el va fi răspunzător, fără a beneficia de limitarea răspunderii prevăzute în prezenta convenție, pentru orice pierdere, deteriorare sau cheltuieli suportate de către un terț, inclusiv un destinatar, care a acționat bazându-se pe descrierea documentului emis.

Expeditorul se consideră că a garantat operatorului exactitatea informațiilor, în momentul în care mărfurile au fost luate în plată de către operator și, de asemenea, expeditorul va despăgubi operatorul împotriva pierderilor rezultate din inexactitățile sau din inadvertențele declarației sale.

Potrivit acestei Convenții, responsabilitatea operatorului de transport multimodal pentru mărfuri acoperă perioada de timp în care el ia mărfurile în sarcina sa până la momentul livrării lor. Acest articol include, de asemenea, funcționarii operatorului sau agenții sau orice altă persoană de ale cărei servicii se utilizează pentru executarea contractului de transport multimodal.

Operatorul de transport multimodal va fi răspunzător pentru pierderea rezultată din pierderea sau deteriorarea bunurilor, precum și în urma întârzierii la livrare, în cazul în care situația care a provocat pierderea, avarierea sau întârzierea la livrare a avut loc în timp ce mărfurile au fost în sarcina sa, cu excepția cazului în care operatorul dovedește că el, agenții sau orice alte persoane aflate în serviciul său au luat toate măsurile care ar putea fi cerute în mod rezonabil pentru a evita aceasta situație și consecințele sale. Întârziere la livrare apare atunci când mărfurile nu au fost livrate în perioada de timp în mod expres convenită

sau, în absența unui astfel de acord, în timpul pe care ar fi rezonabil să se solicite unui diligent, având în vedere circumstanțele cazului. În cazul în care mărfurile nu au fost livrate în termen de 90 de zile consecutive de la data de livrare stabilită, reclamantul poate trata bunurile ca pierdute.

În cazul în care operatorul de transport multimodal este răspunzător pentru pierderea rezultată din pierderea sau deteriorarea mărfurilor, răspunderea sa va fi limitată la o sumă care nu depășește 920 de unități de cont pe colet de unitate de transport maritim sau 2.75 unități de cont per kilogram de greutate brută de mărfurile pierdute sau deteriorate, putând fi aleasă oricare dintre acestea.

Operatorul nu va putea să se bucure de beneficiile părții a patra din această convenție dacă se dovedește că pierderea, avarierea sau întârzierea la livrare a rezultat dintr-un act sau o omisiune a operatorului de transport multimodal făcută cu intenția de a provoca astfel de pierderi, deteriorări sau întârzieri sau dacă în mod neglijent acționează, având cunoștința de faptul că o astfel de pierdere, deteriorare sau întârziere ar putea rezulta.

De asemenea, expeditorul va fi răspunzător pentru prejudiciul suferit de operatorul de transport multimodal în cazul în care o astfel de pierdere este cauzată de vina sau neglijența expeditorului sau de agenții. Orice funcționar sau agent al expeditorului va fi răspunzător pentru astfel de pierderi în cazul în care prejudiciul este cauzat de vină sau neglijență din partea acestuia. Expeditorul are responsabilitatea de a marca sau eticheta mărfurile periculoase ca periculoase. Expeditorul trebuie să informeze operatorul de transport multimodal (sau orice altă persoană care acționează în numele său) asupra caracterului periculos al mărfurilor și, dacă este necesar, asupra precauțiilor care trebuie luate. În cazul în care expeditorul nu reușește să facă acest lucru, iar operatorul de transport multimodal nu are altfel cunoașterea caracterului lor periculos, expeditorul va fi responsabil de toate consecințele pe care aceasta le poate aduce.

Transportul multimodal și Uniunea Europeană

În lucrarea *“Politica Europeană în sectorul transporturi – orizonturi 2010: momentul deciziei”*, Comisia Europeană a planificat încurajarea unor moduri de transport mai ecologice și creșterea eficienței lanțurilor de livrare directă de marfă, prin folosirea căilor ferate și a transportului pe apă, și, dacă este necesar, prin folosirea căilor aeriene și rutiere, adică a transportului multimodal. Mișcarea containerelor maritime pe calea ferată între porturile maritime și terminalele intermodale sau liniile secundare private domină transportul de marfă intermodal și în România, așa cum se

întâmplă și în cele mai multe țări europene. Există facilități reduse pentru mișcarea camioanelor pe calea ferată și există o mișcare intermodală limitată a mărfurilor la nivel intern.

Intermodalitatea nu are ca scop impunerea unei opțiuni particulare modului respectiv, dar face posibilă o mai bună folosire a transportului pe cale feroviară, pe cale navigabilă interioară și pe cale maritimă, care individual nu pot asigura un serviciu din ușă în ușă.

În contextul supraaglomerării traficului rutier, al poluării accentuate a mediului și al nevoilor crescânde de transport la nivel global, cred că transportul intermodal se conturează tot mai pregnant ca o investiție sistematică de necesitate imediată. Uniunea Europeană susține și promovează acest proces prin programul Marco Polo, al cărui scop central este atragerea traficului rutier de marfă spre celelalte sectoare de transport, mai sigure, mai rapide și mai puțin dăunătoare mediului, cel puțin din punct de vedere al infrastructurii. Cu cât sunt realizate mai multe investiții în acest sector, cu atât este mai ușor pentru investitorii următori să lege intermodal punctele cheie ale țărilor dintr-un anumit spațiu. Proiectele întreprinse de diversele companii, prin intermediul finanțărilor parțiale din cadrul acestui program, sunt răspândite relativ uniform pe teritoriul Europei, însă cu o frecvență mult mai redusă spre zona de est a continentului. Din punctul de vedere al criteriilor de selecție pentru acest tip de proiecte, țările cu ieșire la mare, ocean sau fluviu navigabil, au un avantaj strategic. România întrunește deci toate condițiile pentru dezvoltarea transportului intermodal și alternativ, ea având acces și la o bună porțiune navigabilă din Dunăre și la Marea Neagră. Un criteriu de prioritate a proiectelor propuse este numărul mijloacelor de transport utilizate în ruta planificată (cu cât mai multe, cu atât mai bine), prin urmare îmbinarea transportului feroviar cu cel maritim sau, de ce nu, fluvial, poate constitui o strategie de transport viabilă pentru finanțarea din fondurile structurale europene.

Concluzie

Necesitatea de a controla costurile de transport a devenit la fel de importantă ca nevoia de a menține scăzute alte costuri de producție. Apariția serviciilor de transport multimodal fiabile și competitive „door-to-door”, poate contribui și la încurajarea de noi oportunități comerciale.

Oportunitățile de comercializare a mărfurilor pot fi îmbunătățite prin punerea în aplicare a operațiunilor de logistică de transport, lăsând responsabilitatea pentru întreaga operațiune de transport la un singur partener comercial, și de un cadru juridic adecvat care stimulează

prestarea de servicii eficiente de transport local. Prin gestionarea acestor eventuale îmbunătățiri în cadrul unei abordări de transport multimodal, pot fi create sinergiile care rezultă în oportunități comerciale neașteptate atât pentru comercianți locali cât și pentru furnizorii de servicii de transport, în beneficiul economiei naționale.

Abordarea multimodală este mai mult decât doar logistica de transport, care necesită sprijinul cumpărătorilor și vânzătorilor și care se bazează pe un cadru juridic minim. O abordare de transport internațional este, probabil, singurul mijloc de a integra potențiale îmbunătățiri într-un sistem puternic de transport nou, care va facilita tranzacțiile pentru comercianți, va deschide noi oportunități pentru serviciile de transport ale furnizorilor de transport local și va aduce reorganizarea juridică și instituțională a sectorului transporturilor din țările în curs de dezvoltare.

DIFFERENT ASPECTS REGARDING THE THEFT OFFENSE RESEARCH ON THE CRIME SPOT

Adriana TUDORACHE *

Abstract

The criminal legislation since ancient times has severely incriminated and sanctioned crime against patrimony.

Nowadays, since the criminal phenomenon expanded in an alarming way, taking shapes that make its control impossible by singular efforts of the States, and under the conditions of the use by criminals of modern means in committing criminal offences, the discovery of the perpetrators of these acts has grown increasingly difficult. Therefore, lately, the need for a complex collaboration between the States has become a must, in the situation in which they began to sign conventions and treaties.

A major concern of justice represents finding the truth, the most troublesome process of the society. The reason for which the legislature has made a special procedure for criminal offences was the obvious disorder of the rule of law, as well as the challenge of resentment and fear in the midst of those who were at the place where the offenses were committed. An important role in the research activity of crimes is the investigation on the spot.

In terms of universal rights and freedoms recognized and reflected in the legislative creation, the property rights has an important place, still maintaining a vital role in shaping the society without having its age.

The property is in the economic sense and in the legal sense, the ultimate expression of people's access to possession, use and disposal of property, but it gives the holder all these attributes that only he can exercise to their fullness, in his own power and his interest, while respecting the legal rules in force¹.

The typical expression of the property is the heritage, and protection of social relations regarding this has always constituted a fundamental concern of the state of law, the heritage is very closely linked

* Ph.D Lecturer, Faculty of Judicial, Social and Political Sciences, "Dunărea de Jos" University of Galați, Romania, Email: ruvia_0777@yahoo.com

¹ Liviu Pop – *The right to property and its dismemberment*, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 1996, page 31.

to individual social group members, developing and strengthening the relations of coexistence of stability and order in the society.

As we know, protection of heritage relations is assured in principle by other branches of law (civil, administrative, labor, etc.), criminal protection of these interactions having the alternative feature, this means that the criminal law act only when they prove ineffective to the other non-criminal judicial or extrajudicial means, but in so far as it is inefficient this constitute a form of attack against these social values. Intervention of the criminal law becomes the only way to combat such acts².

Theft, known from the earliest times, is currently the most typical form and most frequent violations of property of the heritage being essentially a manifestation which represent danger for the society the deed of each person who without any right takes into possession a property that fell under the possession of another person, to put it into his possession.

On the history scale, the theft is among the first harmful manifestations of the man against man, and the deed is always repudiated and punished severely to profoundly distant past even with death penalty for some nations³.

From any legislation, from distant antiquity and ending with our times, theft incrimination did not lack in the historical development of Roman criminal law - as confirmed by our old laws and criminal statutes prior to the union of the principalities.

If murder is the most dangerous offense in that it leads to suppression of a human life, instead theft is the most common offense. It is primarily dangerous for depriving a person of movable assets which are in its possession or detention, depriving the victim of their use, but also for the frequency of this type of crime.

The forms that the theft takes are varied, depending on the nature of the goods stolen and the authors' specialization (*modus operandi*).

The main forms of theft are

- a) theft from homes;
- b) shoplifting;
- c) theft by cracking safes;
- d) theft of art objects;
- e) theft of and from cars;

² George Antoniu - *Criminal Protection of the Heritage*, in the Law Magazine no. 1/2001, page 9.

³ Gheorghe Diaconescu - *Romanian Criminal Code Offenses*, vol.1, Bucharest 1997, page 376.

- f) pockets theft;
- g) theft of livestock;
- h) theft from hotels.

Investigation of theft and robbery, both in damage to private property and the public ones requires the elucidation of some aspects to serve shaping the constitutive elements of these offenses. **The main issues that need to be resolved are essentially the following:**

Concrete determination of movable assets taken from the legitimate possession and detention of a person or of a unit from the ones provided by article 145 of the Penal Code (or article 159 N.C. Code) to solve this problem depend on the classification of the offense under the provisions of art. 208 or 211 Penal Code (or art. 249 -theft and 252 -robbery N.C. Code) as well as determining the quality, quantity and value of the stolen goods, in order to estimate the amount of the damage caused and its recovery. Precise, concrete determination, of the stolen goods, offers the possibility of tracking them, in order to identify and recover them, as well as catching the perpetrators. The exact determination of the place and moment of the offense has multiple legal meanings. For example, depending on where it took place, the theft can be simple or qualified (the theft from a public place or means of transport). Determining when it was committed is important, on the one hand, to classify the deed in the theft category when taking a good belonging wholly or in part to the offender, but which was in legitimate possession or detention of another person (art. 208 Penal Code or art.249 N.C. Code.). On the other hand, committing the crime during the night of a disaster leads to be put into the category of qualified theft⁴.

Precise determination of the place and moment of the theft is of interest for the criminal investigation of the deed, primarily for the traces that can be found on site and may lead to identification of the author. There is still possible, for instance, the exact delimitation of the circle of suspects, the verification of the way they spent their time in the event that invokes some alibis, witnesses selection from among people who could perceive the criminal acts etc.

⁴ Regarding these issues, see R. Lechat, „*La technique de l'enquet criminelle*”; G. I. Kocero, „*Forensics*”, edited by S. A. Golunski, supra quoted, p. 466-467; C. Suci, „*Forensics*”, Didactic and Pedagogic Publ. House, Bucharest, 1972, p. 622-623; C. Aionitoaie and A. Ungureanu, „*Forensics Course*”, vol. III, Forensics Methodology, edited by Military Officer School of the Ministry of Home Affairs, Bucharest, 1977, p. 94-99; I. Mircea, „*Forensics*”, Lumina Lex Publ. House, Bucharest, 1998, p. 276; A. Ciopraga and I. Iacobuta, „*Forensics*”, Chemarea Publ. House, Iasi, 1997, p. 378.

Identify the means and methods used in committing the offense serves to legal classification of the offense in simple or qualified theft category (for ex. the theft committed by a person with a weapon, by breaking in, climbing etc.) or in the robbery category (theft committed through the use of violence). It will also be possible to outline the mode of operation, an important aspect for the prosecution in the composition of the circle of suspects, being well known the specialization of some criminals for pickpocketing, theft from homes, using certain pretexts, qualities, disguises, etc.

Identifying the perpetrator and participants to commit theft, in addition to its known importance, is essential needed for shaping the qualified forms of theft and precise determination of criminal liability of each co-author or accomplice, depending on the contribution they had on committing the offense, the concealment of goods or favoring the offender.

Identification of victims, operation which must be seen from two perspectives:

a) **Identification of the owner** of the stolen goods and discover of the author. For example, there are frequent cases in which are committed thefts from apartments, cars, work, and stolen goods are often hidden or used by the perpetrator in various ways, including putting them on sale. In such circumstances, it is necessary to proceed to establish the people to whom such goods belonged to.

b) **Identification of the injured party** is a special task in case of committing burglaries, in which the victim is unconscious because of the violence that has undergone or even, died due to injuries caused by the author, which along with the stolen goods stole the identity documents.

Establishing the conditions that favored the offense is a pre-emptive task in the sense of helping, of guidance to those entitled to take effective measures to ensure the security, the security of property belonging to public or private heritage. Because of negligence or lack of provision of basic sense, often criminals are "invited" to commit the theft. For example, the habit of some people, especially women, to walk with the purses opened, especially in agglomeration areas, leaving in cars, at sight, some valuables or tempting objects, leaving the luggage in stations unsupervised, etc. In case of theft from homes, often there are not taken minimal safety measures, and often it can easily be found out what goods are in it, which is the program of the people who live there, what people attend the house, etc.

Taking the first steps

Regardless of the nature and circumstances of the theft or robbery committed - following notification by complaint, denunciation or ex officio - the prosecution body will perform as soon as possible the following procedural steps:

Finding the flagrant crime

In the event discovery the theft or robbery, when committed or immediately after committing it, under the conditions of art. 465 Criminal Procedure Code, solving the case is relatively simple. Often, such situations are found for crimes committed in markets, shops, public transport etc. where the offender is caught, or followed, by the victim, the eye witnesses, public shouts. For this, the offender is apprehended on the spot and identified. The injured person will be heard immediately, as eye witnesses to the crime and catching the author, to prevent further mutual influence. The author will be searched and interrogated about the crime committed. Also, the scene will be investigated if the situation so requires, all findings being recorded in a minute. (Art. 467 Criminal Procedure Code)

Between the activities which will be undertaken to identify the perpetrators and to prove the guilt, first and most important task is to *investigate on the spot*.

"The place where the offense is committed has for any investigator a magical character, not for the faith of some people that the soul of the victim (when we are dealing with a crime, of course) is still there and watches what happens, but because the investigator knows that there is latent traces, silently waiting to be discovered to unmask the killer..."⁵.

Evidentiary procedure, called by the Romanian Code of Criminal Procedure, crime scene investigation is known also in Western law as crime scene investigation or crime scene, such as the judiciary Anglo-Saxon or American system - represents the act of debut of the investigations in fact with great danger.

This important activity that contributes to accomplish the purpose of criminal proceedings in order to establish the truth it falls under the crime scene investigation, within which in legal practice has a more general content, namely the crime scene investigation. The scene is the most important place for criminal investigation it is most often the starting point for forensic investigation. The importance of investigation on the

⁵ Lazar Carjan and Mihai Chiper - *Investigation of Crime Scene*, Chap. XII, page 235, „Forensics“ Fundația României de Măine Publ. House, Bucharest, 2009.

spot is highlighted in the specialty literature in criminal procedure as well as in forensics; most authors agree that we are facing an evidentiary procedure of deep significance in finding out the truth⁶.

Investigation of the judicial body on the spot is "one of the most effective procedural measures"⁷.

The fact that the prosecution, as the law court, have the possibility to investigate directly the crime scene and to assess the consequences of crime, to establish the circumstances in which the act was committed and to identify the author - by finding, fixing, lifting and forensic investigation of the traces, the means of material evidence - is likely to contribute effectively to accomplish the purpose of criminal proceedings. Hence, rightly it is stated about investigation on the spot that it is not a simple initial act of prosecution, but an activity of utmost importance with immediate and irreplaceable character in many cases almost impossible to be repeated, in the same conditions and with the same results⁸.

Specific features of the investigation on the spot are given by the individuality of this activity, different from others, of criminal and forensic procedural order.

Mainly, these are:

– *obligation to perform it*, on the results obtained from the crime scene investigation depends the orientation of the entire course of the investigation.

– *is the first activity* in the investigation process. Reversing the order of performing the investigations activity often compromises the authors' identification and proving their guilt.

– *the fact that it cannot be repeated*. Through the activity of the investigative body on the spot, the initial aspect left by the authors is changed completely, to repeat the investigation is impossible.

However, there are a few exceptions that actually demonstrate that the investigation research was not complete:

⁶ N. Volonciu, *Criminal Procedure Treaty*, Paidea Publ. House, Bucharest 1997, p. 279; Gh. Theodoru and I. Moldovan, *Criminal Procedure Law*, Didactic and Pedagogic Publ. House, Bucharest 1976, p. 143; I. Neagu, *Criminal Procedure Law Treaty*, Global Lex Publ. House, Bucharest 2006, p. 287.

⁷ P. Chabon, „*Le juge d'instruction, Theorie et pratique de la procedare*”, Third Edition, Dalloz Publ. House, Paris, 1985, p. 137.

⁸ C. Suciu, *Forensics*, Didactic and Pedagogic Publ. House, Bucharest 1972, p. 503; V. Berchesan, *The Methodology of investigation the crimes*, Paralela 45 Publ. House, Pitesti 1997, p. 253.

- when the entire surface of the scene was not known, it was more extensive than originally established;
- when, due to weather conditions, the crime scene was not investigated thoroughly.

Preparation for investigation on the spot

The measures taken by the criminal investigation body before performing the investigation of the crime scene are designed to preserve all traces, but also material provision with all the necessary equipment for this activity.

a) Regarding the technic-material provision there are necessary the forensic kits, and cameras and video cameras (film and video), etc. Also in this category of measures falls the rapid movement of the team on the spot and inviting the specialists (medical examiner, pyrotechnical, fire and so on).

b) The second largest category of measures which are taken on the spot, but immediately, before performing the actual investigation.

- delineation and marking of the crime scene;
- determine the changes supervened at the crime scene;
- guarding the crime scene;
- identifying witnesses and establish the suspects;
- conducting the investigations and gathering information.

Manner of conducting the investigation on the spot

Regarding the investigation on the spot should be noted that each case has its specificity as a result of a complex of human factors (related to the author and the victim of the offense), weather and topography, making it impossible to establish some binding rules.

However, forensic experience imposed some of these general rules.

One of them is that crime scene investigation is carried out in two stages (or phases).

a) Static Phase

Investigation begins with the observation and conservation of the objects position in the scene without moving them from their places. At the beginning it is performed the orientation of the field scene, it is set the input and output places of the scene area, as well as “iter criminis”, meaning the way made by the offender at the crime scene.

At this stage, taking pictures and filming the main traces and evidence means take place, after they have been marked with numbers. At

the end of this phase the investigator manage to form an overall picture of the crime and criminal offender.

b) Dynamic Phase

When the first phase is exhausted, there follows the movement of objects from their place in the field of crime for searching and lifting of traces that could not be detected initially, or that require special methods of revealing.

At this stage taking pictures of every trace, every detail takes place. Also the latent (invisible) traces will be revealed, picked up and packed.

An important aspect of this phase is the interpretation of traces which can clarify important issues such as:

- nature of the crime committed;
- mode of operation;
- the time when was committed;
- number of offenders (participants).

The crime scene investigation is an indispensable procedural act of theft and robbery investigation, subsequent resonance to resolve the criminal case. Also, in assuming the investigation of these deeds, through the “place of offense” must be understood not only the actual place where the goods were stolen, but the access ways, the route taken by the offender on the arrival or departure from the criminal field, the place in which the violence or threats to the injured person happened as well as the place in which the goods were hidden. Through the investigation on the spot there can be obtained valuable data on the ways and means used in committing the theft, the number of people and time in which they operated, the way the offender made as well as the stolen goods.

Of course, there will be discovered, secured and picked up the traces left by the offender person, burglary tools used, such as, for example, specific pressure traces, of rubbing, cutting, striking. Also, data can be drawn about specific professional skills of the offender's degree of “specialization” as well as about the possibility of knowing the place topography or location of stolen objects. Special attention will be given to items lost or abandoned by the author, traces that are in the form of objects or different waste materials (sawdust, scrap metal in the form of filings chips, broken glass, paint layer, etc.). Please note that many of the specific traces of the burglary are micro-traces they can be discovered on clothing or on the offender's body. It should not be neglected the olfactory trace operation using tracking dogs, especially assuming the rapid arrival on the scene of the investigating authorities. From the investigation are not precluded any biological traces, especially the hair and traces of blood,

often found even in the case of simple theft, the author is injured, for example, by breaking a window or forcing a padlock of a metal door, etc. These traces assume, of course, an even greater importance in the robbery investigation when between the victim and the abuser took place a struggle⁹.

From the interpretation of traces found on the criminal field, the prosecution will be able to draw the first conclusions regarding the mode of operation, since the time of the crime scene investigation, to develop the first version on the nature of the offense and its potential authors. In investigations on the spot, great care will be also granted to the negative circumstances which, among others, may be the result of theft or attempted robbery simulation for concealment of another crime.

For solving the theft cases, a classification of main issues that define the general frame of the prosecution, as it was stated above, the judicial authority is required to relate to the particularities and specific circumstances in which each offense was committed. Of course that a list and, especially, a clear distinction between theft and robbery peculiarities committed in damaging the personal goods or the public ones are difficult to achieve, even in theoretical point of view, because of the interfering elements of specific procedures or mode of operation. For example, the forcing of locks, cracking safes, entering into certain rooms are often the same with the theft from personal property, and theft of public property¹⁰.

In essence, the peculiarities of investigating the theft are determined, in particular, by the location and the mode of operation.

References

- Antoniou, George; *"Report of causation in criminal law"* Scientific Publ. House, Bucharest, 1968.
- Antoniou, George; Bulai, Constantin; *"Criminal judicial practice"*, Vol III, Academiei Publ. House, Bucharest 1992.
- Amza, Tudor; *"Forensics"*, Lumina Lex Publ. House, Bucharest 1998.
- Basarab, Matei; *"Criminal Law, General Part"*, Lumina Lex Publ. House, Bucharest, 2001.

⁹ Emilian Stancu, *op. cit.*, p. 556

¹⁰ R. Lechat, *"La technique de l'enquet criminelle"*, vol. II, supra quote, p. 601 and the following; S. P. Mitricev and P. I. Tarasov - Radionov, *"Forensics"*, vol. II, supra quote, p. 71 and the following; G. I. Kocearov, *op.cit.*, p. 466 and the following; C. Suci, *op.cit.*, p. 648-651; C. Aionitoaie, *op.cit.*, p. 118 and the following; I. Mircea, *op.cit.*, p. 192-194.

- Bulai, C.; Filipas, A.; Mitrache, C.; *"Criminal law institutions"*, Trei Publ. House, Bucharest, 2001.
- Bulai, C.; *"Romanian Criminal Law"*, Sansa Publishing House and Media, Bucharest, 1992.
- Diaconescu, Gheorghe; *"Romanian criminal code offenses - Special Part"*, OscarPrint Publ. House, Bucharest, 1997.
- Diaconescu, Horia; *"Criminal Law - Special Part"*, Ed Craiova Themis, 2000.
- Dobrinioiu, Vasile; *"Criminal law - Special Part"*, Luminalex Publ. House, Bucharest 2000.
- Dongoroz, Vintila; Kahane, S.; Oancea, I.; Fodor, I.; Iliescu, N.; Bulai, C.; Stanoiu, R.; Rosca, V.; *"Theoretical Explanations of the Romanian Criminal Code"*, R.S.R. Academy Publ. House, Bucharest 1971.
- Loghin, O; Filipas, A, *"Romanian Criminal Law - Special Part"*, Sansa Publishing House and Media, Bucharest, 1992.
- Loghin, O.; Toader, T.; *"Romanian Criminal Law - Special Part"*, Sansa Publishing House and Media, Bucharest, 2001.
- Mitrache Constantin; *"Romanian Criminal Law - General Part"*, Sansa Publishing House and Media, Bucharest, 1999.
- Neagu, Ion; *"Criminal Procedure Treaty"*, Pro Publ. House, Bucharest 1997.
- Niculeanu, C.; *"Criminal law course general part"*, Sitech Publ. Hous, Craiova 2000.
- Nistoreanu, Gheorghe; Boroi, A.; Molnar, I.; Dobrinioiu, V.; Pascu, I.; Lazar, V.; *"Criminal Law - Special Part"*, Europa Nova Publ. House, Bucharest 1999.
- Nistoreanu, Gheorghe; Boroi, A.; Molnar, I.; Dobrinioiu, V.; Pascu, I.; Lazar, V.; *"Criminal Law - selective course for university degree"*, Europa Nova Publ. House, Bucharest 2001.
- Nistoreanu, Gheorghe; Boroi, A.; *"Criminal Law - Special Part"* All Beck Publ. House, Bucharest, 2002.
- Papadopol, V.; Pavel, D.; *"Forms of crime unit in Romanian criminal law"*, Sansa Publishing House and Media, Bucharest, 1992.
- Pasca, Viorel; *"Constitution and the Penal Code"*, All. Beck Publ. House, Bucharest 2002.
- Stanoiu, R. M.; Griga, I.; Dan, T.; *"Criminal Law, General Part"*, Hyperion XXI Publ. House, Bucharest, 1992.
- Stoica, O. A.; *"Criminal Law, Special Part"*, vol. I, Education Lithography 1958.

Stoica, O. A; *“Criminal Law, Special Part”*, Didactic and Pedagogic Publ. House, Bucharest, 1976.

Vasilu, Teodor, Antoniu G., Danes, S.; Daranga, G.; Lucinescu, D.; Papadopol, V., Pavel, D.; Popescu, D.; Ramureanu, V.; *“Criminal Code at R.S.R. commented and annotated”*, Scientific Publ. House, Bucharest, 1972

DEVIATION AND JUVENILE DELINQUENCY

Adriana TUDORACHE *

Abstract

The juvenile delinquencies constitute a problem of the contemporary world intimately linked to the depravity (disruption) of family, which, instead of contributing to the enrichment of the personality of two partners through a new personality, that of the couple, on the contrary, it gets loaded by anxiety, conflicts and even violence.

The juvenile delinquency raises three essential issues in criminological aspect, namely:

- *The avoidance of ambiguity in its definition, because not every home leave should be considered a delinquency, though the latter is usually preceded, by behavioral disorders. The fact that any delinquency of a minor is preceded by behavioral deflections shall never be overlooked;*
- *The scientific explanation of juvenile behavioral dysfunctions, which should constitute the scientific support for the behavioral rectification and for the avoidance of the risk of for these dysfunctions to remain permanent;*
- *The adoption of the most appropriate medico-social and medico-pedagogical measures for behavioral rectification, which must prevail in the social and judicial attitude towards the juvenile deviation, because the child's personality is in full development.*

Derived from the Latin *delinquere* and *juvenis* this notion means “all the offenses and breach of social norms, legal sanctions, committed by juveniles”¹.

As a special form of social deviance, juvenile delinquency defines “all children and young people behaviors in conflict with the rules of social coexistence accepted and recognized in a society”².

* Ph.D Lecturer, Faculty of Judicial, Social and Political Sciences, “Dunărea de Jos” University of Galați, Romania, Email: ruvia_0777@yahoo.com

¹ N. Mitrofan, V. Zdrenghea, T. Butoi, *Judicial Psychology*, “Șansa” Publishing House and Media SRL, Bucharest, 1992, p.267.

² D. Banciu, S. Radulescu, *Juvenile Delinquency Developments in Romania. Social Research and prevention*, Publ. House Lumina Lex, Bucharest, 2002, p.7.

This acceptance of legal type is useful because it allows the avoidance of ambiguity of other definitions, but it may be perhaps too simplified compared to the complexity of the phenomenon.

By breaching the social norms, delinquency is related to the sociological approach, in that it involves violation of criminal law; being a subclass of criminality or crime, juvenile delinquency is related to legal and criminological domain, involved in the detection and prevention of justice. The delinquent act is ultimately the product of the action of an individual, of a personality; the phenomenon requires an approach related to psychology or even to psychiatry.

Referring to people who are in an age stage normally falling into the school regime, juvenile delinquency is also a pedagogical problem. The accent of analyses fall differently, depending on the specific angle of the approach.

As a distinct form of deviance (of criminal nature), juvenile delinquency is a complex phenomenon that defines all behaviors, being in conflict with the values protected by the criminal standard.

From those shown above, it results explicitly that the term "juvenile" (juvenile delinquency) refers only to the teenage group. The syntagm juvenile delinquency means misconduct of the young people who have not come to age, being applied to those who break the law but also to those who integrate into a potentially delinquent entourage, with avoidance behavior, those who have run away from home or those who quit school, wandering, those who have a certain conduct disorder. The legal point of view reduces the delinquency in relation with the criminal norm and the harmful consequences of actions that are legally sanctioned.

Therefore, a criminal career of a young person does not resemble with the one of an adult, its illegitimate or illicit deeds, are actually due to the mistakes made by the teacher and not the ones so-called antisocial motivations of the young offender.

Most of these children are not wicked criminals, or irretrievable marginal elements, but simply astray children, lacking the educational benefits of a favorable family environment.

Some authors consider that the specific features of delinquency consist mainly in:

- The violation of laws and legal regulations that prohibit committing certain actions;
- The manifestation of a behavior which is contrary to moral rules and social life;

- Performing antisocial actions which endanger the safety of institutions and social groups producing a feeling of fear and insecurity among individuals.

Although seemingly the crime appears as a legal phenomenon, governed by the criminal law norms, it is primarily a social phenomenon that occurs in society, with negative and destructive consequences for the security of individuals and groups.

Depending on these characteristics, delinquency is “a very complex phenomenon, including a number of aspects and dimensions of statistical, legal, psychological, sociological, prospective, economic and cultural nature³”.

Without wishing to minimize the importance of the biological and psychological factors we will further refer to the social factors that in our opinion we consider to be determined in the formation of delinquent personality.

Professionals involved in researching the phenomenon of child juvenile delinquency are concerned primarily with explaining its causes, emphasis of the determinants and favor factor, starting from the principle that in order to remove the effect you must eliminate the cause.

Nature has established that the development of a child to take place between the two parental poles, namely the mother’s affection and tenderness and father's authority and behavioral patterns. The family abdication from these natural and educational imperatives manifested by emotional deficiency and abuse of authority will be found at the origin of any cases of child juvenile deviance.

The results of the crazy experiment of some Pharaohs or Frederick II, who wanted to see what language the children will speak if they are separated from their mothers and fed only by nannies, the experience of abandoned children raised by animals which then could not be socialized (the case of dr. Itard, the case from Brasov), pedagogical findings, that a good mother is worth a hundred of teachers (Herbart), and the school on the mother's knee is essential for the rest of the life (Pestalozzi), sustain that affection is more necessary than the mother’s milk, aspects confirmed scientifically by Bowlby and Ainsworth’s works. They found the sense of security which was shown by the children who were together with their mothers under the bombing of the Second World War or in the jungle chased by animals, contrary, the presence of fear, anxiety and so the

³ D. Banciu, S. Radulescu, *Introduction in juvenile delinquency sociology. Adolescence – between normality and deviance*, Medicala Publ. House, Bucharest, 1990, p.42.

feelings of insecurity manifested by the assisted children in the orphanages, with excellent living conditions but in the absence of the mother. Thus, they have developed *the attachment theory*, which shows that:

◇ *Immediately after birth, the child's attachment is sensorial* (the child perceive also its mother's mood states in the intrauterine life, as confirmed by electroencephalographic recordings) so that out of ten mothers a child accepts only his real mother's breast, reason for which the separation of the baby and mother immediately after birth, is considered harmful. Subsequently, the attachment becomes emotional, and without it, the intellectual development and mental state are severely affected, leading to emotional mental impairment or relational autism (withdrawal). For these reasons, the maternal sensitivity is considered essential, primary, which will develop the personality, it is the core of personality development.

◇ From the affective dialogue with the mother and from the paternal model of authority, the child will then move to the dialogue with the world, because the first distinction between good and evil will be of affective nature, so parental, over which will overlap then other higher distinctions, such as right - wrong, legal - illegal, etc. Thus, if a child did not have the chance to have good parents (affective mother and the model father), but rather had the misfortune of bad parents (unaffected mother because she did not want the child and abusive father), this will see the world as bad as he perceived it in the family. Such a child will externalize feelings by an opposition that will exceed the child's physiological (normal) one. Aggression, agitation, tyranny, life without love, for the child and then the adult, become a kind of human mental death. Indeed, the child who did not feel maternal love, in turn, it cannot love, cannot give love because it did not feel it, it will become unaffected and insensitive, and this vice of feeling will be at the origin of delinquency. Without parental love the child will become tomorrow's adult full of hate, because it will hate all those it considers happy, because they were loved and can love back. This was the main finding that led Bowlby to say that "if by the age of 6 months a child will not feel maternal love, s/he will likely become a delinquent". *Mutatis mutandis*, that's why Bernanos said that hell is not to be able to love.

◇ If the early disorder and then later in behavior it becomes the parents' symptom, it is deduced that the responsibility attributed to the children for behavioral dysfunction is actually the responsibility of their parents.

◇ Behavior disorders at the child juvenile age, caused by emotional deficiency and abuse of authority and lead to emotional indifference and

then, like a vicious circle, in the absence of feelings of guilt and indifference, and hence the agenesis (sterility) moral - social sentiments of responsibility will constitute the later anomic personality symptoms (disordered), will extend at the offender from adulthood, 70% of children that are part of child juvenile delinquency become delinquents in adulthood. So from children's personality there are good or bad parents (pathogenic) because from the opposition towards their parents, the child passes to the opposition towards the society.

◇ Ulterior, the development of an unwanted child is studied pertinently, scientifically, through psychogenic evolution of the children abandoned and rose in orphanages. Children's separation of the parents is seen as a serious shock which goes through three phases: in the first phase (in the first months) the child is attached to anyone, in phase two, seeing that it is not comforted and that nobody is attached to it, it has crying reactions, physical emaciation (pronounced weakness which appears at the end of a long-term illness), food refusal, for that in the third phase finally refuse human contact and if someone is still looking for it, to turn its back, to stay immobile. Symptoms make up of what is called the syndrome of autism, from mental apathy such a child goes to mental starvation manifested by lack of desire and good humor. This phenomenon of emotional deafferentation (deprivation) shows an emotional - affective communication phylogenetically older than the social one, without it the interpersonal social communication may be compromised.

◇ Emotional deficiency and lack of parental models will be supplemented on the street, by the delinquent group, band, reason for which, in a prophylactic scope (preventive) regarding the inadequacy of adult life, the Declaration of Children's Rights includes these scientific facts, stating that "for full and harmonious development of his personality, the child needs love and understanding. Wherever possible, it will grow under the care and responsibility of its parents and, in any case, in an atmosphere of affection and of moral and material security. Only in exceptional circumstances will a small child be separated by its mother. To meet the interests of the child must be the guiding principle of those responsible for the education and guidance of it, and the responsibility lies primarily with parents. The child will be protected against all forms of neglect, cruelty and exploitation and no way will be the object of trafficking".

However, findings from the etiologic study of the crime phenomenon which shows the fact that some people have passed to commit crimes, while others did not, in the same social and environmental

conditions and similar aspect, correlated with the fact that biological factors cannot explain at a satisfactory scientific level these differences in behavior, made to start from a basic assumption, namely, structural deficiencies and mental function is the main cause of such situations. So, the occurrence of juvenile antisocial manifestations cannot be explained only by a single factor (society or individual), but by a number of factors which interact with each other.

For some researchers, psychological factors are considered as equally important as the social ones. It must also be taken into consideration the factor of "aggression" or the one of "frustration". The emotional and behavioral instability, as well as selfishness and impulsiveness that characterizes adolescence age and which influence, largely socialization and integration into adult society.

Unlike psychologists who focus on psychological features which starts from adolescence age, emphasizing the role of psychosomatic individual factors in the adaptation of the young person to the environment (personality traits such as: temperament, attitude, character), sociologists grant an important role for the elements with social-cultural feature and generally the social life conditions (family, urbanization, school education level).

With regard to the medical and social attitudes, the medico-pedagogical and hence the expert towards the child juvenile delinquency, which frequently is expressed as vagrancy, which favor the theft and assault, should dominate the consequences arising from the child's deeds, but medico-pedagogical issues of the children's re-education are complex, varied and challenging. They should medical-pedagogical spare fragile personalities, in development, which involves understanding and persuasion for a useful redirection of behavior. In addition, it should not be neglected the fact that the educational value of sanctions depends on the sensitivity of juvenile personality and how they stimulate emulation (feeling, desire, endeavor to beat someone in a field of activity) and adherence to human and social values. In this respect, the more re-education will be more affective, the future will be less tributary (dependent, submissive) to the instincts, which is why medical-pedagogical attitude, especially in re-education, requires a sense of responsibility, understanding and anticipation, so that the prohibitions will not have a major role.

Prohibitions may subsequently lead to poverty aspirations, just as disciplined behavior should be based on the formation of beliefs and not fear. Instilling discipline to learn and relearn should lead to awakening the desire to learn from curiosity and the need to overcome their own and

therefore the family and school medico-pedagogical conditions should have the main share in the formation and development of the child's personality for appropriate and dynamic integration into society.

From a legal perspective, new regulations designed to reconcile Romanian laws were developed in Romania in accordance with the European ones.

In turn, the regulations contained in the Criminal Code regarding the children have been improved, to set more appropriate provisions about the limits and consequences of the child's criminal liability, the educational measures taken when committing antisocial acts, penalties which may apply to children, suspension of enforcement, surveillance and control measures in case of suspension of enforcement, etc.

The institutionalization process of children in Romania is long and difficult, involving a broad coordination of efforts of the central and local bodies, of government and non-government organizations. A separate measure apart from institutionalization, directly related to the phenomenon of juvenile delinquency, intends to replace prison sentences for children with a range of alternative measures.

If three years ago in prisons in Romania were incarcerated about 1000 children, their number currently reached over 17000. The police say that the offenses committed by children are alarmingly increasing. The children commit all illegal actions possible from thefts to robberies, rapes and house robberies to drug trafficking.

Undoubtedly, it is difficult to assess and, especially, to predict the evolution dynamics and intensity of the phenomenon of juvenile crime in our country in the coming years.

Finally, abandoning the definition of disappearance of delinquency by educating the young people conscience, like that of "import" or "external influence" of crime, it should be noted that the data of criminal statistics (which began to be released after half a century of silence) show an increase and a worsening of crimes committed by children and young people. They grow from day to day, from month to month, increasing in severity and danger. We are already dealing with crimes as prostitution, pornography, drug trafficking, armed attacks, which not long ago we used to consider them as being "foreign" to our society.

References

- Anthony Giddens, *Sociology*, All Publ. House, Bucharest, 2000.
David Lykken, *Psychopathy, Sociopathic and Crime*, Society vol.34, Springer Publ. House, New York, 1996.

- Edmund O. Wilson, *Sociobiology*, Harvard University Press Publ. House, Cambridge, 1975.
- Enrico Ferri, *Criminal Sociology*, D. Appleton Publ. House, New York, 1909.
- John J. Macionis, Linda M. Gerber, *Sociology 7th Canadian Edition*, Pearson Canada Inc. Publ. House, Toronto, 2010.
- Sorin Radulescu, Mircea Pitcariu, *Deviant behavior and mental illness*, Academia Republicii Socialiste Romania Publ. House, Bucharest, 1989.
- Tudor Amza, *Criminology*, Lumina Lex Publ. House, Bucharest, 1998.
- Dr. Florentina Greco, Dr. Sorin M. Radulescu, *Juvenile delinquency in modern society, Comparative study USA - Romania*, Lumina Lex Publ. House, Bucharest, 2002.
- University course Valerian Cioclei - *Manual of Criminology 3rd Edition*, All Beck Publ. House, Bucharest, 2005.
- Gheorghe Scripcaru, Vasile Astarastoiaie, *Clinical Criminology*, Collegium Polirom Publ. House, 2003.

Internet sources:

http://ro.wikipedia.org/wiki/Social_Psychology

SOVEREIGNTY - STATE POWER QUALITY

Mircea TUTUNARU *

Abstract

Sovereignty is a feature of state power that expresses the right of the power to organize and to exercise, to establish and solve internal and external issues freely and according to his will, without any a mixture, respecting the sovereignty of other states and international law.

Sovereignty is an exclusive attribute of state power. A note of specificity of this power is to distinguish domestic from any other social power and external power of any other state or superstate.

Keywords: *sovereignty, rule of law, supremacy, independence, state power*

State power is a sovereign power. Undoubtedly sovereignty is an exclusive attribute of state power, a touch of specificity of this power is to distinguish domestic from any other social power (eg power parties, the unions, associations, etc. power) and externally by any other state or supranational powers.

Jean Bodin, in his famous work *Le Six Livres de la Republique* written in 1576, developed the first theory of state sovereignty. The concept of sovereignty is its ability and power to make laws. This power is characterized as the only indivisible and continuous one.

Sovereignty is the feature of state power, says Ion Deleanu, which expresses the right of the power to organize and to exercise, to establish and resolve internal and external freely and according to his will, without any interference, respecting the sovereignty of other states and international law.

Victor Popa defines state sovereignty as the quality of state power to be supreme over any other existing social power within their territorial power independent of any other state or international body, as expressed

* Ph.D Assistant Professor, Faculty of Law Tg-Jiu, University Titu Maiorescu Bucharest,
Email: mircea_tutunaru@yahoo.com

in the right state to establish freely without any interference, for its activities externally and internally, the basic tasks and the means to achieve them (Popa V., 1998, p.53).

Ion Muraru states that, since sovereignty is a general feature of state power, cannot speak of a holder of sovereignty only if we equate state power and sovereignty by virtue of the society in which power State belongs to all the people (nation) sovereignty and national sovereignty is identified with state sovereignty (Muraru I., 1997, p.161).

Although unitary, sovereignty involves two fundamental situations, teaching Joined: **supremacy** and **independence** (Deleanu I., 1996, p.72).

State supremacy means that the ownership of this power is superior and dominant over all other powers. Supremacy is its responsibility to establish and solve all problems of political and socio-economic compulsory for everyone ordinances to regulate the legal status of its citizens and other persons who are on the territory and the right to dispose all the material resources available in that territory.

The **independence** of the state means full exclusive, unlimited right, except by force international norms and principles of each State to decide on all internal and external problems after its discretion and according to their interests without interference or coercion exerted by another power state. A broad resonance contemporary value arising from independence is the right of every people to choose freely the economic, political and social and the disposal of all natural resources. It is clear that contrary to international law and morality not only direct military intervention and any act of interference or threat against the personality of a State or its political economic and cultural elements (Muraru I., Tănăsescu S., 2009). Coercion of any kind to determine a state to make the exercise of its sovereign rights or to obtain from it advantages of any breach international law.

Sovereignty cannot be deployed in democratic value system. Freedom and equality are the fundamental criteria of progress. The recast and review of international law in view of building a new world economic order and political criticism involve taking all that mankind has created best-thinking in international law, the doctrine and practice of this science and elaboration on the constitution all peoples of rules and new principles appropriate fully the present stage of human evolution (Glaser E., 1982).

We specify that for a democratic rule of law its essential specifies that the purpose and functions of the state to comply with the general will of the holder of sovereign political power (people, nation).

Sovereignty remains a mere fiction if the people as a whole is not aware of the complex role that it has as the sovereign power holder. To assume and exercise this role by the people means not only its right to participate in leadership - essential aspect of democracy and the duty to achieve economic prosperity and cultural development to assure, as shown by Dimitrie Gusti (Gusti D., 1978, p. 59), that freedom of needs not only to fulfill its many civic duties, but also to strongly defend its rights in all circumstances. From this perspective the state is meant to translate its social expectations of the people, the requirements of different social groups or categories of government decisions.

The former socialist states of Eastern Europe are currently on the road of building a state transition as going through a crisis in all areas of activity, the scourge of corruption levels are high (as in Romania, Bulgaria, Moldova - politicians, public officials breaking the law).

Politicians come to power not to make a useful nation program, but a pretext to achieve such a program, which is only a means of access to leadership, they seek only power as such (for themselves) and rely on it to conduct business for their profits and for their political clients. Being in power handling power at will, an exercise, abusing her, politician, or rule of law does not allow it.

In Romania with the collapse of the national economy which took place after 1989, corruption - the cumulation of offenses - is the main feature of this period.

In generalizing the phenomenon of corruption and transparency and freedom of expression, people are and see what happens losing confidence in the ability of state institutions.

We believe that no laws, no legal vacuum is the main component of generalized corruption. More important than the lack of a legislative framework is made to apply the practice of law and address the idea how to circumvent the law, not how to apply. The danger that threatens us is the lack of willingness to restore order in society and to restore public confidence in the state institutions. Precisely for this purpose was created the National Anticorruption Department.

The Romanian government today is economically and socially sick, but it will heal and the disease will be eradicated only by the rule of law through

its institutions, the implementation of the law, by establishing the rule of law for all, making as the German lawyer Ihering says: good, clear and correct laws that can be understood by all members of society, to be applied vigorously to all. You must respect the constitutional provision that says all citizens are equal before the law, without privileges and discrimination (Article 16 paragraph I of the Romanian Constitution 1991).

Fair and correct application of laws will build their economic basis will be attracted to investors, foreign capital will enter in Romania and will result in the present and future economic development of the Romanian society, the actual building the rule of law. The power law is validated not only home but also in size tasks. So, in our view political power and power may generally be limited by rules of law, for the rule of law finds the remote and submission specifics.

Now, in the early third millennium renewed conceptions of rule of law justification for the separation of powers to totalitarianism characterized by identifying the three powers in the hands of a single court. The state of law requires a higher number of power centers, even a power emanating from multiple centers. The state of law does not deprive of sovereignty but understood that power to decide in exceptional circumstances. European twentieth century paid enough tribute to the emergencies that reach the very weakness of democracy, not to give it the importance of sovereignty, giving to the supreme power the supreme right of decision in today's European Union integration.

European integration and state sovereignty

Since the treaties that founded the European Communities and then the EU point contain rules on the powers of the European institutions and mandatory provisions which they adopt for the Member States, in some constitutions no longer make direct reference to state sovereignty, in the integration conditions as well. As shown in the analysis of texts of constitutions of EU countries (Italy, Denmark, France, etc.) regardless of the manner in which to solve the problem the regulation of legal relations between the EU and each Member State, namely the problem of the Community institutions of tasks related to state sovereignty in all these countries was accepted in one form or another, the idea of limiting sovereignty as this category was understood in the classical doctrine of constitutional law. In all these constitutions reflected a new conception of state sovereignty, which enable integration and especially its continuance in depth.

In the theory of national sovereignty, people appear as an abstract entity - "the nation" - which is a moral person distinct from the individuals who compose it with their own willingness. Beyond the differences between these two theories - that of popular sovereignty and national sovereignty and, in particular, those concerning the nature of the parliamentary term - or imperative representative, as appropriate - remember something important problem we are concerned with: both considered inalienable sovereignty. In these circumstances, the conclusion that emerges is that if EU member states (Vrabie G., 1999, p.269) cannot speak of division of sovereignty, although this idea is found relatively frequently, but the delegation of powers to exercise certain powers related to the sovereignty of member states or their exercise jointly with the EU institutions.

It cannot be alienate the sovereign rights of states, nations, which is not the author ultimately of European constitutions. This should be clear that while, which is able to adopt a constitution can at the same time to alter or to abolish it. Referring to the constitutions, Jean Jacques Rousseau, the father of popular sovereignty, admitted the review, saying that the social body is unnatural to impose its laws and to not be able to cancel it.

But he said, it is not against nature, against any nation that he could revoke these laws with the same solemnity with which it has established (Vrabie G., 2002).

We rally to Prof. Genoveva Vrabie's opinion stating that it is correct, at least theoretically, to admit that remain integrated member holding the right of sovereignty.

Analyzing the two phrases: "right of sovereignty" and "exercising this right", we make a statement about the special nature of duties of the E.U. bodies (institutions). It's about the skills that are specific political entities that are generated by the integration of nation states and not resumed even as an exercise to them. Exclusive competence of the EU are determined by the functional requirements other than those that led to the formation of national states. Genoveva Vrabie shows that we can distinguish the following three situations:

- 1) perform tasks that the E.U. due to alienation performance attributes of sovereignty by Member States.
- 2) that the E.U. exerts some functions related to sovereignty jointly with Member States.
- 3) that the E.U. perform specific tasks that are not commonly found in national states (Vrabie G., 2002).

Taking into account Romania's accession to the E.U., we specify that everything was done and to be improved in terms of European integration involves the exercise of common attributes of state sovereignty on the one hand and the exercise of such characteristics by EU institutions, as a result their delegation to the national states. Thus, we can say that integrated nations remain sovereign, they will decide whether to forward the integration path to federalism or to act in another sense. Sovereignty is a natural right. It is an imprescriptible and inalienable right. It may be temporarily confiscated, but the owner can always claim it.

Conclusions

1. The sovereignty content differs from one social system to another and from one state to another, even if they are distinguished.
2. In our opinion, state sovereignty may mean that a general feature of state power, ensure its supremacy by expressing and carrying out the will of the government that will required for the entire society, respecting the rights and freedoms of citizens and independent of any foreign power.
3. In societies where the state power actually belongs to the whole nation, state sovereignty is identified with the people sovereignty.
4. Sovereignty is a legal and constitutional status.

References

- Popa, Victor, *Dreptul public*, Ed. AAP, Chișinău, 1998.
- Muraru, Ioan, *Drept constituțional și instituții politice*, Editura Actami, București, 1997.
- Muraru, Ioan; Tănăsescu, Simina, *Drept constituțional și instituții politice*, Editura C.H. Beck, București, 2009.
- Deleanu, I., *Drept constituțional și instituții politice*, vol. I, Ed. Europa Nova, București, 1996.
- Glaser, Edwin, *Dreptul statelor de a participa la viața internațională*, Editura Politică, București, 1982.
- Gusti, D., *Considerații asupra unui sistem de sociologie, etică și politică*, *Opere*, vol. I, Ed. Academiei Române, București, 1978.
- Vrabie, Genoveva, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. I, Ediția a 5-a, Ed. Cugetarea, Iași, 1999.
- Vrabie, Genoveva, *Integrarea europeană și suveranitatea de stat*, *Revista de Drept public* nr. 1/2002.

THE MEDICAL MALPRACTICE

Natalia-Adriana UDRIȘTIOIU *

Abstract

The medical malpractice, error or mistake is understandable that adversely affects the person's professional, as a patient. Medical legal liability, the burden of medical personnel (doctors, pharmacists and nurses), is based on the guarantee they offer state constitutional level, by regulating the right to health.

Medical error is a mistake healthcare domain specific and can be committed only by medical staff. Medical error will be determined by reference to professional standards in force and the conduct of a good practitioner of the same specialty, placed in the same operating conditions as existing at the time of the error.

Law on health care reform in Romania - no. 95/2006 - defines the malpractice, specifying that the liability of medical personnel is essential to establish with certainty a causal connection between damage suffered by the patient and medical error complained of, taking into account the victim-patient is almost always engaged in a disease process that predisposes a person to objectively and necessarily suffer harmful consequences.

Medical negligence is defined as failure to practice the medical rules, methods and procedures specific to medical or negligently made, inefficiency or neglect.

We can not speak for malpractice claims and patient outcomes due to victim status, previous surgery or medical procedure performed, or if the damage is due to patient behavior, or lack thereof, advice and prescriptions by non medical personnel involved in the case.

So, in talking about medical errors in diagnosis, treatment, specialized technical and supervisory / care, but medical staff liability and failure to comply with patients' rights, deprivation of chance, or the refusal or necontinuitatea medical care if necessary.

The medical malpractice error or mistake is understandable that adversely affects the person's professional, as a patient. Medical legal liability, the burden of medical personnel (doctors, pharmacists and nurses), is based on the guarantee they offer state constitutional level, by regulating the right to health.

Medical profession is a profession, liberal professions, whose essence consists in the free exercise thereof; cannot be medically

* Ph.D Student, Free International University of Moldova, Email: adria.natal@yahoo.com

administrative ranked, the profession has a strong independent character but, this fact does not involve a limitation of the rights and/or obligations arising from the conduct of the report civil legal medical - whose regulations can be found in the content of Romanian civil law, but in one particular, represented by the law facility.

Professional independence in the medical field is consecrated legislative, having as a basis the Law No 95 of 14 April 2006 on the reform in the health field, TITLE XII "Practice of the profession of physician. Organization and operation of the medical college of Romania", TITLE XIII "Practice of the profession of a doctor. Organization and operation of the medical college Dental of Romania", TITLE XIV "Practice of the profession of pharmacist. Organization and Operation College of Pharmacists of Romania", as well as the Emergency Ordinance no. 144 of 28 October 2008 on Practice of the profession of nurses, the profession of midwifery and of the profession of medical assistant as well as the organization and operation Order nursing general practitioners of midwives and nurses in Romania.

The normative acts previously listed have on medical professions human professional on the freedom and independence, by a specific regulatory content, as regards the conditions for the exercise of the profession medical (doctors, dentists, pharmacists, nurses, midwives).

Although the legislation makes it possible to exercise the medical professions both in public and private sector - both as an employee with individual contract of employment, but also as self professional - professional practice must be consistent, and specific employment liability should be carried out under the same conditions, regardless of the form in which the worker medical carries out its activities.

Medical error is a mistake specific to healthcare and which may not be committed only by medical staff. In such a situation, for committing a mistake medical, this will be assessed by reference to professional standards in force, as well as to the behavior a good medical practitioner, in the same specialty, placed under the same conditions of work as those existing at time it was committed incorrectness.

Medical error occurs where scientific disputes shall cease, and occupational medical cannot be held responsible if, at that time, compared with the situation concrete medical, more opportunities to take action, choose the closest experience.

Through medical mistake must be to understand both action and inaction in medical professional's whose task it was case, but in the absence of existence of the causal link between yogi and injury, the fault is excluded. The medical manslaughter is defined as failure to comply with

the rules for the exercise of the profession medical, of methods and processes medical industry-specific, or performed with negligence, inability or carelessness; is breach of his obligations to exercise all due diligence, a charitable deed performed by a professional medical, in objective conditions of work, do not comply with the rules of practice of the profession, recommended and recognized as specific and valid.

The Law on the reform in the medical field of Romania - no 95/2006 - names malpractice, with the specification that, for the hiring of liability medical staff is absolutely necessary to establish with certainty of the connection the causal link between injury suffered by the patient and medical mistake concerned, taking into account that victim-patient is almost always engaged in a process pathological, which predispose objective and necessary person to suffer adverse consequences.

We cannot speak of malpractice in the event of damage results because of the victim-patient earlier medical intervention or procedure, or in the case where the injury is due to the patient's behavior, or lack of it, by failure to follow the advice and the prescription of the medical staff involved in the event.

So that, in the medical field to mention the error in the diagnosis, treatment, the specially trained technical, as well as the monitoring/medical care, and the commitment of liability medical staff as a result of failure to respect rights of patients, depriving them of chance, refusal or continuity of medical care necessary in the event.

Although clinical responsibility falls under the general conditions provided for in the law on civil liability for non-contractual liability, it should be noted that, it is, however a liability subjective, which involves a particular case, domain specific medical.

Malpractice is not just met in error, as generators of injury, is regarded as a beneficent savior illicit legal, performed with guilt, beneficent savior which generate losses of person as a patient.

So, it is necessary to have the actual medical conditions of employment liability subjective, represented by:

- the quality of the provider of medical services of the one who hasn't done any injury;
- the existence of illicit deeds of the supplier of medical services or medico-pharmaceutical;
- the deed may have been performed but also an opportunity for any of the medical service times medico-pharmaceutical; - abetted his deed to be caused by an injury of person. In respect of person prejudiced in the case of a malpractice, as a rule s/he is the person as a patient but, are not excluded no situations in which the

error/manslaughter medical to has negative repercussions and create harm to third intuitu personae nature involved in the event, such as: husband-wife, children, parents, relatives and friends.

The civil liability medical clarification shall consist of a discussion in terms of quality medical worker at the time when it was committed that crime, the quality of employee of a healthcare and the free professional, with the right to practice independent. From this point of view its liability is committed unconditional by each worker medical, by the nature of his profession, and the employing health shall be responsible to integral with its employee, under the law 95/2006 on the reform in the medical field, article 168/2 and 644/2 ¹.

The medical liability is a liability subjective, individual, what is committed as a result of the deed was committed in illegal medical practice of the profession, by failing to observe recommended professional behavior in the event.

In the case of liability without fault², the obligation violated is a general obligation: obligation not to injure each other by rights illicit facts;

¹ **Article 168.** -

(1) Hospital provides medical conditions of the investigation, treatment, accommodation, hygiene, food, and for the prevention of nosocomial infections, in accordance with the rules approved by order of the minister of public health.

(2) Hospital is responsible, under the law, for quality of the medical act, for compliance with the conditions of the accommodation, hygiene, food, and for the prevention of nosocomial infections, as well as to cover injury patients.

Article 644. -

(1) health units public or private, as providers of medical services, responsible civil, according to common law, for damages produced in the activity of prevention, diagnosis or treatment in a situation where they are the consequence:

- a) nosocomial infection, except when it proves an external what could not be controlled by the institution;
- b) faults known devices, and medical equipment used in abused, without being repaired;
- c) use sanitary materials, medical devices, pharmaceuticals and health, after the expiry of the warranty period, or of the period of their validity, as the case may be;
- d) acceptance of the equipment and medical devices, sanitary supplies, medicinal substances and health from suppliers, without ensuring provided for by law, as well as subcontracting of medical services or medical suppliers without liability insurance in the medical field.

(2) Units provided for in paragraphs (1) shall be responsible under the law for civil damages produced by the medical staff employee, when committed to it.

² **Article 1349 - Non-contractual liability**

from civil liability under contract, where an obligation violated is a factual obligation, established by a pre-existing contract, valid concluded between the deprived and the one who is in breach of its obligations under contract.

Civil non-contractual liability incident scope medical is of two ways:

- a) the liability for the deed he his own³
- b) responsible for the crime he another person⁴.

These rules shall corroborates with the provisions of the Law 95/2006 of the reform in the medical field, namely:

- medical staff is responsible for the damages produced in error, which shall include the negligence, imprudence or insufficient medical knowledge in the exercise profession, by individual acts within the framework of the procedures for prevention, diagnosis or treatment.
- medical staff shall be responsible for any damage arising from failure to comply with regulations of this title for confidentiality, informed consent and an obligation of granting medical care.
- medical staff is responsible for the damages produced in pursuit of the profession, when it exceeds the limits of jurisdiction, except in cases of emergencies in which is not available to medical personnel have the necessary competence.

(1) Any person task to comply with the rules of conduct which the law, or custom spot they need and to not to prejudice, by its actions or lack of action, rights or legitimate interests of other persons.

(2) At which, with care, in breach of that duty shall be responsible for all damages caused, being obliged to fix it in full.

(3) In cases such as provided by law, a person is obliged to repair damages caused by abuse by another, to the things or animals under guard, as well as the ruin edifice should.

(4) be liable for any damage caused by the products with defects shall be fixed by special law.

³ **The responsibility for its own deed - Article 1357 - Conditions of liability**

(1) One who causes another injury by a yogi illicit outrage committed with guilt, is obliged to fix.

(2) The author injury is responsible for the lightest culpably.

⁴ **His principal responsibility for your subordinates**

- Assume that the one who, by virtue of a contract, or by virtue of the law, are pursuing the direction, supervision, and control (principal) the one who meets certain functions or climbs higher in the interest or the other (prepus) shall be responsible for injury caused by the latter

- a principal is not responsible if it proves that he knew or victim, according to the circumstances, could they know, at the time was committed injurious deeds, that Kremlin man acted without any link with the aim of the powers or functions entrusted to it.

All the persons concerned with a medical act will respond in proportion to the degree of guilt of each.

Also, it should be readily recognizable here a feature important of the medical sector, namely working on the team. So, the responsibility for the correctness of acts and medical facts, veterinarian officer within the limits of the powers of administrative and physicians licensed health care practitioner of the case in the present case, within the limits their own professional competence and the role of assigned by the head designers. In the case interdisciplinary medical teams, in accordance with the medical code of ethics, the doctor responsible for is the specialty to which he has established the diagnosis of a patient has been admitted, if the law does not provide otherwise.

The right to health implies the absence of disease or disablement, life in dignity, protection against bad treatment, being at the same time an indivisible, tightly bound to other human rights. So, the medical act may not be carried out in the absence rules of law, legal framework and is always updated depending on the new current affairs medical examinations. It is common knowledge that would have the medical assumes and areas "gray", of risk for the patient, but the role right and the obligation of state is to devise and to impose regulations to protect the patient from abuse medical and, at the same time, to avoid any kind of conflicts that might arise the values medical science and human rights. In this way, the state must create the conditions for health promotion in social environment, default to increase quality of life of people.

Under the current conditions of production and the development of medicine there are new situations, are born and consumes legal relations of special type, industry-specific medical. So that, social reality medical advertisement today need for regulations which may be used as a guide for contemporary medical business complexity, both in patient's benefit, as well as in medical worker's benefit.

We believe that the current trend of development of a conduct oriented to compensation for the damage suffered by compensation to the victim by the staff involved, through companies of insurance, is somewhat harmful; the right to life, health and safety of the person assumes a major undertaking by the medical staff, but also a looking like an indication to match. Exercise medical professions should be based on compliance with the obligations of exercise all due diligence and the prudent professional, was committed to the prevention of facts not complying with regulations and standards professional medical, only in this way can be make a protection of patient rights, a protection of life - in a private interview.

Conclusions

Thus, for preventing and combating illicit facts of medical, and having regard to the provisions of article 652 - 655 of the Law 95/20065 on the reform in the field of health, we believe that it is necessary to introduce urgently in the circuit of civil legal acts of value:

- *the contract medical systems* (written form by which shall be concluded between medical understanding specific person-patient and provider of health/medical services. It shall include all applicable sections of employment liability contract, with patient problem apart, but also with compliance with the obligation of type medical, respectively of exercise all due diligence and caution in the event.)
- *guides national practice on medical specialties*, at all levels to be subject to medical liability, in particular for doctors and nurses, for the most involved in the work medical, people closer to the person-patient, but also first responsabilizați. Let's not forget that the member is liable in equal measure all its citizens, therefore it is including the obligation to provide protection not only patients, but also medical staff against abuses of the caring for your and/or their legal representatives.

From the administrative point of view-disciplinary action, of the relationships and administrative work of the units with profile medical, it is absolutely necessary for the Ministry of Health to update criteria of competence for employment and for maintaining medical staff on stations, based on complexity and labor in direct accordance with laws and internal realities.

Respect the fundamental rights with respect to education and to employment must not obstruct general interest, public and private sector

⁵ *The provisions of article 652 - 655 of the Law 95/2006 on the reform in the field of health, in the main concerns:*

- medical staff has an obligation to provide health care/health a person, only if it has accepted the first that patient, the acceptance criteria to be determined by detailed rules for the application of the law
- medical professionals, employees of an institution providing medical services, have the obligation of granting medical care/aftercare patient health has the right to receive medical treatment/health within the institution, in accordance with the rules of law. In the granting
- medical care/health, the medical profession has an obligation therapeutic application of the standards, established by guides practice in that specialty, to be approved at the national level, or, failing that, the standards recognized by the community medical specialty concerned.

of the person-patient, the right to benefit from a healthy living and to maintain physical and mental integrity. Every human being is characterised by his/her own personality which, in certain areas - such as medical - cannot be ignored. The level of coverage intellectual, volitional, decision-making and professional of the medical staff, in conducting and/or lack of medical action, depends on the number of times life, health and/or integrity of the person or patient.

Medical progress is based on assumption of risk, both on the part of those who wish to, as well as on the part of those who supports new findings in the field. Normally, they must behave as less risk for the person-patient, being accepted, however, in the interest it. Application of a complex therapies assume, by default, assuming greater risks, both in the side of the patient, as well as from the medical staff, the latter having the correct assessment of the benefits in relation to the risks assumed.

In medical practice, the risks are multiple, since these are different depending on the domain (therapy, functional scans, scans/laboratory tests, surgery, etc), as well as depending on the disease, patient and, ultimately, by the medical staff involved in the event. As an assessor in the balance benefits - risks, the medical personnel should be aware and responsible for, to be based on a thorough professional training, to be well-informed, to comply with the limits of their own professional competence and human in such a way that, at any time and be able to prove attitude, and medical decisions and be able to submit all exercised for the defense and the protection of person-patient to life, health and integrity.

Bibliography

- Beleiu, Gh. Pop, A., Civil Law. The general theory of civil law, University of Bucharest, Faculty of Law, Bucharest, 1980.
- Beleiu, Gh., Civil Law. People, Press and Publishing House "Chance", Bucharest, 1982.
- Beleiu, Gh., Romanian Civil Law, and Press Chance Publishing House, Bucharest, 1994.
- Bogdan Sergiu, Criminal Law. Special Part. Edition III, Publishing House, Bucharest, 2009.
- Boroi, Al., Criminal Law. General Part. Edition. II, Publishing All Beck, Bucharest, 2000.
- Boroi, G., Civil Law, The General, People. Ed Hamangiu, Bucharest, 2008.

- N. Coca George, *General Interest and Fundamental Human Rights*, Publishing House, Bucharest, 2009.
- Cosmovici, Paul Mircea. *Civil law. Real rights. Obligations. Legislation*. Bucharest, Editura "ALL", 1994.
- Deleanu Ion *Subjective Rights and Abuse of Law*, Ed Dacia. Cluj-Napoca, 1988 [10] GH DIACONU., *Criminal liability*, Editura Lumina Lex, Bucharest, 2010.
- Dogaru Ion *Roman Civil Law Treaty vol.I. Introduction to study civil law*. People., Craiova Europe Publishing, 1999.
- Dogaru Ion, *General Theory of Law*, Science Publishing House, Bucharest, 1999 (in collaboration).
- Moldovan Teodor Aurel, *Treaty of medical law*, Ed ALL Beck, Bucharest, 2002.
- Muraru Ioan, *Constitutional Law and Political Institutions, Volume I*, Bucharest, 1993.
- Muraru Ioan, *Constitutional Law and Political Institutions, Revised Edition A8A*, Actami Publishing House, Bucharest, 1998.
- Nistoreanu, Gh., Boroi, Gh., *Criminal Law. Special Part.*, Editura All Beck, Bucharest, 2002.
- Pop Liviu, *Civil Law. The general theory of obligations*, Bucharest, Editura Lumina Lex, 2000.
- Popa Nicolae, *General Theory of Law*, Ed Actami, Bucharest, 1996
- Rausch St., *Civil Law. General part. Individual. Legal person, call the Foundation House*, Iasi, 1993.
- Rausch St., T. Ungureanu, *Civil Law. General part. Individual. Legal entity, the Foundation House. "Call"*, Iasi, 1995.
- Rausch Stefan, Gheorghe Popa, Rausch Stephen, *Civil Law. Individual. Legal person*, Ed Junimea, Iasi, 2000.
- Statescu C. , *Civil Law. Individual. Legal person. Real rights, Didactic and Pedagogic Publishing House*, 1970.
- Ungureanu, O. *actual rights. Practical Course. (Legal practice)*. Bucharest, Editura Rosetti, 2001.
- Ungureanu, O. *Handbook of civil law. General Part. AIII edition*, Timișoara, Editura Augusta, 1999.
- Urs, Iosif R., *Roman civil law. General Theory*, Oscar Print Publishing House, Bucharest 2001.
- Urs, Iosif. Angheni, Smaranda. *Civil law. Real rights*. Bucharest, Editura Oscar Print, 1998.
- Urs Iosif, Angheni, Smaranda. *Civil law. Vol.I. General Part*, Bucharest, Editura Oscar Print, 1997.

- Urs Iosif. Angheni, Smaranda. Civil law. Real rights. General theory of obligations, Vol II, Bucharest, Editura Oscar Print, 1998.
- Voinea Maria, Carmen Bulzan, Human rights Sociology, University of Bucharest, Bucharest, 2003.
- Voinea Maria, General Sociology and Legal Sylvi Publishing House, Bucharest, 2000.
- Diaconescu Horia, Criminal Law. Special Part., Vol 1, Ed All Beck, Bucharest, 2005.
- Florea Vasile, Criminal Liability for Crimes Medical Autoreferat of PhD thesis in law, the Ministry of Education and Youth of Moldova, State University of Moldova, Chisinau, 2007.
- Năsui Gabriel Adrian - "Malpractice is not just met in medical. Special features medical liability", Legal universe publishing house, Bucharest, 2010.
- Tudor Georgiana - "Legal liability for manslaughter and the error facility", Hamangiu publishing house, Bucharest, 2010.

Internal normative acts

- Romanian Constitution - published on 04 May 2005 CHBeck House, Bucharest, 2005.
- Criminal Code - Law no. 286/2009, published on 24.07.2009, CH Beck Publishing House, Bucharest, 2009.
- CIVIL CODE - Law no. 287/2009, published on 24.07.2009, CH Beck Publishing House, Bucharest, 2009.
- In health legislation and health insurance - Updated 06/01/2008.
Contains: - Law no. 95/2006 on healthcare reform, Gov. no. 158/2005 regarding leave and health insurance allowances, GO no. 1 / 2006 to regulate certain fiscal measures in the field of social insurance, CH Beck Publishing House, Bucharest, 2008.
- Health legislation - Patients' Rights Law no. 46/2003, Law 17/2001 on the ratification of the European Convention for the protection of human rights and dignity of human beings from the application of biology and medicine, the Convention on Human Rights and Biomedicine signed in Oviedo on 4 April 1997 and the Additional Protocol to the European Convention to protect human rights and dignity of human beings towards the application of biology and medicine, concerning the prohibition of cloning human

beings, signed in Paris on January 12, 1998, Ed All Beck, Bucharest, 2003.

International Documents

- Law no. 263-XVI/2005 on patients' rights and responsibilities of the Republic of Moldova, Published: 30/12/2005 in Official Gazette Nr. 176-181 Article No.: 867 Effective Date: 06/30/2006.
- Declaration of promoting patients' rights in Europe.
- Declaration of universal human rights adopted by the UN General Assembly on 10 December 1948.
- International Covenant on Civil and Political Rights, adopted by UN General Assembly on 16 December 1966 (both international covenants ratified by our country by decree no. 22 of 31 October 1974).

Internet Sources

www.indaco.ro
www.eur-lex.europa.eu
www.legislatieromaneasca.ro
www.cnsr.ro/index.php/.../legislatie-europeana
www.ms.ro
www.mie.ro
www.legislatie-medicala.ro
www.postamedicala.ro
www.paginamedicala.ro
www.legislatie.just.ro
www.legeaz.net.ro
www.legestart.ro
www.dreptonline.ro
www.legislatie.ro
www.dejure.md
www.avocatnet.ro
www.civica-online.ro
www.legislatie.resurse-pentru-democratie.org
<http://ebooks.unibuc.ro>

