

TEZE DE DOCTORAT SUSȚINUTE - IANUARIE-IUNIE 2011

Thèses soutenues - résumés (janvier-juin 2011)

Felicia ROSIORU

LES DETTES DE VALEUR

directeur de thèse : prof.dr. Liviu Pop

Mots-clés : dettes de valeur, restitutions, réparation par équivalent, nullité, résolution, enrichissement sans cause, nominalisme monétaire, imprévision, clauses d'indexation, subrogation réelle, fongibilité

Le présent ouvrage vise l'élaboration d'une théorie unitaire des dettes de valeur, moyen automatique de maintien de la valeur dans les obligations monétaires. Le critère d'actualisation pécuniaire est représenté par un élément intrinsèque de l'obligation, la valeur de son objet. Le mécanisme des dettes de valeur assure l'équivalence entre la réparation en nature du préjudice et son réparation par équivalent, ainsi qu'entre l'exécution en nature de l'obligation et l'exécution par équivalent. L'analyse des diverses hypothèses de restitution en droit civil nous a permis de réaliser la distinction entre les restitutions et les dettes de valeur et nous a aidé à déterminer leur nature juridique. Les dettes de valeur représentent un mécanisme, car elles supposent toujours une obligation initiale en nature, qu'on exécute par équivalent. Elles se fondent sur l'idée de fongibilité économique et font partie d'un courant qui tend à dominer le droit privé, le valorisme.

1. Les dettes de valeur sont entourées en droit civil roumain par un voile de mystère, car le juriste roumain ne peut pas – en général – préciser leur sens et leur applicabilité. Moyen automatique de maintien de la valeur au fil du temps, les dettes de valeur – telles qu'elles ont été consacrées par le droit allemand – sont reconnues de façon expresse ou implicite, légale ou prétorienne en droit civil français, espagnol ou italien. Considérée une „expression étrangère”, car finalement tous les droits et toutes les obligations ont en tant qu'objet une valeur, l'expression et le mécanisme qu'elle désigne se sont avérées nécessaires pour empêcher la ruine des créanciers, à partir du moment où la monnaie a été réduite à un simple moyen du paiement, n'ayant pas pu exprimer et conserver la valeur.

On a commencé notre étude à partir de quelques *prémises*. Tout d'abord, on est parti du constat de l'existence constante de la dépréciation monétaire. Considérée par les contemporaines comme l'un des plus graves effets de la guerre, la dépréciation monétaire représente en réalité une constante historique dans l'évolution de la société. Deuxièmement, on a pris en considération l'état de la jurisprudence roumaine,

généralement favorable à la demande d'actualisation pécuniaire des créances. Troisièmement, le législateur roumain même admet l'actualisation pécuniaire des créances par rapport au taux d'inflation ou compte tenu des critères déterminés.

Ayant en vue cet état jurisprudentiel et législatif d'orientation constamment valoriste, on a considérée qu'une théorie unitaire des dettes de valeur ainsi que leur délimitation par rapport à d'autres moyens d'actualisation pécuniaire des créances seraient utiles en droit civil roumain.

D'ailleurs, l'intérêt de notre recherche est consolidé par l'un des projets d'unification du droit privé, qui fait mention expresse de la dette de valeur, applicable dans le domaine complexe des restitutions, au moins en droit allemand, français et espagnol. Ces dernières doivent être réalisées dans leurs forme spécifique (en nature), établit l'article 160.3 de l'Avant-projet de Code Européen des Contrats (le Projet de Pavie), sauf les situations où la restitution en nature est excessivement onéreuse, juridiquement impossible, désavantageuse ou sans intérêt pour le créancier, par rapport à l'état du bien objet de la restitution. Dans ces hypothèses, une somme raisonnablement équivalente doit être payée, selon l'accord des parties ou établie par le juge comme une *dette de valeur*.

2. La dette de valeur, l'un des moyens les plus adéquats de pallier les effets de la dépréciation monétaire, désigne, comme le suggère son appellation, une obligation centrée autour d'une valeur. Dans les hypothèses civiles de réparation ou de restitution par équivalent, l'étendue monétaire de l'obligation est déterminée, au moment le plus proche du paiement possible, selon la valeur de l'objet (en nature, primaire) de l'obligation.

Le constat que ce qui est destiné de servir comme mesure de toutes les choses ne bénéficie pas de l'immuabilité du mètre-étalon a bouleversée la vie juridique obligationnelle. Par rapport à d'autres unités de mesure, préétablies de façon objective et permanente, la monnaie est la seule unité de mesure dématérialisée, déterminée à l'aide du processus subjectif d'évaluation.

Dans les périodes d'instabilité monétaire l'établissement d'une date d'évaluation devient fondamental, soit pour la détermination de la valeur d'un bien, soit pour déterminer l'étendue d'une créance. Ainsi, il est important le moment où on s'est placé pour réaliser l'une des plus fréquentes et souvent complexes opérations en droit civil, l'évaluation. Notre affirmation est aisément illustrée par le constat que, en périodes de dépréciation monétaire, l'obligation du débiteur de restituer le montant nominal de la créance équivaut pratiquement – dans une proportion plus ou moins importante – à la libération de celui-ci de son obligation de paiement. Les conditions économiques empiètent ainsi sur la sécurité des rapports juridiques privées, de sorte que des moyens pour protéger et garantir les droits subjectifs dans un contexte économique tellement soumis aux changements s'avèrent nécessaires.

3. Au moment de son rédaction, le Code civil a énoncé le nominalisme monétaire, postulat de l'immutabilité du pouvoir d'achat dans les obligations monétaires et de leur indépendance par rapport aux fluctuations du pouvoir d'achat de la monnaie intervenues jusqu'à l'échéance. Le débiteur est obligé seulement à la somme nominalisée dans l'obligation et le créancier est tenu de recevoir cette somme. Le nominalisme monétaire a été consacré par le Code civil en matière de prêt d'argent; ainsi, l'emprunteur est tenu toujours à payer seulement la quantité d'instruments monétaires stipulée contractuellement, au cours légal au jour du paiement. L'augmentation ou la diminution du „prix des monnaies”, survenue entre le moment du prêt et celui du paiement effectif n'influence pas l'étendue de l'obligation du débiteur. Le nominalisme monétaire ne prend pas en considération les fluctuations de la monnaie et permet au débiteur de se libérer par le paiement de la „somme numérique prévue par le contrat”. Cela a conduit, d'une façon rédhitoire, au refus de prendre en considération la valeur dans les obligations pécuniaires.

Le raisonnement consacre la pérennité de la valeur nominale de la monnaie, du moment de son émission et jusqu'à la modification légale officielle de son valeur par le biais des réformes monétaires, sans prendre en considération l'effet de l'inflation de diminuer le pouvoir d'achat de la monnaie. Ainsi, la valeur nominale de l'argent a été absolutisée, en ignorant sa valeur réelle et l'existence des fluctuations monétaires. Le paiement est libératoire unité par unité, ce qui compte, donc, est la valeur légale, nominale, inscrite sur la pièce ou sur le billet.

Le principe du nominalisme monétaire s'est fondé sur des impératives liées à la circulation de la monnaie, mais aussi sur des convictions religieuses qui condamnait de façon véhémement la richesse et la productivité de l'argent. La religion chrétienne condamne l'avarice et souligne qu'un double malheur atteint a celui qui manifeste un amour excessif pour l'argent : malheur pour soi-même, car il est condamné à la mort éternelle, mais aussi malheur pour ses proches, privées des choses les plus élémentaires. La parabole du riche impitoyable montre que la religion chrétienne ne se limite pas à condamner l'avarice au niveau personnel (l'attitude de l'individu par rapport à ses biens), mais aussi au niveau collectif, du point de vue de la justice distributive. Considérée par le monde chrétien un vice capital, l'avarice devienne au Moyen-âge le pêché le plus grave et les nombreuses avarés qui hantent l'Enfer du Dante en font témoignage.

Dans le contexte du changement fondamental des données économiques, le nominalisme entraîne la dysfonction du système monétaire et, du point de vue socio-juridique, devient une cause d'injustice. D'une telle perspective, il profite au débiteur, en représentant une norme à la disposition de celui obligé à payer une somme d'argent. Le débiteur est libéré en remettant la somme nominale, sans prendre en compte sa valeur réelle, même si en réalité elle s'est dépréciée. Ainsi, le principe ne constitue plus un corollaire de la vie économique, car sa finalité est détournée, ce qui impose le rétablissement de l'égalité et de l'équilibre économique, soit par des nouvelles règles, soit par le changement des règles existantes.

Aussi, même si les prescriptions bibliques sont restées les mêmes, la morale chrétienne mais notamment l'influence de la religion sur la vie sociale se sont diminuées.

4. L'analyse du Code civil en vigueur nous permet de constater qu'en dépit du nominalisme monétaire érigé en principe par la jurisprudence et la doctrine roumaine d'avant la guerre et d'entre les deux guerres mondiales, une partie de ses textes ont été élaborées dans un esprit valorist.

L'évolution du droit roumain a offert au nominalisme monétaire des occasions de grandeur et décadence, des prévisions du Code civil étant interprétées dans un esprit valorist. Ainsi, la jurisprudence et la doctrine ont progressivement prorogée le moment de l'évaluation de la créance du moment de sa naissance au moment du jugement.

Les dettes de valeur, fréquemment mises en œuvre du point de vue technique par la jurisprudence, représentent les moyens d'actualisations les moins connus en droit civil roumain. Mesurée par la valeur (comme c'est le cas de l'obligation née du contrat de bail à nourriture ou du celle de réparation du préjudice) cette obligation ou ce mécanisme (la controverse étant encore ouverte) a l'avantage majeur qu'elle permet „l'adéquation” (l'actualisation) pécuniaire en moments différents de la vie juridique obligationnelle. L'étendue de l'obligation exprimée en monnaie représente toujours la valeur qui constitue sa mesure et un élément intrinsèque, qui exclue le caractère arbitraire de la décision du juge ou de l'étalon choisi par les parties, critère d'actualisation dans les clauses d'indexation. Les avantages des dettes de valeur et leur fonctionnalité objective peuvent être illustrés par la solution reconnue en matière de bail à nourriture, car l'obligation du débiteur doit exprimer du point de vue patrimonial, à chaque échéance, les besoins du créancier.

La lutte contre l'érosion monétaire a conduit, dans la doctrine allemande d'entre les deux guerres, au développement de la théorie des dettes de valeur (*Wertschulden*), qui assurent le maintien de la valeur de l'obligation et, en même temps, la sauvegarde des besoins de stabilité et de prévisibilité. Par contre, les obligations „purement” monétaires (*Geldschulden*) sont soumises au principe du nominalisme monétaire et aux risques entraînés par celui-ci sur les rapports juridiques dominés par le facteur temporel. L'évolution des dettes de valeur, étroitement liée aux effets de la guerre, a conduit à la délimitation de trois hypothèses primaires de manifestation des dettes de valeur : les créances de réparation, les créances de restitution et les créances nées de l'enrichissement sans cause.

5. Dans la **première partie** de l'ouvrage, après l'analyse de l'évolution historique des dettes de valeur et du phénomène de la dépréciation monétaire, sont analysées ponctuellement, chapitre par chapitre, les principales hypostases de manifestation des dettes de valeur. Un chapitre apart (chapitre 3^e) est consacré aux applications classiques des dettes de valeur. En ce qui concerne les créances de réparation, la solution traditionnelle en droit roumain (qui, malheureusement, n'a pas été retenue

par le Nouveau Code civil roumain) est celle de l'évaluation du préjudice au moment du jugement. La solution exprime le mécanisme classique des dettes de valeur, de permettre à tout moment la détermination de l'étendue de l'obligation par rapport à la valeur qui représente son objet le préjudice, pour les créances de réparation). Dans ce contexte, on a considéré comme nécessaire une présentation détaillée du problème du préjudice moral et de difficultés entraînés par les solutions adoptées par le Nouveau Code civil dans le domaine de la réparation.

Les dettes de valeur on été consacrées par la doctrine et la jurisprudence roumaines aussi en matière de contrat de bail à nourriture, l'étendue de l'obligation du débiteur étant déterminée à chaque échéance selon les besoins actuels du créancier. En ce qui concerne les obligations de restitution nées des faits juridiques licites, celles-ci obéissent souvent à des règles propres, qui ne réalisent pas toujours et en totalité le mécanisme des dettes de valeur. Ainsi, dans le cas de l'enrichissement sans cause, l'obligation de restitution est déterminée selon la règle de la double limite et dans le cas du paiement de l'indu, son régime est déterminé plutôt par rapport à la bonne foi ou à la mauvaise foi de celui qui accepte le paiement que par rapport à l'impératif de la remise dans l'état antérieur.

La deuxième partie de l'ouvrage est consacrée à l'analyse de l'incidence des dettes de valeur sur les différents hypothèses de restitution en droit prive et, implicitement, sur les rapports complexes – d'indépendance ou interdépendance – entre les dettes de valeur et les restitutions. À cause de la multiplicité des formes de manifestation, les créances de réparation entraînent le problème de la délimitation entre les restitutions normales – réalisées en exécution d'un contrat et entrées dans les prévisions des parties – et les restitutions anormales, consécutives à la nullité ou à la résolution (chapitre 4^e). Les restitutions paraissent gouvernées par une idée commune, celle de la remise à l'état antérieur ; toutes les restitutions supposent une opération de rétablissement de l'équilibre patrimonial par le retour de la valeur dans son patrimoine d'origine. À leur tour, les dettes de valeur tendent à réaliser la remise à l'état antérieur. Ainsi, au moins du point de vue de leur finalité, les restitutions et les dettes de valeur visent le même objectif, mais les dettes de valeur jouent dans les restitutions par équivalent.

Compte tenu de la disparité des règles gouvernant les restitutions, on a analysé d'abord l'applicabilité des dettes de valeur dans une première catégorie, celle des restitutions d'un patrimoine ou à l'occasion du partage, tout en soulignant les applications des dettes de valeur en matière d'universalités de droit (les régimes matrimoniaux et les successions) et de restitutions nées de l'annulation du jugement déclaratif de décès (chapitre 5^e). L'une des plus intéressantes applications des dettes de valeur concerne l'acquisition durant le mariage, en partie à l'aide des moyens propres, des biens entrés dans la communauté matrimoniale et la détermination du moment de l'évaluation de la contribution propre à l'occasion du partage. En droit roumain de la famille, le maintien

de la valeur dans le temps se réalise soit à l'aide des règles de la subrogation réelle, soit à l'aide des règles de l'accession. En droit patrimonial de la famille français, les dettes de valeur connaissent une réglementation légale sous la forme de la théorie des récompenses. Selon l'article 1469 du Code civil français, la récompense est, en général, égale à la plus faible des deux sommes que représentent la dépense faite et le profit subsistant. Toutefois, elle ne peut être moindre que la dépense faite quand celle-ci était nécessaire. Selon l'alinéa 3 de l'article 1469 du Code civil français, la récompense ne peut être moindre que le profit subsistant, quand *la valeur empruntée a servi à acquérir, à conserver ou à améliorer un bien* qui se retrouve, au jour de la liquidation de la communauté, dans le patrimoine emprunteur. Si le bien acquis, conservé ou amélioré a été aliéné avant la liquidation, le profit est évalué au jour de l'aliénation; si un nouveau bien a été subrogé au bien aliéné, le profit est évalué sur ce nouveau bien.

En matière de successions, les dettes de valeur se manifestent à l'occasion du rapport des donations et de la réduction de libéralités excessives, car en ces domaines le Code civile en vigueur suit une orientation valoriste. Le Code civil français a statué expressément en ces domaines la solution valorise de détermination de la valeur du bien au moment le plus proche du celui du partage effectif, solution qu'on retrouve d'ailleurs aussi dans le Nouveau Code civil roumain.

Un chapitre distinct a été consacré aux restitutions normales (entrées dans les prévisions des parties), celles-ci ayant souvent un régime juridique légal. Dans ce domaine, les dettes de valeur trouvent application en ce qui concernent les restitutions entre les copropriétaires, les restitutions nées des actes juridiques visant l'usage d'un bien (telles l'usufruit, le prêt à usage ou de consommation), les restitutions nées des contrats concernant la conservation des biens (le dépôt) ou la prestation des services (le mandat) et les restitutions nées de l'incorporation des biens (entreprise et accession). Dans ces hypothèses, à cause de l'obligation du débiteur de conserver le bien, mais aussi à cause de l'obligation fondamentale de restituer le bien à l'échéance, la délimitation entre les restitutions et la responsabilité est extrêmement complexe. L'inclusion de l'obligation de restitution « normale » dans le champ contractuel entraîne la perturbation du régime de celle-ci sous l'influence des règles de la responsabilité civile.

Les plus grandes similarités existent entre les dettes de valeur et les restitutions fondées sur l'idée de rétroactivité, car celle-ci exerce une influence tant sur les restitutions consécutives à la nullité ou à la résolution, que sur les dettes de valeur (chapitre 7^e).

Un très court chapitre est consacré à une dette de valeur légale, consacrée dans le domaine de l'annulation des licenciements mal fondés ou illégaux. Dans ce cas, le législateur a consacré la remise intégrale du salarié licencié – du point de vue patrimonial - à l'état antérieur.

6. L'analyse de différentes hypothèses de manifestation des dettes de valeur nous a permis l'élaboration, dans la deuxième partie de l'ouvrage, d'une théorie unitaire de dettes de valeur, avec la délimitation de leur nature juridique, des coordonnées techniques et l'appréciation de l'autonomie des dettes de valeur par rapport aux restitutions et à la responsabilité.

Traditionnellement, les dettes de valeur ont été vues comme une catégorie distincte des obligations, catégorie intermédiaire entre les obligations en nature et les obligations monétaires. *Du point de vue statique*, l'analyse de la nature juridique des dettes de valeur a relevé leur appartenance à la catégorie des obligations pécuniaires. Ainsi, la différence principale entre les dettes de valeur et les obligations pécuniaires ne se manifeste pas du point de vue structurel, mais *dynamique*. Du point de vue des dettes de valeur, essentielle n'est pas l'absence de leur expression monétaire, mais l'existence d'un mécanisme d'évaluation et le moment où celui-ci intervient. Ces considérations conduisent à la nécessité d'élaborer une notion fonctionnelle des dettes de valeur.

D'une autre part, on s'interroge en quelle mesure la dette de valeur, dans l'acception de catégorie intermédiaire des obligations, pourrait se plier sur des obligations tellement diverses, telles de restitution, de réparation ou d'exécution par équivalent. Dans tous ces exemples, la dette de valeur n'intervient pas au moment de la naissance de l'obligation, mais dans son cours ; elle tient de l'aspect dynamique de l'obligation, en tant que mécanisme qui permet l'adéquation en valeur entre l'objet de l'obligation et son expression monétaire.

Les juristes français ont vu dans la dette de valeur tant l'explication d'une méthode d'évaluation utilisée par la jurisprudence et adoptée par le législateur pour maintenir la valeur de certaines créances dans le contexte de l'érosion monétaire, qu'un moyen technique susceptible de généralisation.

Selon nous, dans son acception primaire, la dette de valeur exprimait l'équivalence entre l'exécution en nature et l'exécution par équivalent. Mais, au delà de cette équivalence, les dettes de valeur expriment „*le retard*” dans l'évaluation de la créance jusqu'au moment du paiement effectif, la *double évaluation* ou la *réévaluation*, nécessaires pour le maintien en valeur d'une créance isolée. L'évaluation de la créance préalablement à son exécution impose la réglementation des plus-values ou des moins-values du bien, selon leur origine, et la détermination de la date d'évaluation, élément fondamental dans le contexte d'une dépréciation monétaire accentuée. Ainsi, toutes les dettes de valeur imposent la prise en considération de l'état du bien (élément constant) et de sa valeur (élément variable), l'étendue des dettes de valeur étant déterminée en règle générale en fonction de l'état physique du bien au moment de la naissance de la créance et en fonction de sa valeur au moment du paiement.

Ainsi, la spécificité des dettes de valeur ne se manifeste pas au niveau conceptuel, mais au niveau de leur fonctionnement. La dette de valeur ne représente pas, *stricto sensu*, une obligation civile autonome.

Le processus de naissance des dettes de valeur suppose deux étapes : la naissance d'une obligation en nature et l'impossibilité, matérielle, morale ou physique de son exécution directe. La dette de valeur intervient *in solutione*, en tant que mécanisme ayant incidence sur le processus de liquidation d'une obligation en nature. Le bien ou la prestation – objet du rapport juridique initial – devient le support de la valeur dans l'obligation subséquente d'exécution par équivalent. La dette de valeur réalise le lien entre l'obligation en nature et la créance liquide, pour assurer l'équivalence entre les deux modalités d'exécution.

Les dettes de valeur supposent deux éléments structurels, fondamentaux : l'évaluation de la créance et la conservation de la valeur. Elles représentent un mécanisme d'adéquation en valeur entre l'objet – authentique, introduit ou subrogé – de l'obligation et son expression monétaire. Les dettes de valeur se manifestent dans la dynamique de l'obligation et assurent la simplification de l'obligation principale (de réparation, de restitution, d'exécution etc.), qui est appréciée toujours par rapport à la valeur du bien au moment du paiement et dans son état physique du moment de la naissance de l'obligation.

Les dettes de valeur interviennent dans la structure des obligations dont l'exécution par équivalent monétaire ne représente pas le paiement „normal”, convenu par les parties au moment de la naissance de l'obligation ou prévu par la loi.

Les coordonnées techniques constantes des dettes de valeur, qui permettent tant leur identification, que l'application du régime juridique correspondant, consistent, en règle générale : en l'existence d'une obligation principale, dont l'objet est repris en valeur est transféré temporellement jusqu'au moment de la liquidation ; en l'intervention du facteur temps, exprimé par la différence entre la date de l'acte ou du fait juridique originaire des dettes de valeur et la date de l'évaluation, de l'expression monétaire concrète ; en la variabilité de l'expression nominale, qui met en évidence le rôle accessoire de la monnaie dans la structure des dettes de valeur, son caractère de mesure secondaire à finalité liquidative et la technique du retard dans l'évaluation.

Pour mettre le créancier à l'abri de la dépréciation monétaire, l'élimination du facteur temps s'avère nécessaire, l'évaluation devant intervenir au moment du paiement et non au celui de la naissance de l'obligation. Plus une convergence (même identité) temporelle entre le moment de la traduction nominale du quantum de l'obligation et celui du paiement constatée, plus la fonction des dettes de valeur d'assurer le transfert temporel de la valeur est réalisée. La dette de valeur s'éteint, en définitive, par le paiement d'une somme déterminée d'argent, mais son contenu est indépendant

par rapport à la simple addition des valeurs nominales, car il est établi par rapport au but de l'obligation et de son échéance.

Technique valoriste, les dettes de valeur consistent dans la délimitation ou dans l'introduction de la valeur d'un bien dans l'objet de la créance et dans son adéquation à l'expression monétaire au moment du paiement ou de l'exécution de la créance en cause. Ainsi, la vertu cardinale et caractéristique des dettes de valeur devienne le moment de *l'évaluation* : plus elle intervienne plus proche du moment du paiement, plus l'adéquation entre l'expression en valeur de l'objet de l'obligation et la somme d'argent remise en tant que paiement est plus proche de l'exécution en nature, prévue conventionnellement ou légalement.

7. La dette de valeur permet de mettre en évidence et de simplifier le régime de l'obligation de restitution par équivalent (chapitre 3^e). Dans tous les cas, est due la valeur du bien au moment du paiement et par rapport à l'état du bien au moment de la naissance de la créance. Ainsi, en tant qu'effet des dettes de valeur, les plus-values ou les moins-values enregistrées par le bien du fait du débiteur, profitent ou l'obligent à la réparation.

Aussi, les limites qui tiennent à la protection de la bonne-foi, à la protection des personnes incapables ou à la sanction de la mauvaise-foi représentent des limites de l'obligation de restitution en tant que telle. L'obligation de restitution par équivalent a comme élément de base la valeur déterminée conformément au mécanisme des dettes de valeur, à laquelle s'ajoutent ou se diminuent, selon l'option du législateur, la valeur des fruits perçus etc.

8. Fondé par la doctrine française sur la subrogation réelle dans une acception large, le fonctionnement des dettes de valeur peut être expliqué, de notre point de vue, plutôt selon l'idée de fongibilité économique, fondement de l'acceptation de la monnaie en tant que moyen quasi- universel de paiement (chapitre 4^e). La subrogation réelle joue un rôle important dans la formation et dans la conservation des dettes de valeur, mais elle ne peut pas expliquer la technique du retard dans l'évaluation de la créance jusqu'au moment du paiement effectif.

Notion pragmatique, la dette de valeur s'est adaptée d'une façon caméléonesque aux lois juridiques et économiques successives. Ses multiples visages lui confèrent plutôt un caractère fonctionnel qu'un caractère théoriquement unitaire. La dette de valeur appartient certainement au curret valoriste du droit moderne. En quête d'un fondement, elle hésite entre l'interprétation économique et le solidarisme contractuel et peut apparaître en tant que simple fiction juridique.

En fait, la dette de valeur réalise le retard dans l'évaluation de la créance, elle „temporise la date de l'estimation de la créance pour lui conférer une « actualité » et une « intégralité » du point de vue de l'étendue effective de la dette ou du préjudice. Elle n'est pas une fiction juridique, mais un moyen technique, admissible et nécessaire, pour supprimer le nominalisme monétaire”.

De notre point de vue, les dettes de valeur sont fondées sur l'idée d'équité. Par leur mécanisme, „expression de l'idéal de justice commutative”, le valorisme s'oppose au nominalisme monétaire.

9. Les dettes de valeur ne se confondent ni avec l'obligation de restitution, ni avec celle de réparation, ni avec le paiement. D'une façon similaire à la subrogation réelle, les dettes de valeur interviennent dans la dynamique de l'obligation et assurent „l'actualisation”, la corrélation en valeur, conformément à la structure et au contenu de l'obligation, entre son valeur en nature spécifique (autre que l'argent) et son valeur monétaire. Les dettes de valeur facilitent le paiement, car l'intervention de l'argent se produit dans un but liquidatif. Elles ont aussi le rôle de faciliter l'équivalence entre les différentes modalités d'exprimer l'obligation („en nature” ou par équivalent), à n'importe quel moment de leur existence.

L'utilité de l'étude des dettes de valeur part du constat que, de notre point de vue, l'influence de la vie économique sur le droit privé ne peut être ignorée et le juriste ne devrait ignorer les mécanismes qui tiennent au fonctionnement de l'argent – élément-clé du monde juridique moderne. Le contrat en tant qu'instrument juridique ne peut ignorer l'opération économique réalisée par son biais. Les normes contractuelles ne visent pas seulement la volonté des parties concernant le droit applicable, mais aussi une évaluation économique de l'opération réalisée, de l'objet du contrat. Celui est marqué, dans la même mesure, par la situation patrimoniale des parties, par les conditions objectives du marché et par l'influence (ou même intervention) de l'État par le biais des politiques économiques adoptées.

Dans ce contexte on apprécie que la flexibilité de la règle juridique peut-être la clé de sa pérennité. Un fonctionnement simple du marché, des échanges économiques limités, une politique économique nationale stricte ont favorisé la stabilité des règles juridiques applicable pour un certain période. Mais à partir du moment où le fonctionnement du marché a été bouleversé, ses lois ont été contestées et multipliées, des échanges internationaux se sont intervenues, les règles juridiques doivent être adaptées pour assurer la stabilité et la fonctionnalité du Droit.

Laura-Florentina PĂLTINEAN (married RETEGAN)

ASSIGNMENT OF CLAIMS - LEGAL MEANS TO ACHIEVE THE DYNAMICS OF OBLIGATIONS

coordinator : prof.dr. Liviu Pop

Keywords: *assignment of claim, obligation, claim, debt, assignor, assignee, assigned debtor, third parties, opposability, publicity, acceptance, notice, electronic archive of security interests in movable property, accessories, security, dispute retraction, factoring, subrogation, assignment of debt, assignment of contract, novation.*

The Ph. D thesis circumscribes to the claim assignment matter, an institution with particular significance in the current context of liberalization of trade. Thus, technological progress, as well as free circulation of persons, services, capitals at community level determined an emancipation of claims in relation to tangible assets. Economic extension of the role of claims reads at legislative level as development of compliant mechanism for their circulation. And the institution of conventional claim assignment bears the emblem of translative operations on claims.

Pointing out the valences of the assignment mechanism implies progressive approach of the topic in six chapters. The contemplated methodology is also a gradual one: descriptive, analytical, comparative and constructive methodology.

The first chapter of the thesis stands for an “Overview of the Claim Assignment” starting from the inclusion of the subject in the dynamics of obligations. And this approach cannot be separated from the analysis of the notion of obligation and claim. We are currently assisting at a depersonalization of the obligation and accentuation of its patrimonial nature, which favored the development of the legal means of transfer and transformation of obligations.

Roman law was a laboratory for the appearance and configuration of the claim assignment institution, decisively influencing subsequent codifications. While in primitive Roman law the strictly personal and formalist character of the obligation relation did not allow any change of subject, in the last centuries of the Republic the trade needs brought about the possibility to detour the achievement of the claim assignment by using two methods: *novatio* by change of creditor and a particular form of mandate named *procuratio in rem suam*. Afterwards, imperial legislation making room for the principle of transmissibility of obligations tried to eliminate the above-mentioned shortcomings by two remedies: legitimizing of the assigned party to act in its own name by conferring a useful action (*actio utilis*) and notification of the assigned debtor (*denunciatio*) for not having been able to free itself from the debt any longer by the payment made to the assignor.

The Roman law system lies at the bedrock of evolution of claim assignment institution, being the premise for the causal pattern of assignment promoted by Napoleon's Code that was transposed also in our Civil Code adopted in 1864, under the rule of Alexandru Ioan Cuza.

Objectification of claim and its becoming closer to the regime of tangible assets triggered a question mark referring to the transfer object: claim right or right of ownership over a claim? If we consider the variables of the equation (personal right – real right), but also the traditional thesis of incorporation of the ownership right in its object, the matter raised seems at least surprising. Still, gradually, a few opinions started to shape, presently minority opinions, in the sense of reconsideration of the notion of ownership and scope of its object in what regards intangible rights. Although there are questions related to the compatibility of the two rights, application of international instruments, as well as legislative evolution from our country seem to make them get closer and closer. To this end we remind that jurisprudence of the European Court for Human Rights includes in the category of assets also the claims, granting them the protection provided by art. 1 of the First Protocol additional to the Convention.

The New Civil Code seems to make one step forward in favor of the theory of ownership of the claim, expressly including intangible things in the category of assets. Nevertheless, the New Civil Code does not suppress the regime of obligations, but deals with the matter of transfer of claims separately devoting it a system of own norms that are, indeed, here and there close to the ones set forth in the matter of transfer of tangible assets. Consequently, practical reality has imposed evolution in what regards the notion of assets, but without the configuration of a legal regime irrespective of the nature of the contemplated asset. In current context of reevaluation of the ownership field, even if generic use of the term of ownership were allowed, the protection regime granted is different, depending on whether the asset is a tangible asset or an intangible one.

All these aspects prepare the presentation of current regulation of claim assignment and anticipate the definition of this institution.

On the French model, the Romanian Civil Code dedicates the claim assignment an entire chapter named "Transfer of Claims and of Other Intangible Things", included in heading "Sales" (art. 1391-1404, chapter VIII, title V, book III). Also title VI of Law no. 99/1999, "Legal Regime of Security Interests", includes regulations on the priority order, publicity and execution of claim assignment. Despite the legislator's including the claim assignment in the part dedicated to sale agreement, this institution shows neutral character being able to materialize, as the case may be, a sale, an exchange, a donation, a *datio in solutum* or a guarantee.

In order to shape the definition of the claim assignment we should consider two elements: on the one hand, its belonging to the category of means of transfer of the obligations; on the other hand, the fact that we are dealing with a synallagmatic

agreement, but whose effects produce beyond the assignor and assignee, from the moment of compliance of the opposability exigencies.

The New Civil Code, on the model of systematization of proposed by the doctrine and a few modern legislations, operates a permutation in what regards the position of the claim assignment, including it in a separate title destined to transfer and transformation of obligations (art. 1199-1210, chapter I, title V, book V), thus confirming it its own position.

Depending on the actual operation it embodies, claim assignment may have one of the following three functions: it ensures the mobility of claims, represents a payment instrument or for guarantee.

Chapter two of the thesis contemplates the "Conditions of Claim Assignment". The triangular character of the assignment of claims particularizes the structure of the conditions required for a classic contract, one distinguishing between conditions of validity between parties and conditions of opposability towards third parties. In their turn, the validity conditions are traditionally divided into substance conditions and form conditions.

The validity conditions of the assignment of claims follow the general law rules applying to obligations, without substantially derogating from the same.

Assignment of claims although generating tripartite relations among assignor, assignee and assigned debtor, from the point of view of its formation is a bipartite contract, as the achievement of the agreement of will between the assignor and assignee is sufficient.

A few specifications should be made especially in what regards the object of assignment. Thus, French jurisprudence enunciated as principle the possibility for the assignment of future or possible claims, irrespective of the legal or conventional origin, accessory or main character, of being the object of a contract, but subject to their sufficient identification.¹ Considering the general provisions of art. 965 of the Civil Code, assignment of future claim should be admitted in our law as well. Neither possible claims should be excluded *de plano* to the extent to which they fall within the limits provided by art. 964 and 1010 of the Civil Code.

Unlike old regulation, the New Civil Code expressly deals with the issue of assignment of future claims, setting forth that they may be the object of an assignment, but "the deed must include the elements allowing the identification of the assigned claim" (art. 1572, paragraph 1 of the New Civil Code).

Against such background one should separate the assignment of claims from a potestative right, in reference of the hypothesis of a unilateral sale promise providing the possibility of substitution of a third party for the beneficiary of the promise. Obviously we cannot talk about an assignment of claims when there are potestative rights involved. Qualification of the mentioned contract structure has generated both in practice and doctrine a series of discussions, either the substituting of the beneficiary

of a unilateral promise with already existing institutions (stipulation for another), or use of mechanisms *sui generis* (substitution of persons, and namely substitution of contracting party) being proposed. Yet, the analysis of the effects of the operation allows us to conclude that by the exercising of the substitution faculty included in a sale promise one may achieve an assignment of contract.

At the same time, in reference of the assignment object one should discern between the scopes of a conventional non-assignability clause for the situations in which this is not absolutely forbidden by law. Such a clause included in the contract from which the assigned claim arises does not affect the validity of assignment, yet the assignor being exposed to payment of damages to assigned debtor. Certain solutions from French jurisprudence² modulated the reminded position, the inopposability of the clause depending on the ignorance of the assignee in what regards its existence.

In the New Civil Code the regime of the non-alienability clauses vary depending on the assignment relating to a money claim or not, but in both hypotheses, the breach of the interdiction to assign the claim stands for a case of contract default, and the assignor will be exposed to payment of damages under art. 1570, paragraph 2 of the New Civil Code.

Between parties, civil law clearly provides the formation of the assignment contract subject to the consensualism principle. "Delivery of title", meaning *instrumentum*, ascertaining written record for the claim, to which art. 1391 of the Civil Code refers, is related to the delivery obligation. In what regards free assignment of claims it is necessary to resort to the solemnity of the authenticated written record required for donation, under general law.

Although the New Civil Code follows the same rules in what regards the assignment, the provisions of art. 1578 of the New Civil Code deprive it of efficiency in the relations with the assigned debtor, if the assignee, issuer of the notice, cannot deliver it, at request, the written proof of the operation. One may not record the same conclusion when the assignment notice is made by the assignor.

Considering the triangular character of the assignment of claims, the legislator created an opposability regime that derogates from the rule according to which the rights arising from a contract are rightfully opposable.

Currently, assignment formalities towards third parties are differently regulated from the provisions of art. 1393 of the Civil Code and chapter 3 named "Publicity and Preference Order of Security Interest" from title VI of Law no. 99/1999.

Thus, the Civil Code requires the fulfillment of two types of formalities: either notice to the debtor of the assignment, or acceptance of the assignment made by the debtor by means of an authenticated deed. Assignment is, in principle, notified, by a summons of the official receiver sent, as the case may be, on the initiative of the assignor, assignee, the heirs of one or the other or even at the request of both parties.

Notice is no longer necessary when the debtor “has accepted” the assignment by an authenticated deed, which situation is rather rare in practice and, especially, only when the very transfer is made by authenticated deed, the assigned party being invited to participate. The solution of existence of an authenticated deed for ensuring opposability towards third parties, imperatively promoted by the Civil Code, pursues the elimination of any fraud that could occur with regard to the date, as a privately signed document could be easily antedated or postdated. But the mentioned objective could be reached also by a certain date privately signed document.

The analysis of specialized jurisprudence proves a moderation of the mentioned formalities in the relations with the assigned debtor. At the same time, resorting to the extensive interpretation of the notion of fraud, corroborated with the identification of the scope of third parties in relation to the assignment, certain conditions made efficient also the mere awareness of the assigned debtor. No equivalent measures are recognized towards the other third parties for ensuring the assignment opposability.

Allowing of equipollent forms of notification, respectively acceptance in relation to assigned debtor, justifies the splitting of the qualification of the nature of the forms provided by art. 1393 C. civ. Depending on the envisaged third parties. Thus, if for the assigned debtor these are a means of information, for other interested parties they have a publicity function.

Once with the becoming effective of title VI of Law no. 99/1999 “all assignments of claim rights”, without distinguishing between the existence or non-existence of the purpose of the assignment to secure the fulfillment of the obligations, are governed in what regards “priority order, publicity and execution” by the rule provided by such normative act. And chapter 3 of title VI of Law no. 99/1999 resorts to a modern system of publicity, and namely the registration of the assignment with the Electronic Archive of Security Interests in Movable Property. But this form of publicity of the assignment of claims is justified especially in the assignment of claims with the title of security, than in the case of the other types of assignment.

As regards the conciliation of the two regulations, in relation to the successive assignees and assignor’s creditors, 99, paragraph 2 of title VI of Law no. 99/1999 sets forth that the relation between the forms provided by the Civil Code and the publicity made under Law no. 99/1999 is a subsidiary one, in the sense that the first grant priority only to the extent to which such assignment was not registered with the archive. On the other hand, for the assigned debtor solution is not finally settled depending on the area of applicability of the provisions of art. 85 of title VI of Law no. 99/1999 imposing that when the “secured asset, consisting of a money claim, is assigned, the assignor must notify the assigned debtor in writing of the assignment”.

One should note a few particularities in what regards the mortgage claims and the claims resulting from credit contracts concluded with a consumer with special regulation. Thus, in order to ensure the opposability of the assignment of mortgage claims, the

legislator opt for a system made of formalities, depending on the envisaged third parties: in relation to the assigned debtor an informal notice, towards other third parties the registration with the Archive, if “they have not become aware otherwise” (art. 25 of Law no. 190/1999). For the consumer from a credit contract, assignment will become opposable “by notice addressed to it by the assignor” (art. 71, paragraph 2 of the Emergency Government Ordinance no. 50/2010).

The New Civil Code operates a splitting of the requirements imposed in the opposability matter, distinguishing between the assigned debtor or successive assignees. If in relation to assigned debtor authenticated acceptance and notification are replaced by acceptance by means of a certain date written record and paper written or electronic communication, the priority order towards the successive assignees will be established depending on the registrations with the Electronic Archive of Security Interest in Movable Property. Opposability formalities provided in relation to the assigned debtor have to be fulfilled also towards the fidejussor, if otherwise this cannot be bound to pay to the assignor (art. 1581 of the New Civil Code).

In the hypothesis of successive assignments made by the same assignor with regard to the same claim, to the assigned debtor the rule of priority of the first communication or acceptance with certain date will apply. On the other hand, in the relations between the successive assignees pursuant to art. 1583, paragraph 2 of the New Civil Code “the one that first registered its assignment with the archive is preferred, irrespective of the date of assignment or its communication to the debtor”.

A series of exceptions from the above-mentioned publicity formalities are regulated in certain domains consisting of either their fulfillment by other means, or by elimination or even replacement with simplified particular forms.

Both the admissibility of extenuated forms of notification, respectively acceptance in the relations with the assigned debtor, and the regulation included in the New Civil Code lead to the dissociation of the issue of discharge of the debtor from the one of claim holding capacity in case of successive assignment made by the assignor. Hence, the necessity to explain the category of third parties towards the assignment and the pointing out of the consequences of fulfillment or non-fulfillment of the formalities set forth in this matter. Starting from a restrictive definition of the notion of third parties towards the assignment, the majority of doctrine includes in the category the assigned debtor, other assignees of the same claim and the assignor’s creditors.

In principle, according to art. 1395 of the Civil Code the assigned debtor that was not officially informed of the change of the creditor may validly discharge paying the assignor³, the assignee not being allowed to claim the assigned debtor a second payment, but keeps the right of recourse against the assignor. Vice versa, since the publicity procedure has been fulfilled, the change of the creditor has full effect, so that the assignor disappears from the obligation relation, the assigned party becoming only the assignee’s debtor and being able to be validly discharged only if paying the

latter. In terms of jurisprudence, the presented rule has some limitations when the debtor, being aware of the assignment, acts fraudulently together with the assignor and when the debtor accepts the assignment after payment.

In the conflict occurred between various assignors, like in land registration, the principle *prior in tempore, potior in iure* applies, the winner being the party whose assignment has been the first the object of the formalities set forth by art. 1393 of the Civil Code and not the one that first acquired the claim. If successive assignments occurred in what regards the same claim were recorded with the Electronic Archive of Security Interest in Movable Property again the rules of first registration priority operates. In the competition between the forms provided by art. 1393 of the Civil Code and the registration with the archive the registered assignment, irrespective of the date, will win. The New Civil Code establishes the priority between successive assignees by relation to the registration with the archive.

Chapter three deals with the rules governing the “Effects of Assignment of Claim”. The geometry of the effects of the assignment of claims follows a dualist pattern, similar to the one contemplated on the occasion of development of the conditions of the operation, regarding, on the one hand, the relations between the parties, and on the other hand the third parties to the assignment.

The main effects of the assignment of claims between the parties of the legal act relate to the transfer of the claim with all its characteristics and the obligation of guarantee on the assignor’s part. Additional obligations incumbent, as the case may be, on the assignor or on the assignee, depending on the contractual provisions, will add to these.

The essential purpose pursued by the parties on the occasion of conclusion of the assignment contract is the transfer of the claim right from the assignor to the assignee. As we are talking about a consensual contract, assignment brings about an instantaneous, immediate transfer between the parties of the claim once they expressed their consent to this end. The claim right remains unchanged, keeping its civil or commercial nature, and so do the payment conditions.

If the object of assignment is a future claim, according to the derogatory provisions of art. 1572, paragraph 2 of the New Civil Code, this is considered transferred from the moment of conclusion of the assignment contract.

According to the principle that reads *accessorium sequitur principale*, transfer refers also to the claim accessories, whose contents depend on the meaning ascribed to this notion.

First of all, from the very wording of art. 1396 of the Civil Code the transfer as accessories of the securities created for the payment of the claim, such as surety, privileges and mortgage, is obvious. Analysis may be extended also to: pledge, retention right and property reserve clause. Autonomous securities, by their very nature independent from the fundamental relation, may be automatically transferred

simultaneously with the transfer of the claim, only if the parties expressly have provided so in the deed by which such securities have been created.

Transfer of accessories envisages also the clauses referring to the determination of the payment object, respectively financial accessories, from which we enumerate: interest and other income of the claim that has not yet reached maturity.

Another category of accessories is that containing the accessories relating to the due fulfillment of the assigned claim if the debtor does not understand to willingly pay, as well as the ones allowing the obtaining of compensation as a consequence of the deed of a third party with consequences on the claim execution. In principle, the shares that belonged to the assignor and are attached to the claim will be rightfully transferred, except for the non-patrimony or strictly personal ones of the assignor. First of all, we refer to the actions protecting the creditor's rights, such as guarantee action, paulian action, derivative action, but also to the action aiming at the execution of the claim, and namely action for payment, which are transferred to the assignee as accessories. Strict relation to the assigned claim, which could be reduced or even lost as a consequence of a previous act of a third party, also justifies the transfer of the contractual or delictual liability actions. On the other hand, resolutive action shall be considered transferrable only in the hypothesis in which it has compensatory function, and not when its purpose is the release of the assignor from its obligation. The transferrable or non-transferrable character of the annulment action gives rise to real controversy. A series of arguments tend to consider the non-transferability as accessory of the action for total relative nullity. Yet, the rightful transfer as accessory of the actions seeking partial nullity could not be excluded, which could be useful when the basic contract would contain clauses impeding the recovery of the claim.

In this context we should consider also the clauses referring to disputes, from which we mention the arbitration clauses and the competence-assigning clauses, whose transfer may be justified rather by their categorizing as elements relating to the claim regime establishing.

The assignor is bound towards the assignee to fulfill the delivery obligation consisting of the delivery of the title ascertaining the claim and corresponding to the delivery of the sold thing.

Moreover, the Civil Code sets forth for onerous assignment a legal guarantee, also called rightful guarantee partially corresponding to the one accompanying a sale of assets. Still, because the assignor and the assignee are parties of a contract by which they can arrange the relations between them, they may derogate from the suppletive rules established in this matter limiting or amplifying such guarantee, in which case we are talking about a conventional guarantee.

The New Civil Code provides similarly an obligation of guarantee for the existence of the claim and, in addition, distinctly regulates the guarantee obligation for the eviction resulting from assignor's own deed.

The mandatory minimal obligation, provided by art. 1392 of the Civil Code envisages both actual existences of the claim itself and of its accessories. Legal guarantee covers neither the solvency of the debtor, nor the solvency of subsidiary debtors. If all the conditions of the rightful guarantee are met, by the cancellation mechanism, except for the situation of sale of the claim when a nullity action of the assignee is recognized, the assignor will have to return the price of the assignment, the contract charges, the charges of the pursuit uselessly initiated by the assignee against the assignor, possible the ones related to call on guarantee and damages.

Conventionally, the assignor may decrease its liability and resort to its full elimination, in the limits of the law. Oppositely, the assignor may increase its guarantee obligations compared to the ones it is bound to under the law. A clause of this kind consists in the guaranteeing of both the claim existence and debtor's solvency. Articles 1397 and 1398 of the Civil Code, but also the provisions of art. 1585, paragraph 2, thesis two and paragraph 3 of the New Civil Code establish the legal regime of such a clause from two points of view: the assignor, guaranteeing the debtor's solvency undertakes only up to the price paid by the assignee, and in absence of formal provision, this does not guarantee future solvency.

The assignee's obligations in its relations with the assignor do not have specific characteristics, but shape themselves depending on the type of operation the assignment is considering.

In what regards the effects of the assignment on the assigned debtor, since the exigencies provided by art. 1393 of the Civil Code are met, this may be validly discharged only in the hands of the assignee under the sanction of making the payment twice. The assigned debtor may be employed by the new creditor only to the extent to which it was engaged towards the assignor, because the assignment of claim cannot aggravate its situation.

Thus, the assigned debtor may avail itself against the assignee of all nullity clauses, cancellation that could result from the claim-generating contract, before notification. It will also oppose its new creditor the guarantee exception that it used to owe the assignor, based on eviction caused by the latter, non-fulfillment exception, payment exception, prescription, authority of judged thing or other exceptions regarding the diminution of the assigned claim and not its paying-off.

The principle of opposability of exceptions thus set forth is yet eliminated in a few hypotheses. We refer to compensation if the assigned debtor accepts the pure and simple assignment of claims ascertained by nominative titles by order or nominative bearer titles.

The New Civil Code basically provides the same rules, but it also brings in a few important specifications and distinctions. Thus, the assigned debtor's right to oppose the assignee all the defense means it could have invoked against the assignor is expressly worded, and art. 1582, paragraph 2 of the New Civil Code regulates a particular

application in the assignment area of the discharging effect of the payment made in good faith to an apparent creditor.

As soon as the opposability formalities are fulfilled, the assignor's creditors will lose their general pledge right with regard to the assigned claim, because towards third parties it is completely out of the assignor's patrimony and enters the one of the assignee, becoming the pledge of the latter's creditors.

The effects of the assignment of claim have certain particularities when the operation focuses on a dispute claim or is made for guarantee purposes.

The fact that a claim is contested does not prevent, in principle, its being transferred by assignment. Still, in order to fight back excessive speculation, Civil Code provides in articles 1402-1403 a means of defense regarding its effects: dispute retraction. By means of retraction, the assignor's opponent, becoming the retracting party, will substitute the assignee, named retracted party, revoking the assignment by a kind of coercive expropriation and ending the trial. Specific provisions for this matter infer four conditions necessary for valid exercising of dispute retraction: existence of a trial at the assignment moment, the trial regarding the right substance, the right to maintain its dispute character at the date when the retraction is invoked and transfer be made in exchange for a price.

It operates between the retracting party and the retracted party as a legal resolatory condition, resulted from the dispute nature of the assigned right. Consequently, the retracting party is retroactively vested with the dispute right, it being deemed that the assignee has never been its holder. Despite the intervention of the retraction, the assignment deed continues to exist, further producing effects in the relations between the assignor and assignee.

The New Civil Code, following the criticisms expressed in older doctrine, as well as the model of other legislations such as the Italian Civil Code, German Civil Code (BGB), does no longer keep the dispute retraction institution.

In absence of own regulation regarding the shaping of the regime of assignment of claim under the title of guarantee is oscillating, in doctrine, between the variant of assignment under suspensive condition and the one of full, but temporary transfer of the claim. This assignment is different, on the one hand, from a classic claim assignment made for selling such claim, and on the other hand, from a security on a claim right.

The New Civil Code analyzes the claim assignment under the title of guarantee as being an operation assimilated this time to the mortgage of the claims. At the same time, the New Civil Code creates also the premises of a fiduciary assignment in the conditions in which title IV, art. 773-791 introduces the trust institution, although the authenticated form of the trust contract will be rather difficult to conciliate with the flexibility required to the assignment mechanism.

Chapter four of the theses continues the study of the claim assignment mechanism integrated in a complex commercial contract, and namely, the factoring contract.

Brief regulation of factoring has generated a series of discussions on the typology of such contract. Considering jurisprudence in this matter, organizing of factoring in other law systems from the European Union, as well as UNIDROIT Convention from Ottawa of 1988 on international factoring, the assignment mechanism seems sufficient in order to ensure the transfer of the claims and the substitution of factoring in the adhering party's rights, without it being necessary to double the transfer operation through subrogation.

The complexity of the factoring contract resides in the additional obligations assumed by the factor, compared to the ones resulted from a classic claim assignment. Depending on the scope of the services offered by the factor, several forms of factoring have been developed in practice, such as: old line factoring, maturity factoring, factoring with or without right of recourse on the adhering party, factoring without notification or factoring with notification.

Nevertheless, a few essential elements characterizing factoring contract may be distinguished, irrespective of the modality in which they present themselves, as follows: commercial contract, bilateral contract, onerous contract, commutative contract, consensual contract, successive performance contract, *intuitu personae*.

The New Civil Code does not expressly organize the factoring regime, but from the mentions comprised by the description of reasons of the adoption law it results that the legislator understood to base the contract in question on the claim assignment mechanism.

Although claim assignment stands for the general framework of regulation of factoring ensuring the transfer of the claims, by its contamination with elements from the area of other legal operations this tends to manifest in a particular way. Thus, as related to a classic claim assignment, the factoring contract includes a few specific conditions and effects: assigned claim may originate only from an act of trade and must be expressed by specific title – invoice; the parties of a factoring contract, named adhering party and factor, will necessarily hold the capacity of traders; it is an essentially onerous contract; contains specific clauses such as the globality clause, and the exclusivity clause; obligations assumed by the parties are more extended than in the hypothesis of an assignment and vary depending on the agreed factoring type.

Chapter five of the thesis named "Delimitation of Claim Assignment from Other Triangular Legal Operations" adds to the picture of the assignment of claims the investigation of their similarity and difference elements as compared to other legal operations with three persons, such as: subrogation in the creditor's rights by payment of the claim, debt assignment, contract assignment, novation by change of creditor.

Subrogation in the creditor's rights is the closest institution to the assignment of claims, in the sense that, like the latter, it substitutes a creditor by another and realizes a transfer of the same claim, and not its payment-off accompanied by a new one. Therefore, the

New Civil Code detaches subrogation from payment, and claim assignment from the sale matter, and treats them together in title VI named "Transfer and Transformation of Obligations". Even if close, the assignment of claims and subrogation are notably different, especially in terms of purpose, conditions and effects of each of them. One should note that the opposability forms required in the hypothesis of assignment of claims do not appear in the case of a subrogation, be it a conventional or a legal one. In order for subrogation to be opposable, one should consider the provisions of art. 1182 of the Civil Code referring to certain date, and in accordance with art. 1593, paragraph 3, last thesis of the New Civil Code, "in order to be opposable to third parties, it must be ascertained by written record". Recent doctrine studies tend to shade off the differences between the two institutions, drawing them near up to identification in order to cumulate the advantages that each of them is offering. Subrogation consented by the creditor justifies its success due to minimum formalism, and the assignment of claims due to scope of transfer, not being limited to the assignment price.

Not only that the Civil Code in force does not organize a system of assignment of the debt similar to the claim, but it also does not regulate such an institution, so that it is traditionally considered that similar results may be obtained by detoured means. Some of them achieve what we call imperfect assignment without discharging effect for the initial debtor (stipulation for another, imperfect delegation), and other perfect assignment engaging its discharge (perfect delegation and novation by change of debtor). Besides the mediated forms of achievement of debt assignment, doctrine and jurisprudence consider that based on the principle of contractual liberty it could be agreed that a person undertake towards the debtor to pay its debt. Therefore, this is about a direct assignment of debt, but whose legal regime moving away from the assignment claim by the fact that its efficiency will depend upon the assigned creditor's consent.

Following the amendments to the initial project, the New Civil Code regulates, after the patten of German and Swiss legislation, as well as according to the codification projects at European level (UNIDROIT Principles, Principles of European Law of Contracts) the institution of debt take-over. Art. 1599 of the New Civil Code refers to two modalities of achievement of debt take-over, and namely: by the convention between the initial debtor and the new debtor, whose efficiency depends on the creditor's consent, or by the convention concluded between the creditor and the new debtor.

Consequently, in both cases the creditor's consent is required, as the transfer of the passive side may affect the creditor's position, the realization of its claim depending on the debtor's solvency and the ability to execute it. As regards the hypothesis of the debt take-over by contract concluded with the debtor, the creditor's consent appears to be an effective one, so that until obtaining the creditor's consent or in case of its refusal, we are in the presence of an internal debt take-over⁶, producing effects only between the initial debtor and the new debtor, in the sense that the latter "must discharge the debtor executing the obligation in due time" (art. 1608 of the New Civil

Code). In what regards this aspect, debt take-over is different from the correlative mechanism of claim assignment, which takes place without the consent of the assigned debtor, it being notified being sufficient.

In terms of effects of take-over, we may distinguish between two categories: take-over of discharging debt and take-over of cumulative debt. In reality, we may talk about an assignment only in the first case, when debt leaves for good the patrimony of the initial debtor in order to enter the patrimony of the second debtor. In this situation, with a few exceptions, the take-over of debt manifests at the level of effects as a correspondent of the claim assignment, operating a substitution of the debtor, the initial debt remaining identical.

Currently, both doctrine and jurisprudence allow the possibility of conventional contract assignment, but there still are serious disputes related to its nature, the role of the assigned party, and the very name of the operation. In absence of express provisions, its regime is not finally set.

If initially contract assignment was seen only as a result of the joining of a claim assignment and debt assignment, gradually the institution of contract assignment started to state its legal autonomy in doctrine, analytical theory being replaced by a unitary conception of the operation.

Systematic analysis of French doctrine and jurisprudence proves the absence of unitary conception in what regards the valences of the assigned party's consent with regard to the operation. Opinions expressed can be grouped in three large categories. Thus, the assigned party's consent to the operation has the value of a formatting consent, of an effective consent or authorization. Still, we note that the authors supporting the hypothesis of authorization of contract assignment dissociate from this institution the discharge issue, which, in its turn, would involve the assigned party's consent.

Romanian doctrine of the last ten years took over a significant part of the differences expressed in the French law area. Recently, our jurisprudence was called to deliver judgment on the qualification and validity of legal operations, on which occasion the autonomy and translative character of the contract assignment was recognized.⁷ Mentioned practice, although it does not settle all legal issues relating to the value of the assigned party's consent, still admits the discharging effect of the convention in what regards the assignor. Starting from a syncretic analysis of the contract, the assigned party's will is useful for authorizing an operation by which its situation would be affected due to the effects accompanying it. In other words, in this hypothesis the assigned party's consent is configured as being a necessary authorization for the achievement of the totality of effects of the contract assignment.

The importance of contract assignment is confirmed by the New Civil Code allotting it a special section in its "Contract" Chapter (Section 8, art. 1315-1320). As conceived in the new regulation, contract assignment appears as a unique operation, producing an indivisible effect, but for whose achievement the assigned party's consent is required.

It is not clear what the role of this consent is, but we are of the opinion that solution should be correlated with the one recorded in the debt take-over matter.

Despite the discussions referring to the determination of the contract assignment regime, a few common and different aspects may be pointed out in relation to the claim assignment. Thus, contract assignment, like claim assignment, allows the realization of a succession with particular title, and not the creation of new rights between the assigned party and the assignee. Even if tended to believe that there are only quantitative differences between them, in the sense that the claim assignment transmits the active side of the obligation relation, and contract assignment envisages both its active and the passive side, the unitary conception on the latter operation proves us the contrary. Contract assignment does not mean only the transfer of the rights and obligations resulting from it, but of the very capacity of party with all prerogatives granted to it.

Novation by change of the creditor is also partially analogous to claim assignment realizing a substitution of the initial creditor, but there are also significant differences between these two institutions.

In order for a novation to be involved, debtor must concur to the operation, while an assignment is made without the necessary participation of the assigned party. The main element of distinction between novation and claim assignment resides in the level of the effects of the two. Novation, unlike claim assignment, does not operate the transfer of the same claim, but the payment-off of the old one and the creation of a new one.

The last chapter of the thesis renders “Elements of Compared Law and Regulations regarding Cross-border Assignments”. Extension of use of the assignment claim institution determined a series of preoccupations for creating international instruments in this matter. We remind to this end the United Nations Convention on the Assignment of Claims in International Trade adopted in New York in 2001. A special place in the context of the trends of harmonization of European legislations is occupied by the principles elaborated for international contract, with facultative application, to the extent to which the contracting parties referred to them explicitly. This is the case of UNIDROIT Principles that in 2004 edition deals with the assignment of claims, of the Principles of European Law of Contracts, a project published by the Commission of European Law of Contracts, supported by the European Community, of the European Code of Contracts of the Academy of European Private Lawyers (“Gandolfi Code”) and of the Common Reference Draft. These transpose a modern conception on the assignment with minimum exigencies in what regards opposability.

Comparative study of the assignment of claims in the internal order of several states allows us to outline a general chart with regard to the legislative tendencies followed in relation to the formalities of assignment towards third parties. We are considering the Belgian law, the French law, the Italian law, the Canadian law, the German law, the Swiss law, the Spanish law and the English law.

In the conditions in which assignment is subject to distinct regulations depending on the law system in question, obviously the matter of rules applicable to cross-border assignment occurs, solved either by instituting a mechanism of conflict norms, or by using a mixed method, and namely the combination of uniform material law rules with rules regarding the conflict of laws, as in the case of the United Nations Convention on the Assignment of Claims in International Trade adopted in New York in 2001. At the level of the European Union, a possible conflict of laws occurred in relation to the contractual obligations in civil and commercial matter will be solved in accordance with the uniform norms of the (EC) Regulation no. 593/2008 of the Parliament and Council of June 17, 2008 regarding the law applicable to contractual obligations (Rome I). Art. 14 of Rome I Regulation provides specific conflict rules referring to the conventional assignment of claim.

Also Law no. 105/1992 regarding the regulation of international private law relations contains a series of conflict norms referring to the hypothesis of claim assignment. Still, Rome I Regulation, a community normative act with direct applicability, will prevail in the matters that are the objects of its regulation against Law no. 105/1992. Book VII named "International Private Law Provisions" of the New Civil Code does not contain special provisions regarding the settlement of a conflict of laws in the claim assignment matter of general law, but in what regards the claim assignment for guarantee purpose (assimilated operation), art. 2632 of the New Civil Code mentions that the provisions referring to publicity and its effects comprised in Chapter III, Section 7 providing for real estate mortgages shall apply accordingly, yet taking into account their specific nature.

Further analyses in connection with the subject of the assignment of claims allow us to draw certain general **conclusions** and make proposals of *lege ferenda*.

Comparative approach proves that the principles elaborated in the matter of international contracts and the majority of the legislations analyzed provide simplified forms of "warning" the assigned debtor with regard to the assignment, sometimes mere awareness being sufficient. There are few cases when additional formalities towards other third parties are necessary and are applicable only in certain areas.

Evolution of jurisprudence, in the interpretation of the provisions of art. 1690 of the French Civil Code (corresponding to art. 1393 of the Romanian Civil Code) and the remediation solutions proposed prove the necessity of redimensioning the conditions of opposability of the claim assignment and the return to the general law of contracts.

As a matter of fact, the parallel analysis of the institution of subrogation in the creditor's rights, another means of transfer of the claim, may question the legal reasons justifying the maintaining of a distinct and formalist opposability system only in the assignment area.

Consequently, the aspects pointed out prove the complexity of the claim assignment subject and justify the systematization and analysis of its dynamics.

Floarea GROSU

GARANȚIILE PROCESUALE ALE LIBERTĂȚII PERSOANEI ÎN LUMINA CONVENȚIEI EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI

conducător de doctorat : prof.dr. Gheorghică Mateuț

Cuvinte cheie: Mecanisme juridice care garantează libertatea și siguranța persoanei. Conceptul de libertate. Libertatea persoanei. Libertatea fizică, individuală și libertatea de mișcare. Siguranța persoanei. Drepturile omului. Libertățile publice. Diferențieri conceptuale. Garanții juridice. Garanții procesuale specifice libertății persoanei. Garanții instituționale specifice libertății persoanei. Componentele specifice autorităților jurisdicționale cu atribuții în materia privării sau restricționării dreptului la libertate. Conceptul de independență a autorităților judiciare. Conceptul de imparțialitate a autorităților judiciare. Garanții substanțiale specifice libertății persoanei. Garanții de procedură specifice libertății persoanei. Garanții procesuale în sens restrâns și garanții procedurale (formale) ale libertății persoanei. Categoriile de măsuri privative sau restrictive de libertate. Funcționalitate. Măsuri procesuale și preventive restrictive sau privative de libertate. Măsuri provizorii privative de libertate. Forme propriu – zise ale privării și restricționării libertății persoanei. Reținere. Arestare. Forme auxiliare ale privării sau restricționării dreptului la libertatea persoanei. Autorități judiciare competente. Condiții și temeuri. Compatibilități. Procedura habeas corpus. Durata rezonabilă a măsurii arestării preventive. Măsuri restrictive de libertate. Alternative la detenție. Arestarea provizorie. Garanții ale libertății persoanei în procedurile de extrădare. Garanții ale libertății persoanei în procedura mandatului european de arestare.

ARGUMENTE. SCOP. OBIECTIVE . METODE DE CERCETARE

Lucrarea reprezintă o *cercetare juridică* axată pe metoda analizării *procedeului cazuistic* care evidențiază rolul garanțiilor procesuale în ansamblul mecanismelor juridice care garantează libertatea și siguranța persoanei în dreptul procesual român cu cele două componente ale conceptului de libertate, respectiv libertatea fizică sau individuală și libertatea de mișcare.

a. Scopul cercetării: Evidențierea modului în care se realizează *transpunerea în procedura judiciară*, a garanțiilor procesuale ale libertății persoanei, consacrate în dreptul intern și *compatibilitatea* acestor garanții cu exigențele impuse de Convenția Europeană a Drepturilor Omului, respectiv modalitatea în care este îndeplinită obligația pozitivă de a realiza o construcție normativă care asigure protecția oricărei persoane împotriva unei privări sau restricționări de libertate arbitrare; evidențierea modalității în care a fost realizată construcția mecanismelor juridice care garantează libertatea și siguranța persoanei în dreptul procesual penal român, care constituie o concludentă *demonstrație în demersul pentru adaptarea sistemului instituțional în general și a sistemului judiciar în special exigențelor impuse de tratatele și convențiile internaționale ratificate de România, în special ale Convenției Europene a Drepturilor Omului, evidențiindu-se în același timp rolul normei convenționale și al jurisprudenței instanței de contencios european al drepturilor omului în realizarea reformei instituționale.*

b. Obiectivele cercetării științifice:

1. Evidențierea *efectului dinamizator* al reglementărilor internaționale în reformarea legislativă, în problematica libertății individuale în dreptul procesual penal român, al rolului normei convenționale și a jurisprudenței instanței de contencios european al drepturilor omului în realizarea reformei instituționale. În acest context s-a subliniat faptul că instituirea mecanismelor juridice de natură a asigura respectarea dreptului la libertatea și siguranța persoanei s-a realizat în contextul reintegrării României în ordinea juridică internațională, prin preluarea normelor cu valoare juridică internațională care asigură preeminența dreptului în respectarea libertății persoanei și că preluarea acestor norme cu valoare juridică internațională a impus atât *respectarea exigențelor de ordin instituțional*, dar și *reconsiderarea* în mod imperativ a conținutului dispozițiilor relative la drepturile procesuale ale părților cu referire expresă la procesul penal, care a fost *radicală* din perspectiva garanțiilor privind libertatea persoanei, constând în abrogarea sau amendarea acelor dispoziții de drept substanțial sau de drept procesual care contraveneau exigențelor impuse de reevaluarea conceptului de drepturi ale omului, prin înlocuirea unei reglementări lapidare cu o reglementare *explicită*, uneori chiar *exhaustivă*.

2. Analiza *sistemului de reglementare* a garanțiilor procesuale ale libertății persoanei în dreptul procesual penal, a locului și rolului acestora în evitarea privărilor de libertate arbitrare abordarea incluzând și modificările legislative incidente în materie, urmare a intrării în vigoare a Legii nr. 202/2010 și de asemenea reglementările conținute în Noul cod de procedură penală, analiza fiind comparativă din această perspectivă.

3. *Structurarea în detaliu a informației*, prin *definirea* conceptului de garanții procesuale și *evidențierea* particularităților construcției acestui sistem de protecție, *indicarea cadrului de reglementare*, a interpretărilor date în jurisprudență și prezentarea modului de aplicare practică, diferențiat în raport de fiecare dintre cele trei categorii de garanții procesuale respectiv instituționale, procedurale și substanțiale. A fost evidențiat **locul** și **rolul garanțiilor procesuale** în respectarea dreptului la libertatea și siguranța persoanei în condițiile în care, fiind vorba despre un drept fundamental și inalienabil, problematica libertății individuale impune prin însăși natura sa cerința instituirii unui sistem de protecție adecvat, concretizat în garanții juridice și instituționale, care, *particularizate în contextul procesului penal* atât din perspectiva *cadrului* în care intervin cât și al *scopului* instituirii se circumscriu conceptului de **garanțiilor procesuale**. Aceasta deoarece, garantarea libertății persoanei nu poate fi asigurată doar prin consacarea în norma constituțională a libertății individuale și a libertății de mișcare, în mod firesc fiind dublată de reglementarea în norma juridică a formelor în care aceasta poate fi suprimată sau restricționată.

4. Evidențierea rolului major al practicii judiciare ca *mecanism de aplicare* a garanțiilor procesuale și a modalității în care se realizează *transpunerea reglementărilor în această materie în procedura judiciară*, diferențiat în raport de fiecare dintre cele trei

categorii de garanții care intră în sfera conceptului de garanții procesuale, respectiv garanții instituționale, garanții de procedură și garanții substanțiale și **modalitatea în care jurisprudența conturează** aceste garanții, selecția jurisprudenței fiind realizată prin raportare la opiniile diferite enunțate în practica instanțelor de judecată, cu referire la fiecare dintre aspectele care au fost abordate.

Obiectivele stabilite și evidențiate mai sus, conferă tematicii abordate nu doar o *utilitate* teoretică ci mai ales *practică*, prin exemplificarea modului în care se realizează în transpunerea în jurisprudență a reglementărilor care consacără aceste garanții ale libertății persoanei și de asemenea a modului în care principiul aplicabilității directe și principiul aplicării prioritare a reglementărilor internaționale în domeniul drepturilor omului, consacrate în art. 20 alin. 1 și 2 din Constituția României se concretizează în activitatea organelor judiciare în această materie.

c. Metodologia cercetării științifice

În realizarea obiectivelor mai sus expuse, au fost abordate mai multe *metode de cercetare specifice cercetării juridice*, respectiv **metoda documentării, respectiv a cercetării bibliografice, metoda logică, metoda comparativă, și metoda analizării procedurii cazuistic.**

Astfel, analiza dispozițiilor legale care reglementează garanțiile procesuale ale libertății persoanei și respectiv a interpretărilor aduse în doctrină acestui concept, a fost realizată prin procedeul **cercetării bibliografice, respectiv a documentării**, prin raportare la o perioadă relativ extinsă, începând cu reglementările anterioare modificărilor legislative operate prin Legea nr. 281/2003 și modificările aduse acestui domeniu prin noul Cod de procedură penală, documentarea vizând de asemenea și reglementările cuprinse în CEDO și jurisprudența Curții europene a Drepturilor Omului precum și punctele de vedere exprimate în doctrină la acest moment cu referire la reglementări legislative recente și actuale sau chiar viitoare, în condițiile în care lucrarea face referire la reglementările conținute în noul Cod de procedură penală. Această metodă a fost aplicată și cu referire la *reglementările internaționale în materia dreptului la libertatea individuală și libertatea de mișcare* și de asemenea cu referire la *doctrina de referință în materia dreptului european al drepturilor omului* abordându-se de asemenea un studiu aprofundat al jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului în materia dreptului la libertate și respectiv la libertatea de mișcare, care interferează în mod direct cu problematica abordată în lucrare.

A fost utilizată de asemenea și **metoda logică**, fiind surprinsă structura și dinamica reglementărilor legislative în acest domeniu, și a interpretărilor jurisprudențiale, în încadrarea condițiilor și cazurilor în care poate interveni privarea sau restricționarea libertății persoanei în cursul procesului penal.

Metoda **comparativă** a fost de asemenea un instrument esențial în realizarea prezentei lucrări, în condițiile în care au fost abordate reglementările legale și interpretările jurisprudențiale prin *raportare la exigențele impuse de Convenția europeană și respectiv*

Curtea Europeană a Drepturilor Omului și la relevanța pe care diferite reglementări specifice acestui domeniu o au în asigurarea exigențelor specifice dreptului la libertate consacrat prin art. 5 paragraful 1 lit. c, prin evidențierea concordanței cu reglementările din dreptul intern și modul în care se asigură transpunerea în practică a acestor reglementări.

Metoda analizării procedurii cazuistic, integrată de fapt în metoda definită în cercetarea juridică ca fiind **metoda cantitativă** s-a impus de asemenea, deoarece explicarea și analiza acestui domeniu, nu putea fi disociată de practica dreptului, mai ales în domeniul garanțiilor substanțiale care au și un caracter preponderent jurisprudențial.

SINTEZA CONȚINUTULUI TEORETIC AL TEZEI

Lucrarea este structurată în patru capitole. Capitolul I conține o primă secțiune în care este definit cadrul de referință al conceptului de *garanții procesuale și interferența* acestora cu noțiunea de libertate, - cu cele două accepțiuni, respectiv libertatea individuală și libertatea de mișcare – pornind de la ideea că însăși natura acestui drept impune cerința instituirii unui sistem de protecție adecvat, concretizat în garanții juridice și instituționale, care particularizate în cursul procesului penal se circumscriu sistemului garanțiilor procesuale, existența unui sistem judiciar eficient de natură a conferi un caracter cu adevărat concret sistemului de protecție al acestui drept, presupunând în mod obligatoriu și o construcție normativă care să conțină garanții adecvate pentru evitarea unei privări arbitrare de libertate, respectiv garanții instituționale, garanții de procedură și substanțiale care se circumscriu acestui concept unic.

În definirea conceptului de garanții procesuale ale libertății persoanei abordarea pornește de la semnificația etimologică a noțiunii, raportându-se la elemente care vizează pe de o parte la **cadrul** în care intervin, iar pe de altă parte la **funcționalitatea** și **scopul** instituirii măsurilor privative sau restrictive de libertate.

1. Din perspectiva acestor criterii, avându-se în vedere în primul rând **cadrul de manifestare**, s-a apreciat că, rigurozitatea definirii conceptului de garanții procesuale ale libertății persoanei impune în primul rând **delimitarea de alte forme de privare sau de restricționare a libertății persoanei care exced desfășurării unei activități judiciare de natură penală** care au fost exemplificate în cuprinsul lucrării, garanțiile procesuale **vizând acele condiții specifice prevăzute de lege care permit restricționarea sau chiar privarea de libertate în cursul procesului penal**, (cadrul normativ care reglementează această materie evidențiind faptul că o măsură restrictivă sau privativă de libertate constituie o excepție de la exercițiul drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, care impune respectarea unei proceduri prevăzute de lege, de natură a asigura posibilitatea evitării oricărui abuz al autorităților judiciare și care necesită garantarea mijloacelor pentru descoperirea și înlăturarea abuzurilor și erorilor).

2. În contextul referirii la același **cadru procesual** în care intervine privarea sau restricționarea dreptului la libertate s-a apreciat că pentru definirea garanțiilor procesuale ale libertății persoanei este necesară o altă delimitare, care trebuie raportată la

funcționalitatea măsurilor procesuale prin care este posibilă privarea sau restricționarea libertății persoanei, făcându-se diferențierea între **formele propriu-zise ale privării de libertate** care intervin prin instituirea măsurilor preventive și **formele auxiliare ale privării de libertate**, concretizate în alte măsuri procesuale care însă au un caracter auxiliar în procesul penal, în raport cu formele propriu – zise ale privării de libertate, acestea din urmă prin însăși natura caracterului preventiv și respectiv a scopului în care au fost instituite, impunând asigurarea unor garanții procesuale, care au o componentă instituțională, procedurală și substanțială.

Diferențierea a fost necesară deoarece, chiar dacă și formele auxiliare ale privării sau restricționării libertății impun respectarea unor condiții, intrând în sfera de protecție a art. 5 paragraful 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, se circumscriu altor situații de legitimitate, fără însă a justifica acele garanții specifice care decurg din însăși natura și specificul măsurilor preventive, și care sunt impuse în considerarea art. 5 paragraful 1 lit. c din norma convențională citată. S-a evidențiat în contextul acestei necesare delimitări faptul că formele auxiliare ale privării libertate vizează situația în care privarea de libertate are un caracter subsecvent, fiind o consecință subsidiară a unui act procesual efectuat cu un scop determinat, procedându-se la exemplificarea situațiilor care intră în această categorie. Au fost subliniate diferențierile existente între cele două forme de privare de libertate care intervin în cursul procesului penal, diferențieri care sunt esențiale, în condițiile în care garanțiile procesuale impuse în situația formelor auxiliare ale privării de libertate nu presupun o abordare tridimensională de natura celei specifice formelor principale ale privării de libertate, fiind suficientă realizarea *scopului*, constând în executarea obligației stabilite de o autoritate judiciară, acesta fiind de altfel argumentul pentru care nu au fost incluse în analiza care face obiectul prezentei tematici. A fost subliniat faptul că diferențierea dintre cele două forme ale privării de libertate este evidențiată și mai mult în contextul legislativ actual, în condițiile în care, dispozițiile art. 184 alin. 3¹ Cod procedură penală, astfel cum a fost modificat prin art. XVIII pct. 19 din Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor extinde posibilitatea restricționării *dreptului la libertate* și în privința *martorului* care refuză să se supună mandatului de aducere, în condițiile în care măsurile preventive privative sau restrictive ale libertății individuale și de mișcare prin însăși natura lor, nu pot fi extinse altor categorii de participanți la procesul penal, reprezentând mijloace de constrângere care pot fi luate cu îndeplinirea unor condiții de fond și formă specifice numai împotriva învinutului sau inculpatului, diferențierea netă între cele două forme ale privării de libertate propriu zise și respectiv auxiliare fiind evidențiată și în noul Cod de procedură penală, prin art. 209 alin. 3.

3. În definirea conceptului de garanții procesuale, a fost abordată diferențierea față de *alte forme de privare de libertate, care intervin de asemenea în cursul unei proceduri judiciare*, având aparent *aceeași funcționalitate* respectiv privarea sau restricționarea libertății persoanei, dar care nu se circumscriu raportului juridic principal, ci intervin în cadrul unei proceduri judiciare specifice, *scopul* acestora fiind diferit, derivând din

necesitatea respectării principiului preeminenței dreptului internațional și principiului curtoaziei internaționale și reciprocității, fiind vorba despre acele forme speciale de arestare, în vederea extrădării și în procedura mandatului european de arestare.

Spre deosebire de celelalte forme de privare de libertate cu caracter extrajudiciar sau auxiliar, **formele speciale de privare de libertate**, chiar dacă prezintă diferențieri din perspectiva construcției normative care fac posibilă instituirea lor, față de formele propriu zise ale privării sau restricționării dreptului la libertate, (determinate de faptul că, chiar dacă, din perspectiva statului solicitant există un proces penal în derulare, acest fapt nu este opozabil statului român, deoarece nu aparține sferei sale de jurisdicție) sunt însă circumscrise de asemenea unor *categorii de garanții procesuale* în considerarea faptului că ingerința în libertatea persoanei intervine în scopul desfășurării unei proceduri judiciare de tragere la răspundere penală a persoanei față de care se dispun, fiind circumscrise acestei categorii arestarea provizorie în vederea extrădării și arestarea în procedura mandatului european de arestare.

Din perspectiva acestor delimitări sfera garanțiilor procesuale care fac obiectul analizei lucrării vizează **acele condiții specifice prevăzute de lege care permit restricționarea sau chiar privarea de libertate**, în procedura luării măsurilor preventive, și respectiv în procedurile de extrădare și de executare a mandatului european de arestare, **toate acestea fiind considerate forme principale ale privării de libertate**, care pot fi luate, în considerarea funcționalității acestora numai împotriva persoanelor cu privire la care se derulează procedura judiciară principală. Particularitățile dintre aceste forme ale privării de libertate propriu zise și respectiv speciale, justifică diferențierile din perspectiva construcției normative care fac posibilă instituirea lor, ambele fiind însă circumscrise *unor categorii de garanții procesuale esențiale*, în considerarea faptului că ingerința în libertatea persoanei intervine în scopul desfășurării unei proceduri judiciare de tragere la răspundere penală a persoanei față de care se dispun.

În contextul tematicii abordate prezintă interes așadar în primul rând formele propriu – zise ale privării și restricționării libertății persoanei întrucât acestea presupun asigurarea garanțiilor procesuale specifice, care derivă din caracterul preventiv al acestora, motiv care a justificat de altfel includerea lor în sfera măsurilor preventive, și respectiv formele speciale sau provizorii ale privării de libertate care presupun în esență asigurarea aceluiași garanții procesuale, în considerarea faptului că au aceeași funcționalitate deși se raportează la proceduri judiciare diferite, aceste garanții nefiind specifice altor măsuri sau dispoziții procesuale care pot avea ca efect privarea sau restricționarea dreptului la libertate.

Garanțiile procesuale ale libertății persoanei se circumscriu sferei de referință a *garanțiilor juridice* definite mai sus fără însă a se identifica cu acestea, întrucât conțin, alături de elementele incluse în această categorie generală și aspecte particularizate, specifice domeniului ocrotit prin instituirea acestora.

O abordare în detaliu a conceptului, a impus de asemenea diferențierea *garanțiilor procesuale* în raport de **modalitatea în care este asigurată ocrotirea dreptului** sau interesului legitim, în **garanții instituționale** care privesc competențele autorităților judiciare cu atribuții în materia dreptului la libertate, **garanții de procedură** care condiționează valabilitatea actelor procesuale sau procedurale după caz și **garanții substanțiale**, reprezentate de condițiile de fond prevăzute de lege pentru instituirea unor măsuri privative sau restrictive de libertate, criteriul de clasificare vizând așadar **modalitatea de concretizare a mecanismului de protecție**.

La rândul lor, garanțiile de procedură, au fost structurate în *garanții procesuale - în sensul restrâns al termenului* – și *garanții procedurale sau formale*, după cum după cum mecanismul de protecție se concretizează în condiții care vizează valabilitatea actelor procesuale sau al actelor procedurale după caz.

Un alt element de raportare în analiza conceptului de garanții procesuale se referă la **construcția normativă** a acestora, care este diferențiată, fiind corespunzătoare celor două componente ale conceptului de libertate, respectiv **libertatea individuală** sau fizică, ocrotită prin art. 5 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și **libertatea de mișcare, sau libertatea de circulație**, garantată prin art. 2 paragraful 1 și 2 din Protocolul nr. 4 la Convenția Europeană a Drepturilor Omului, garanțiile procesuale de natură a asigura respectarea acestora având un conținut diferit, adaptat particularităților specifice.

Chiar dacă unele dintre componentele garanțiilor procesuale se suprapun, în condițiile în care, în cursul procesului penal incidența unei privări de libertate sau restricționări ale dreptului la libera circulație se realizează în aplicarea mecanismului măsurilor preventive în condițiile reglemente de art. 136 Cod procedură penală, există diferențieri, atât la categoria garanțiilor instituționale cât și ale garanțiilor jurisdicționale, justificate de faptul că, semnificația celor două noțiuni este diferită, chiar dacă în esență vizează un concept unic, în condițiile în care intervenția autorităților în libertatea fizică a persoanei, care intră sub incidența art. 5 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului constituie o *privare de libertate*, iar intervenția în libertatea de mișcare sau de circulație reprezintă doar o *restricționare a libertății persoanei*.

Valorizarea diferențiată se concretizează și în aceea că, în cazul dreptului la *libertatea individuală* sau fizică care intră sub incidența sferei de protecție a art. 5, deși inclus în categoria drepturilor condiționate (respectiv susceptibile de restricții sau derogări), marja de apreciere recunoscută statelor părți în considerarea principiului subsidiarității este limitată exclusiv la situațiile expres conținute în text, spre deosebire de situația dreptului la care se referă art. 2 din Protocolul nr. 4 la Convenția Europeană a Drepturilor Omului, dar și a celorlalte drepturi consacrate de Convenție (cu excepția celor considerate intangibile), cu referire la care, în termenii clauzei de ordine publică, exercitarea poate fi restricționată în situația în care este prevăzută de lege și necesară într-o societate democratică, în scopul protecției siguranței publice, a ordinii, a sănătății ori a moralei

publice și pentru protecția drepturilor și libertății semenilor. Ceea ce se impune a se sublinia din perspectiva garanțiilor procesuale, atât cele care vizează respectarea dreptului la libertatea individuală sau fizică a persoanei cât și cele privind libertatea de mișcare este faptul că acestea intervin în context penal, întrucât ambele se circumscriu categoriei măsurilor preventive, care pot fi luate cu respectarea condițiilor prevăzute de lege numai în scopul asigurării bune desfășurări a procesului penal sau pentru a se împiedica sustragerea învinutului sau inculpatului de la urmărirea penală, de la judecată sau de la executarea pedepsei.

S-au subliniat în definirea conceptului de garanții procesuale ale libertății persoanei **diferențierile conceptuale existente** și sub aspectul conținutului **noțiunilor de libertate și siguranță** la care face referire textul art. 5 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, chiar dacă aceste diferențieri nu justifică instituirea unor garanții specifice conținutului celor două noțiuni, în condițiile în care, dreptul la libertatea fizică, individuală, este în corelație și interdependență cu dreptul la siguranță, iar cele două noțiuni, „libertate individuală” și respectiv „siguranța persoanei”, consacrate în aceeași normă convențională deși din perspectivă doctrinară nu reprezintă un concept unic, constituie în esență valențe ale aceluiași drept fundamental și inalienabil care este dreptul la libertatea individuală a persoanei, *habeas corpus*.

S-a impus această delimitare conceptuală subliniindu-se faptul că **garanțiile procesuale ale libertății persoanei în accepțiunea extinsă a acestei noțiuni, constituie expresia dreptului la siguranța persoanei** accentuându-se faptul că, prin adoptarea Legii nr. 135/2010 privind noul Cod de procedură penală se reformulează conceptul care vizează libertatea individuală, asigurându-se o abordare completă a garanțiilor consacrate prin art. 23 din Constituția României, prin reglementarea în art. 9 a **dreptului la libertate și siguranță**.

Chiar dacă aparent această formulare nu pare a avea alte conotații decât cele consacrate în actuala reglementare, în condițiile în care, cuvântul „siguranță” nu are un sens independent de cel al cuvântului „libertate”, precizarea legiuitorului este importantă, deoarece siguranța, având o accepțiune care depășește libertatea individuală a persoanei, presupune protecția persoanei împotriva ingerințelor arbitrare ale autorităților publice în dreptul său la libertate, iar reglementările conținute în alin. 2, 4 și respectiv 5 din textul art. 9 al noului Cod de procedură penală, constituie - alături de reglementările specifice privind angajarea răspunderii penale, disciplinare, materiale, etc. a autorităților implicate în instituirea sau executarea acestor măsuri - mijloace prin care este garantată siguranța persoanei, subliniindu-se obligația autorităților judiciare de a garanta efectiv dreptul la libertate al persoanei, prin îndeplinirea cerinței respectării condițiilor prevăzute de lege în instituirea acestor măsuri, referirile la situațiile în care măsura privativă sau restrictivă de libertate a fost dispusă „nelegal”, conducând la această concluzie, fiind menționată cu caracter imperativ necesitatea respectării căilor legale în restricționarea acestui drept, și mai ales caracterul excepțional al instituirii unei măsuri privative sau restrictive de libertate, în aliniatul 2 al textului citat mai sus.

Acest text de lege *enunță* de altfel, *structurat în conținutul aceluiași articol*, spre deosebire de actuala reglementare și *garanții jurisdicționale specifice* privării de libertate, constând în dreptul oricărei persoane arestate de a fi informată în cel mai scurt timp și într-o limbă pe care o înțelege asupra motivelor arestării sale și respectiv dreptul de a formula contestație împotriva dispunerii măsurii, valorizând în mod diferit obligația consacrată în art. 5 paragraful 2 și respectiv în art. 5 paragraful 4 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, putându-se concluziona că obligațiile la care fac referire dispozițiile alin. 4 și 5 din noul Cod de procedură penală și de asemenea consacrarea caracterului excepțional al măsurilor privative sau restrictive de libertate în aliniatul 2 al aceluiași text de lege, constituie o **transpunere a garanțiilor care vizează siguranța persoanei**, care deși nu pot fi dissociate de restul garanțiilor care vizează privarea sau restricționarea dreptului la libertate, se alătură acestor garanții.

În același timp, formularea conținută în art. 9 din noul Cod de procedură penală care vizează dreptul la *libertate și siguranță* reunește în cadrul aceluiași concept *libertatea fizică* a persoanei, prin referirea la măsurile privative de libertate cu *libertatea de mișcare*, referindu-se la măsurile restrictive de libertate care au corespondent în măsurile preventive ale controlului judiciar sau pe cauțiune, în cadrul cărora poate fi instituită interdicția inculpatului de a nu părăsi țara sau localitatea.

O altă particularitate specifică noului Cod de procedură penală, din perspectiva garanțiilor procesuale ale libertății persoanei rezidă în faptul că, subzistă modificări substanțiale în materia măsurilor preventive în general și a măsurilor preventive privative de libertate sau restrictive de libertate în special, întrucât conturează practic o nouă abordare în această materie, valorizându-se în altă modalitate garanțiile specifice libertății persoanei, exemplificându-se în acest sens reglementarea competențelor în această materie în faza de urmărire penală și în procedura de cameră preliminară, reglementarea explicită a principiului proporționalității oricărei măsuri preventive cu gravitatea acuzației aduse unei persoane precum și a principiului necesității unei asemenea măsuri pentru realizarea scopului legitim urmărit prin dispunerea sa; reglementarea necesității informării scrise a persoanei supuse oricărei măsuri preventive asupra tuturor drepturilor pe care legea i le recunoaște; instituirea la nivel de principiu a caracterului excepțional și subsidiar al măsurii arestării preventive în raport cu alte măsuri preventive; reglementarea ca măsuri preventive distincte a măsurii controlului judiciar sau a controlului judiciar pe cauțiune; reformularea cazurilor în care se poate dispune arestarea preventivă a unei persoane; stabilirea unor criterii legale în raport cu care să fie apreciat pericolul concret pentru ordinea publică care poate constitui un temei al arestării preventive în cazul infracțiunilor grave; reglementarea unei noi măsuri preventive respectiv arestul la domiciliu, lărgindu-se astfel posibilitățile de individualizare a măsurilor preventive; instituirea unei durate maxime a arestării preventive și în faza de judecată și instituirea în privința minorilor ca regulă generală, posibilitatea privării de libertate, numai dacă efectele unei astfel de măsuri asupra personalității și dezvoltării lor nu ar fi disproporționate față de scopul legitim urmărit prin luarea măsurii.

S-a evidențiat faptul că noile reglementări instituite prin actul normativ enunțat mai sus, conțin din perspectiva măsurilor preventive privative de libertate și o restrângere a unor garanții procesuale, justificate în expunerea de motive a actului normativ menționat prin scopul desfășurării cu celeritate a procesului penal, abordarea unui punct de vedere din perspectiva justificării unei asemenea restrângeri a garanțiilor procesuale, în raport de scopul enunțat, fiind realizată în cadrul capitolelor următoare, în analiza comparativă cu garanțiile recunoscute în materie de actuala reglementare.

În Secțiunea 2 s-a procedat la definirea și clasificarea garanțiilor procesuale în trei categorii, avându-se în vedere criteriul **modalității de concretizare a mecanismului de protecție** în **garanții de procedură, garanții substanțiale și garanții instituționale**.

În definirea conceptului de garanții procesuale ale libertății persoanei s-a subliniat faptul că, în conținutul acestei noțiuni este cuprins ansamblul **garanțiilor juridice generale** ale respectării legii procesual penale, subsumate ideilor de independență a justiției ca manifestare a principiului preeminenței dreptului și de așezare a procesului penal pe principii fundamentale democratice, concretizate în normele constituționale și în principiile directoare ale procesului penal, la care se adaugă **garanții specifice**, particularizate în raport de faza procesului penal și natura drepturilor procesuale ocrotite prin aceste garanții.

Garanțiile procesuale ale libertății persoanei, se circumscriu sferei de referință a **garanțiilor juridice** fără însă a se identifica cu acestea, întrucât conțin, alături de elementele incluse în această categorie generală și aspecte particularizate, *specifice domeniului ocrotit prin instituirea acestora*.

Garanțiile procesuale specifice dreptului la libertatea persoanei, în accepțiunea extinsă a noțiunii de libertate, sunt definite ca fiind o construcție normativă care conține garanții instituționale, garanții de procedură și garanții substanțiale, reprezentând ansamblul mijloacelor juridice care asigură inviolabilitatea persoanei fiind circumscrise conceptului unic de garanții procesuale în sens larg, în condițiile în care, restricționarea dreptului la libertatea individuală și la libertatea de mișcare intervine cu precădere în cadrul unei proceduri judiciare respectiv al unui proces penal.

Garanțiile procesuale ale libertății persoanei, în accepțiunea extinsă a acestui concept, reprezintă ansamblul mecanismelor prin care este asigurată respectarea dreptului la libertate recunoscut de lege participanților în procesul penal, respectiv învinutului sau inculpatului cu referire la care pot fi dispuse asemenea măsuri, de natură a asigura ocrotirea acestui drept în aplicarea instituțiilor procesuale sau în luarea unor măsuri procesuale în cadrul procesului penal, astfel încât privarea sau restricționarea acestui drept să fie legitimă.

Pornind de la abordarea conform căreia, garanțiile procesuale ale libertății persoanei constituie ansamblul mijloacelor prin care este asigurat dreptul la libertate al învinutului sau inculpatului, în cadrul procesului penal, acestea au fost clasificate după cum mecanismul de protecție se concretizează în condiții care vizează autoritatea cu atribuții în materia

dreptului la libertate, procedura sau în condiții de fond, în **garanții instituționale**, care privesc competențele autorităților judiciare cu atribuții în materia dreptului la libertate, **garanții de procedură**, care condiționează valabilitatea actelor procesuale sau procedurale după caz și **garanții substanțiale** reprezentate de condițiile de fond prevăzute de lege pentru instituirea unor măsuri privative sau restrictive de libertate.

Categoria **garanțiilor de procedură** a fost structurată de asemenea în două categorii distincte, după cum mecanismul de protecție se concretizează în condiții care vizează valabilitatea actelor procesuale sau procedurale în **garanții procesuale în sens restrâns**, care vizează valabilitatea actelor procesuale și **garanții procedurale** care condiționează valabilitatea actelor procedurale.

Această clasificare a garanțiilor de procedură este justificată de faptul că măsurile prin care se dispune privarea sau restricționarea dreptului la libertatea persoanei în procesul penal, respectiv actul de dispoziție al autorității judiciare competente să dispună privarea sau restricționarea dreptului la libertate se concretizează în **acte procesuale** și se materializează în **acte procedurale**, condițiile prevăzute de lege pentru valabilitatea acestora constituind, în esență, alături de celelalte elemente evidențiate mai sus, garanții ale unei privări sau restricționări legitime de libertate.

Garanțiile procesuale specifice dreptului la libertate al persoanei, în accepțiunea extinsă a conceptului, sunt concretizate așadar în **ansamblul reglementărilor care definesc componenta autorității jurisdicționale și ale autorității Ministerului Public** din perspectiva **competențelor și atribuțiilor** în materia privării respectiv restricționării dreptului la libertate, precum și reglementările care vizează **condițiile de fond și de formă** în care pot fi instituite măsuri.

Componentele specifice autorității jurisdicționale, respectiv puterii judecătorești și autorității Ministerului Public, care intră în sfera **garanțiilor instituționale**, prezintă relevanță din perspectiva exigențelor care vizează controlul jurisdicțional al arestării sau detenției impus de art. 5 paragraful 3 și respectiv paragraful 4 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, prevalând în mod firesc competențele autorității jurisdicționale în această materie.

Garanțiile de procedură, cu cele două componente - respectiv garanții procesuale în sens restrâns și garanții procedurale, se impun a fi respectate în considerarea condiției „regularității” detenției, exprimată prin sintagma „potrivit căilor prevăzute de lege” conținută în paragraful 1 al art. 5 din Convenția Europeană de Drepturilor Omului.

Garanțiile instituționale specifice libertății persoanei sunt concretizate în ansamblul reglementărilor care definesc **componenta autorităților judiciare**, respectiv ale **puterii judecătorești și ale Ministerului Public**, identificându-se cu **garanțiile pe care fiecare dintre autoritățile numite mai sus le pot oferi din perspectiva atribuțiilor și competențelor specifice în această materie**.

Garanțiile instituționale fiind circumscrise conceptelor de *independență și imparțialitate a autorităților judiciare*, s-a procedat la analiza conținutului acestora, conceptele de *independență* și respectiv de *imparțialitate* având semnificații diferite, presupunând realizarea unor condiții specifice, constituind substanța unui principiu unic care condiționează legitimitatea unei privări de libertate care intră în sfera de protecție a dreptului prevăzut de art. 5 paragraful 1 lit. c din norma convențională citată mai sus, fiind de esență garantării acestui drept, exercitarea unui control jurisdicțional al privării de libertate de către o autoritate care să presupună îndeplinirea acestor condiții.

A fost precizată sfera de aplicare a garanțiilor de independență și imparțialitate prin raportare la condiția ***independenței și imparțialității magistratului care exercită controlul jurisdicțional în materia arestării sau detenției preventive***, instituită în considerarea necesității respectării cerinței prevăzute în conținutului dreptului prevăzut de art. 5 paragraful 3 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, care vizează controlul automat al legalității măsurii constând în prezentarea „de îndată” a persoanei arestate sau deținute înaintea unui judecător sau a altui magistrat împuternicit prin lege cu exercitarea atribuțiilor judiciare, care să aibă capacitatea de a dispune eliberarea, dacă constată că măsura este nelegală sau netemeinică, la condiția *independenței și imparțialității magistratului însărcinat cu controlul unei arestării sau detenții* dispuse în vederea conducerii unei persoane în fața unui tribunal, referirea

vizând problematica menținerii în detenție preventivă în cursul procesului penal, respectiv condiția de independență și imparțialitate a magistratului care se pronunță asupra prelungirii detenției provizorii, la cerința *independenței și imparțialității* impusă *tribunalului care judecă recursul* la care se referă art. 5 paragraful 4 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, respectiv instanței care examinează legalitatea măsurii privative de libertate, prin raportare la cerințele de procedură și de fond necesare pentru a se dispune o asemenea măsură.

Abordarea analizei conținutului conceptelor de independență și imparțialitate ale autorităților judiciare cu atribuții în materia privării sau restricționării libertății persoanei, realizată în mod diferențiat prin raportare la independența și imparțialitatea puterii judecătorești și a autorității Ministerului Public a fost *realizată atât prin raportare la standardele europene* de protecție ale dreptului la libertate, dar și la ***vulnerabilitățile*** conceptului de independență a judecătorului în contextul actual de reglementare din perspectiva ***protecției acestuia de influențe nepotrivite, presiuni, amenințări sau intervenții, directe sau indirecte, din partea celorlalte puteri ale statului respectiv puterea politică și puterea executivă, dar și în ceea ce privește protecția acestora de presiunile exercitate de diferite grupuri de interese, inclusiv prin mijloacele mass-media***. Pornind de la principiul conform căruia garantarea independenței judecătorilor presupune și existența unei protecții adecvate împotriva presiunilor exterioare și că nu poate fi apreciată ca suficientă afirmarea acestui principiu, fără construcția normativă a acelor instrumente de natură a oferi o protecție adecvată și din acest punct de vedere, au fost evidențiate situații concrete în care s-au manifestat aceste vulnerabilități

prin intervenția puterii politice sau executive dar și a grupurilor de presiune, prin observații privind instrumentarea și soluționarea anumitor dosare aflate în curs de judecată apte a influența exercitarea funcțiilor judiciare, la percepția sistemului judiciar asupra modului în care este asigurată independența sistemului judiciar și care conturează inexistența unei reale protecții a judecătorilor împotriva presiunilor exterioare. S-a subliniat faptul că aceste presiuni aduc atingere nu doar *independenței funcționale* prin diminuarea încrederii pe care într-o societate democratică autoritățile judiciare trebuie să o inspire justițiabililor ci și *independenței personale* prin contestarea acelor capacități și respectiv calități ale judecătorului investit cu soluționarea unei propuneri de luare a măsurilor preventive mai ales cele privative de libertate, indispensabile pentru exercitarea funcției și care prezintă o relevanță majoră din perspectiva noțiunii de independență, în raport de cerința aparenței presupusă de acest concept .

Din perspectiva garanțiilor instituționale s-a evidențiat faptul că, o componentă esențială a independenței judecătorului, o constituie și reglementarea cuprinsă în art. 126 alin 3 din Constituția României care definește *rolul Înaltei Curți de Casație și Justiție în asigurarea interpretării și aplicării unitare a legii*, transpusă în reglementările conținute în legile speciale respectiv în normele de procedură, care sunt esențiale din perspectiva garanției de independență a judecătorului întrucât ***afirmă rolul creator al judecătorului între lege și drept, consolidând astfel puterea judecătorului în raporturile cu puterea legislativă și cea executivă, prin impunerea regulii de drept statului, în contextul unor reglementări ambigue, insuficiente sau contrare exigențelor impuse de necesitatea respectării drepturilor și valorilor fundamentale.***

Aceasta deoarece se creează prin aceste reglementări acel ***echilibru dintre judiciar și legislativ***, care *controlează judiciarul prin puterea de a stabili instanțele judecătorești, competența și procedura de urmat* conform reglementărilor art. 126 din Constituția României, prin ***afirmarea rolului jurisprudenței în situațiile menționate, care nu constituie o simplă aplicare a legii ci creează reguli generale, având prin aceasta o funcție normativă, autonomizând judiciarul în cadrul normei statale, autonomie care afirmă și accentuează independența judecătorului.*** Relevantă din perspectiva acestei componente a conceptului de independență a judecătorului, este reglementarea conținută în Noul Cod de procedură penală, adoptat prin Legea nr. 135/2010, prin noua abordare a instituției recursului în interesul legii, conținută în art. 471-474 noul Cod de procedură penală accentuându-se independența judecătorului, impunerea regulii de drept statului realizându-se în mod determinant, fiind analizate din aceeași perspectivă și modificarea prin art. XVIII pct. 57 din Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor a dispozițiilor art. 414² Codul de procedură penală. S-a subliniat faptul că aceste reglementări, ca și cele existente în această materie în actualul Cod de procedură penală, din perspectiva conceptului de independență a judecătorului au și o altă conotație, ***obligația uniformizării practicii judiciare și aplicarea unitară a legii*** constituind în sine o garanție indispensabilă respectării drepturilor recunoscute părților din proces, mai ales în materia dreptului la libertate.

Din perspectiva autorității Ministerului Public, *semnificația conceptului de independență este diferită, abordând problematica independenței procurorilor în soluțiile dispuse, cu limitările specifice acestui concept, procedându-se și la o analiză critică a modificărilor aduse din această perspectivă prin introducerea art. 217¹ Cod procedură penală în actualul Cod de procedură penală, în temeiul art. XVIII pct. 27 din Legea nr. 202/2010. S-a subliniat faptul că aceste reglementări fac inefficientă garanția conținută în art. art. 64 alin. 4 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară, republicată și modificată, prin instituirea unei forme de prorogare a competenței acestora la dispoziția procurorului general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, cu consecințe și din perspectiva stabilirii instanței competente a soluționa cauza în fond, fapt care poate pune în discuție principiul egalității părților în proces **dar și aparența de imparțialitate** a judecătorilor, reglementarea contravenind Recomandării nr. 2000(19) a Comitetului de Miniștri ai Consiliului Europei privind rolul Ministerului Public în sistemul judiciar penal.*

În ceea ce privește garanția de imparțialitate a judecătorului, a fost analizată diferențierea între *componenta funcțională și componenta personală*, făcându-se referire la aspectele neunitare existente în jurisprudența națională, din această perspectivă evidențiate în cuprinsul Minutelor întâlnirii membrilor Comisiei „Unificarea practicii judiciare” din cadrul Consiliului Superior al Magistraturii cu președintele Secției penale a Înaltei Curți de Casație și Justiție și președinții secțiilor penale ale curților de apel, la interpretări care din derivă posibilitatea numirii în funcția de judecător a unui un magistrat care a exercitat anterior funcția de procuror, fiind prezentate și situații recente incidente în practica judiciară în care, procurorul numit în funcția de judecător exercită atribuțiile specifice acestei funcții, fără a fi asigurată îndeplinirea condițiilor prevăzute de lege.

Din perspectiva garanțiilor de imparțialitate, a fost prezentată **concepția noului Cod de procedură penală, care consolidează garanțiile instituționale în materia dreptului la libertate și siguranța persoanei fiind enunțate argumentele care conduc la această concluzie**, fiind subliniate de asemenea în cadrul analizei garanțiilor instituționale în ceea ce privește competențele în materia măsurilor preventive privative sau restrictive de libertate schimbările intervenite în actuala reglementare în temeiul art. XVIII pct. 16 din Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor cu privire la organele judiciare competente a constata încetarea de drept a măsurilor preventive, extinzând rolul procurorului în această materie, prin modificarea art. 140 alin. 3 din Codul de procedură penală, modificarea fiind conformă competențelor recunoscute de noul Cod de procedură penală, prin dispozițiile art. 241 alin. 2.

În cadrul aceleiași secțiuni au fost abordate **garanțiile de procedură specifice libertății persoanei**, reprezentând conceptual **ansamblul reglementărilor care definesc condițiile de valabilitate ale actelor procesuale prin care se instituie măsurile preventive privative sau restrictive de libertate și condițiile de valabilitate ale actelor procedurale în care se concretizează dispoziția autorităților judiciare cu referire la acest aspect.**

Categoria *garanțiilor de procedură* a fost structurată după cum **mecanismul de protecție se concretizează în condiții** care vizează **valabilitatea actelor procesuale sau procedurale** în **garanții procesuale în sens restrâns**, care vizează valabilitatea actelor procesuale și **garanții procedurale sau formale** care condiționează valabilitatea actelor procedurale.

Subdivizionarea garanțiilor de procedură, în cele două categorii este justificată de faptul că, din punct de vedere teoretic și normativ, reprezintă **două specii diferite prin conținutul funcțiunea și finalitatea lor**, importanța acestei diferențieri prezentând interes nu doar din perspectivă teoretică ci mai ales **practică**, întrucât și relevanța acestora în contextul măsurilor preventive privative sau restrictive de libertate este diferită. Sfera garanțiilor de procedură instituite în materia măsurilor preventive **particularizează procedura judiciară** aferentă luării acestor măsuri de activitatea judiciară principală, fiind instituite reguli specifice derogatorii de la regulile generale aplicabile în procesul penal, realizându-se o construcție normativă caracterizată nu doar printr-un caracter *adiacent* în raport cu activitatea judiciară principală dar și *specific*, rezultând din natura dreptului ocrotit.

Procedura judiciară a luării măsurilor preventive - din perspectiva ansamblului garanțiilor procesuale în semnificația restrânsă a conceptului și respectiv a garanțiilor procedurale, respectiv formale – poate fi definită așadar ca fiind o **procedură judiciară subsecventă** activității principale, având o **configurație juridică proprie**, determinată de natura dreptului ocrotit dar și de caracterul derivat în raport cu activitatea judiciară principală. În derularea acesteia, regulile generale aplicabile în procesul penal prezintă particularități specifice și derogări care o diferențiază de activitatea judiciară principală, vizând în esență modul de aplicare a *principiului contradictorialității în faza de urmărire penală* și în faza de judecată, a principiului publicității ședinței de judecată, caracterul specific al acestei proceduri jurisdicționale concretizându-se mai ales în construcția normativă a garanțiilor procesuale în sens restrâns și a garanțiilor procedurale sau formale, fiind particularizată de faptul că presupune o adaptare și corelare unei alte discipline procesuale, caracterizate printr-un dinamism accentuat, impus de cerința evitării unei privări arbitrare de libertate.

Garanțiile procesuale în sens restrâns sunt definite ca fiind **ansamblul reglementărilor care condiționează valabilitatea actelor procesuale** prin care se dispune luarea măsurilor preventive privative sau restrictive de libertate, existând elemente comune tuturor categoriilor de măsuri preventive dar și diferențieri în raport de natura acestora, fiind circumscrise acestei categorii următoarele : a. *Condițiile în care dreptul la libertatea fizică sau de mișcare poate fi restricționat în cursul procesului penal sunt strict reglemente de lege, iar măsurile preventive prin care se dispune privarea sau restricționarea dreptului la libertate au caracter limitativ ; b. Privarea sau restricționarea dreptului la libertate ca măsură de prevenție poate fi dispusă numai în cursul unui proces penal ; c. Caracterul provizoriu al măsurilor preventive privative sau restrictive*

de libertate, care rezultă din obligația înlocuirii sau revocării acestora în situația în care nu mai subzistă împrejurările care au justificat instituirea acestora, și respectiv din obligația de a constata încetarea de drept a măsurilor în cazurile prevăzute de lege; d. Limitarea în timp a duratei măsurilor privative sau restrictive de libertate, inclusiv a perioadelor pentru care poate fi prelungită și reglementarea explicită a situațiilor în care este posibilă o asemenea măsură; e. Reglementarea controlului legalității și oportunității măsurilor preventive privative sau restrictive de libertate; f. Instituirea unui sistem de reglementare specific a duratei și modului de calcul al termenelor substanțiale și procedurale în materia măsurilor preventive; g. Dreptul la reparație recunoscut oricărei persoane care a fost, în cursul procesului penal, privată de libertate sau căreia i s-a restrâns libertatea ilegal sau pe nedrept, reglementat prin art. 5 alin. 4 și respectiv prin art. 504 alin. 2 Cod procedură penală;

Garanțiile procedurale sau formale ale libertății persoanei se concretizează în ansamblul reglementărilor care condiționează valabilitatea actelor procedurale emise în executarea actelor procesuale prin care se dispune luarea măsurilor preventive privative sau restrictive de libertate, având caracterul **unor garanții procedurale acele mențiuni prevăzute de lege care atestă respectarea garanțiilor procesuale, permițând un control asupra modului de aducere la îndeplinire a actelor procesuale și obligând autoritățile judiciare să respecte dispozițiile legii în instituirea măsurilor preventive privative sau restrictive de libertate**, definiție care subliniază caracterul formal al acestora, fapt care permite încadrarea lor în categoria garanțiilor formale.

Garanțiile procedurale deși aparent au un caracter preponderent formal, în substanța lor au un caracter complex, concentrând în conținut și elemente care aparțin garanțiilor procesuale în sens restrâns. În condițiile în care materializarea lor se transpune în mod necesar în cuprinsul unui act procedural, au fost încadrate în categoria garanțiilor procedurale, condițiile de formă fiind esențiale pentru asigurarea scopului în care au fost instituite. Au fost încadrate în această categorie următoarele: a. *Obligația autorităților judiciare de a aduce la cunoștința învinutului sau inculpatului față de care urmează a se lua măsura preventivă drepturile recunoscute prin art. 143 alin. 3 Cod procedură penală (cu evidențierea practicilor abuzive în exercitarea acestui drept); b. Obligația ascultării învinutului sau inculpatului față de care se dispune o măsură preventivă privativă sau restrictivă de libertate în prezența apărătorului ales sau din oficiu; c. Obligația de a se aduce la cunoștința celui arestat sau reținut de îndată în limba pe care o înțelege a motivelor reținerii sau ale arestării preventive și a învinuirii în cel mai scurt termen; obligația aducerii la cunoștință a învinuirii numai în prezența unui avocat ales sau desemnat din oficiu; d. Încunoștințarea unui membru al familiei sau a altei persoane desemnată de învinuit sau inculpat despre luarea măsurii; e. Dreptul recunoscut persoanei reținute sau arestate de a lua contact cu apărătorul, asigurându-se confidențialitatea convorbirilor; f. Obligația motivării propunerilor privind luarea măsurilor preventive; g. Obligația întocmirii minutei de judecător și respectiv de instanță și în situația în care judecătorul sau instanța s-a pronunțat prin încheiere asupra măsurii arestării*

preventive; h. *Obligația motivării ordonanței respectiv a hotărârii prin care se dispune măsura preventivă privativă sau restrictivă de libertate*; i. *Conținutul mandatului de arestare preventivă*; j. *Executarea mandatului de arestare și încarcerarea deținuților*; k. *Obligația comunicării în situația constatării încetării de drept a măsurii arestării preventive*.

Garanțiile substanțiale ale libertății persoanei se circumscriu condițiilor de fond în care este posibilă instituirea măsurilor preventive, privative sau restrictive de libertate, caracterul de garanții substanțiale al condițiilor de fond impuse în situația privării sau restricționării libertății individuale fiind definit de funcționalitatea acestora, întrucât previn arbitrariul în luarea măsurii arestării preventive.

Gradul de precizie fiind redus comparativ cu al celorlalte garanții specifice libertății individuale iar modul de reglementare abstract, prin abordarea unor formulări imprecise, nedefinite de lege, a generat în jurisprudența națională interpretări diferite ale unor concepte, în lipsa unui mecanism eficient pentru uniformizarea practicii judiciare. Se poate spune că aplicarea acestor garanții, care presupune în mod necesar și raportarea la circumstanțele concrete ale cauzei, constituie elementul vulnerabil în jurisprudența națională în aplicarea reglementărilor specifice libertății persoanei, nefiind asigurat acel echilibru indispensabil între dreptul la libertate și necesitatea intervenției autorităților în acest domeniu, neexistând o viziune uniformă și consecventă în interpretarea dispozițiilor care reglementează condițiile de fond care fac posibilă o asemenea intervenție.

Nu este mai puțin adevărat că acest domeniu al garanțiilor substanțiale asigură posibilitatea pentru judecător de a demonstra *forța argumentului juridic*, iar valențele presupuse de conceptul de libertate individuală pot căpăta consistență coerentă și logică.

Garanțiile substanțiale ale libertății persoanei au fost structurate față de conținutul reglementărilor în *garanții generale*, comune tuturor formelor de ingerință în libertatea persoanei și *garanții specifice* anumitor forme care vizează măsurile preventive privative de libertate, fiecare dintre aceste garanții, reprezentând din punct de vedere al specificității, *temeiuri generale* ale luării măsurilor preventive, reprezentând acele condiții generice, neconcretizate în elemente determinate (fiind enunțate în art. 136 alin. 1 Cod procedură penală, presupunând o condiție negativă și respectiv o condiție pozitivă), sau *temeiuri specifice*, care la rândul lor pot fi *de fapt* (cele reglementate în art. 143 alin. 1 Cod procedură penală, constând în existența indiciilor temeinice că s-a săvârșit o faptă prevăzută de lege penală) și *de drept*, acestea din urmă fiind concretizate în textul alin. 1 al art. 148 din Codul de procedură penală.

Garanțiile generale, sunt comune tuturor formelor de ingerință în libertatea persoanei, incluzând în cuprinsul lor, atât *temeiurile generale* ale luării măsurilor preventive, cât și *temeiuri de fapt*, vizând cerința *existenței unor probe sau indicii temeinice că persoana în cauză a săvârșit o faptă prevăzută de legea penală, posibilitatea luării măsurilor preventive numai în cauzele privitoare la infracțiuni pedepsite cu detențiune pe viață*

sau cu închisoare, caracterul necesar al măsurii determinat de scopul asigurării bunei desfășurări a procesului penal sau pentru a se împiedica sustragerea învinuitului sau inculpatului de la urmărirea penală, de la judecată, sau de la executarea pedepsei.

Alături de aceste garanții comune, în cazul măsurilor preventive privative de libertate Codul de procedură penală instituie și o garanție substanțială specifică măsurilor, constând în necesitatea *existenței unuia dintre cazurile prevăzute de art. 148 alin. 1 Cod procedură penală.*

Reglementarea cazurilor în care pot fi dispuse măsurile preventive privative de libertate, respectiv a temeiurilor de drept care justifică măsura arestării preventive constituie o garanție substanțială a libertății persoanei întrucât asigură protecție împotriva unei privări arbitrare de libertate, fiind abordată analiza diferențiată între actuala reglementare și cea prevăzută în noul cod de procedură penală.

Reglementările interne și reglementările internaționale aplicabile în materia dreptului la libertate al persoanei din perspectiva evoluției legislative sunt abordate într-o secțiune distinctă.

În Capitolul II au fost analizate garanții ale libertății persoanei în materia reținerii, din perspectiva compatibilității cu exigențele art. 5 paragraful 1 lit. c din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, condițiile reținerii și deosebiri în raport cu arestarea preventivă, autoritatea judiciară competentă și procedura reținerii, procedura plângerii împotriva măsurii reținerii prevăzută de art. 140¹ Cod procedură penală și compatibilitatea cu exigențele art. 5 paragraful 4 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, reguli speciale privind reținerea preventivă a minorilor, cu abordarea problematicii din perspectiva garanțiilor procesuale atât cele recunoscute de actuala reglementare cât și cele conținute în noul cod de procedură penală, cu evidențierea problematicilor de practică judiciară neunitară în materie.

Capitolul III cuprinde analiza garanțiilor libertății persoanei în materia arestării preventive, fiind abordate în secțiuni distincte garanțiile impuse de art. 5 paragraful 3 din Convenția europeană în privința organului judiciar competent să dispună măsura arestării preventive, analizându-se conținutul acestei garanții și cadrul de reglementare, competența luării măsurii arestării preventive în faza de urmărire penală, în faza jurisdicțională, autoritatea judiciară competentă a dispune arestarea învinuitului la instanța de judecată, particularitățile specifice competenței funcționale a judecătorului care dispune arestarea preventivă în cursul urmăririi penale, cu analiza semnificației noțiunii de „competență” din perspectiva standardului european de protecție și a particularităților specifice dreptului intern și respectiv particularitățile specifice competenței funcționale a instanțelor care dispun arestarea preventivă în faza jurisdicțională.

Au fost evidențiate reglementări care restricționează capacitatea instanței de fond, de a dispune punerea în libertate a persoanei arestate preventiv fiind argumentată și necesitatea stabilirii unor temeiuri specifice exclusiv fazei de judecată, sub aspectul capacității instanței de a dispune eliberarea persoanei fiind analizate condițiile impuse

de cerința specializării, fiind abordată de asemenea și problema *competenței instanței care dispune arestarea preventivă în cazul infracțiunilor de audiență de a analiza legalitatea arestării preventive și de a dispune eliberarea persoanei arestate.*

Garanțiile de independență și imparțialitate impuse de art. 5 paragraful 3 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului autorităților judiciare competente a dispune arestarea preventivă au constituit de asemenea obiectul analizei în cadrul unei secțiuni distincte din cadrul aceluiași capitol, fiind abordată problematica independența autorităților judiciare care dispun arestarea preventivă, a imparțialității autorităților judiciare care dispun arestarea preventivă, particularitățile garanției de imparțialitate a judecătorului care dispune arestarea preventivă în faza de urmărire penală, particularitățile garanției de imparțialitate în privința instanței care dispune arestarea preventivă în cursul judecății și respectarea exigenței de procedură privind ascultarea învinutului sau inculpatului, abordarea fiind raportă la aplicații jurisprudențiale.

Condițiile și temeiurile arestării preventive în dreptul intern prin prisma prevederilor art. 5 paragraful 1 lit. c din Convenția Europeană a Drepturilor omului au fost analizate de asemenea în cuprinsul unei secțiuni, fiind prezentate cerințele de interpretare din perspectiva jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului, *temeiurile de fapt ale arestării preventive constând în existența probelor sau indiciilor temeinice, fiind determinată noțiunea de „faptă prevăzută de legea penală” și abordată problematica conformității faptelor materiale pe care este fondată acuzația cu încadrarea juridică reținută prin actul de sesizare și respectiv temeiurile de drept ale arestării preventive, atât cele prevăzute în actuala reglementare cât și în noul Cod de procedură penală.*

În secțiunea 4 din același capitol a fost analizată compatibilitatea procedurii recursului împotriva încheierilor privind măsura arestării preventive dispusă de judecător cu procedura habeas corpus prevăzută de articolul 5 paragraful 4 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului fiind analizate efectele evoluției legislative în materia organului juridic competent a dispune arestarea preventivă asupra controlului de legalitate impus de art. 5 paragraf 4 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, problematica controlul de legalitate al măsurii preventive privative de libertate în calea de atac exercitată împotriva încheierilor pronunțate de judecător în materia arestării preventive, condițiile de exercitare a recursului împotriva încheierii pronunțate de judecător în cursul urmăririi penale, titularii dreptului de recurs împotriva încheierii pronunțate de judecător în cursul urmăririi penale privind luarea măsurii arestării preventive, limitarea în timp a exercițiului dreptului de recurs consacrat în art. 140³ Cod procedură penală, formele de exercitare a recursului împotriva încheierilor pronunțate de judecător în cursul urmăririi penale privind luarea măsurii arestării preventive, efectele declarației de recurs împotriva încheierii pronunțate de judecător în cursul urmăririi penale, privind soluționarea propunerii de luare a măsurii arestării preventive, din perspectiva compatibilității cu cerințele prevăzute de articolul 5 paragraful 4 din Convenția Europeană, procedura de judecată a recursului împotriva încheierilor pronunțate de judecător în cursul urmăririi penale privind luarea măsurii arestării preventive, reglementat de articolul 140³ Cod

procedură penală și compatibilitatea cu cerințele prevăzute de articolul 5 paragraful 4 din Convenția europeană.

Secțiunea 5 din cadrul aceluiași capitol se referă la procedura de judecată a recursului împotriva încheierilor pronunțate de instanța de judecată în cursul judecării privind măsurile preventive reglementat de art. 141 Cod procedură penală și compatibilitatea cu exigențele art. 5 paragraful 4 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, iar secțiunea 6 la durata rezonabilă a măsurii arestării preventive și dreptul de a obține liberarea provizorie în cursul procedurii, fiind analizată din această ultimă perspectivă durata arestării preventive în faza de urmărire penală și procedura prelungirii măsurii arestării preventive a inculpatului, problematica inexistenței unei durate determinate a arestării preventive în faza de judecată și procedura verificării periodice a măsurii arestării preventive în cursul judecării și respectiv reguli speciale privind arestarea preventivă a minorilor.

Capitolul 5 conține o analiză a **garanțiilor libertății persoanei în procedurile privind măsurile preventive restrictive de libertate și compatibilitatea acestora cu prevederile art. 2 din Protocolul nr. 4 la Convenția Europeană a Drepturilor Omului**, fiind abordată o analiză a categoriilor măsurilor restrictive de libertate și alternative la detenție și o delimitare a acestora de liberarea provizorie sub control judiciar sau pe cauțiune, în condițiile în care în jurisprudența națională au fost evidențiate confuzii între aceste categorii de măsuri.

A fost abordată în secțiuni distincte analiza condițiilor și temeiurilor de luare a măsurilor restrictive de libertate, a competenței organului judiciar (în faza de urmărire penală și în faza de judecată), procedura luării măsurilor preventive restrictive de libertate și respectiv durata măsurilor în faza de urmărire penală și procedura de prelungire, efectele inexistenței unei durate determinate în faza de judecată din perspectiva jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului în această materie.

O secțiune distinctă din cadrul aceluiași capitol se referă la garanțiile libertății persoanei în procedurile de extrădare și de executare a mandatului european de arestare fiind subliniate diferențierile conceptuale între arestarea preventivă și arestarea provizorie și analizate diferențiat *garanțiile libertății persoanei în procedura de extrădare și garanțiile libertății persoanei în procedura mandatului european de arestare*.

Abordarea fiecăreia dintre aceste categorii de garanții s-a realizat de asemenea prin raportare la o analiză jurisprudențială concentrată în special pe opiniile diferite enunțate în practica instanțelor de judecată, fiind evidențiată diversitatea interpretărilor și chiar inconsecvența în definirea unor concepte specifice, dar și dificultatea procesului de adaptare legislativă, în condițiile în care modificările legislative succesive nu au fost de natură a înlătura dezbaterea și controversele în aplicarea reglementărilor privind dreptul la libertate ci chiar le-au generat și susținut prin formulări abstracte sau prin necorelarea reglementărilor incidente în această materie, fapt care de altfel justifică utilitatea temei, cu atât mai mult cu cât analiza s-a raportat și la reglementările conținute în noul Cod de procedură penală.