

Revista de Științe Juridice



Centrul de Cercetări Juridice de Drept Privat – Craiova

SISTEMUL JURIDIC ÎNTRE STABILITATE ȘI REFORMĂ

Coordonator număr:

Prof. univ. dr. Ion DOGARU

Membriu corespondent al Academiei Române



Vol. 25, nr. 1/2014

Editat de **S.C. Universul Juridic S.R.L.**

Copyright © **S.C. Universul Juridic S.R.L.**

Toate drepturile asupra prezentei ediții aparțin

S.C. Universul Juridic S.R.L.

Nicio parte din acest volum nu poate fi copiată fără acordul scris al
S.C. Universul Juridic S.R.L.

REDACTIE: tel./fax: **021.314.93.13**
tel.: **0732.320.666**
email: **redactie@universuljuridic.ro**

DEPARTAMENTUL tel.: **021.314.93.15**
DISTRIBUȚIE: fax: **021.314.93.16**
email: **distributie@universuljuridic.ro**

www.universuljuridic.ro

ISSN: 1454-3699

Principiile de publicare sunt postate pe site-ul revistei:
<http://drept.ucv.ro/RSJ>

Materialele pot fi trimise în vederea publicării pe adresa:
rsj@universuljuridic.ro

REVISTA DE ȘTIINȚE JURIDICE

Redactor-șef:

Prof. univ. dr. SEVASTIAN CERCEL – Decan al Facultății de Drept și Științe Sociale,
Universitatea din Craiova

Editor executiv:

Conf. univ. dr. LUCIAN BERND SĂULEANU – Facultatea de Drept și Științe Sociale,
Universitatea din Craiova

Secretar de redacție:

Lect. univ. dr. FLORIN MANGU – Prodecan al Facultății de Drept și Științe Administrative,
Universitatea de Vest din Timișoara

COLEGIUL ȘTIINȚIFIC:

Prof. dr. **Patrick Charlot** – Universitatea Bourgogne din Dijon, Franța, Director al Școlii
Doctorale și al Centrului de Studii Cercetări Juridice și Politice
Prof. univ. dr. **Yan Laidie** – Universitatea Bourgogne din Dijon, Franța
Prof. univ. dr. **Mihael Martinek** – Universitatea Saarland din Saarbrücken, Germania
Prof. dr. **Nicolas Queloz** – Universitatea din Fribourg, Elveția, fost Decan al Facultății de
Drept, Președinte al Asociației Criminologilor de Limbă Franceză

* * *

Conf. univ. dr. **Flavius Baias** – Universitatea din București, Decan al Facultății de Drept
Prof. univ. dr. **Dan Claudiu Dănișor** – Rector al Universității din Craiova
Prof. univ. dr. **Gabriel Boro** – Rector al Universității „Nicolae Titulescu” din București
Prof. univ. dr. **Eugen Chelaru** – Universitatea din Pitești, Decan al Facultății de Științe Juridice
și Administrative
Prof. univ. dr. **Ion Dogaru** – Universitatea din Craiova, membru corespondent al Academiei
Române
Prof. univ. dr. **Ioan Leș** – Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept
Prof. univ. dr. **Radu I. Motica** – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de
Drept și Științe Administrative
Prof. univ. dr. **Nicolae Popa** – fost Președinte al Curții Constituționale a României, fost
Președinte al Înaltei Curți de Casație și Justiție
Prof. univ. dr. **Tudorel Toader** – Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Decan al
Facultății de Drept
Prof. univ. dr. **Paul Vasilescu** – Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca,
Facultatea de Drept

COLEGIUL DE REDACȚIE:

Prof. univ. dr. **Edmond Gabriel Olteanu** – Prorector
al Universității din Craiova, Facultatea de Drept și
Științe Sociale

Prof. univ. dr. **Călina Jugastru**, Universitatea „Lucian
Blaga” din Sibiu, Decan al Facultății de Drept
„Simion Bărnuțiu”

Prof. univ. dr. **Florin Streteanu**,
Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca
Decan al Facultății de Drept

Conf. univ. dr. **Lucian Bercea**, Universitatea de
Vest Timișoara, Decan al Facultății de Drept și
Științe Administrative

Conf. univ. dr. **Daniel Ghiță**, Universitatea din
Craiova, Facultatea de Drept și Științe Sociale

Lect. univ. dr. **Sebastian Spinei**,
Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu,
Facultatea de Drept „Simion Bărnuțiu”

Conf. univ. dr. **Daiana Maura Vesmaș**,
Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu
Facultatea de Drept „Simion Bărnuțiu”

Conf. univ. dr. **Ruxandra Răducanu**,
Universitatea din Craiova, Facultatea de
Drept și Științe Sociale

Prof. univ. dr. **Radu Catană** – Prorector,
Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca,
Facultatea de Drept

Editura UNIVERSUL JURIDIC



*Baze de date internaționale recunoscute pentru domeniul științelor juridice
conform ordinului ministrului ECTS nr. 6560/2012*

Revista de Științe Juridice este indexată în EBSCO, Heinonline și Index Copernicus

CUPRINS

Impreviziunea contractuală și imposibilitatea fortuită de executare. Analiză de drept comparat <i>Radu I. MOTICA</i> <i>Virgiliu Flavius BRADIN</i>	9
Părăsirea locului accidentului prin prisma reglementării din Codul rutier și din noul Cod Penal <i>Tiberiu MEDEANU</i>	25
Influența dreptului european asupra litigiilor fiscale din România..... <i>Radu BUFAN</i>	32
Regimul juridic al declarațiilor fiscale în România <i>Cristina ONET</i>	41
Reguli generale ale dreptului internațional privat consacrate în Noul Cod Civil și Noul Cod de Procedură Civilă, cu o sferă de aplicare mai restrânsă decât ar indica formularea lor <i>Sergiu POPOVICI</i>	54
Cesiunea de creanță în noul Cod civil <i>Sebastian CERCEL</i> <i>Ștefan SCURTU</i>	64
Reformarea căilor de atac de reformare în noul Cod de procedură civilă <i>Daniel GHITĂ</i>	80
The theory of unforeseeability in Romanian and German law <i>Mădălin SAVU-TICU</i>	96
The sequestration <i>Granit SHAHU</i>	107
Câteva considerații de doctrină și practică judiciară privind răspunderea penală a persoanei juridice în lumina noului Cod penal	112
<i>Ruxandra RĂDUCANU</i>	
Percheziția domiciliară în reglementarea noului Cod de procedură penală <i>Ionel GRIGORIE</i>	116

De la Tampere la Stockholm și mai departe: Noi provocări ale justiției în materie penală <i>Delia MAGHERESCU</i>	127
Eficiența politicilor publice de protecție a consumatorilor de credite în România (I) <i>Carmen Adriana GHEORGHE</i>	135
Particularități ale regimului juridic al organizațiilor cooperatiste de credit <i>Lavinia Elena SMARANDACHE</i>	146
Regimul juridic al transportatorului persoană juridică în contextul noilor reglementări din Codul civil român <i>Lector univ. dr. Cristina STANCIU</i>	164
Protecția prezumției de nevinovăție de către judecător împotriva propriilor acte <i>Lavinia Nicoleta BRĂCĂCESCU</i>	175
Dreptul la viață <i>versus</i> dreptul la moarte: dileme morale <i>Bogdan ADRIAN</i>	185
Dreptul individului la delimitarea propriei sfere private. Studiu comparativ între jurisprudența americană și cea europeană <i>Mădălina BUZĂRNESCU</i>	191
A few considerations of juridical nature concerning the role held by the N.B.R. in performing the monetary policy <i>Eduard DOGARU</i>	201
Capacitatea civilă a persoanei fizice. Ocrotirea persoanei în reglementarea noului Cod civil <i>Ana-Maria FLOREA</i> <i>Constantin GIURCĂ</i>	210
Considerații cu privire la regimul juridic al societăților în Codul civil <i>Silvia GĂLOI</i>	220
Considerații despre voința socială în formarea și funcționarea societății <i>Răzvan SCAFES</i>	223
Democrația locală în România – evoluție, context și perspective <i>Irina LAZĂR</i>	230
Puterea discreționară a administrației publice și legalitatea <i>Paul-Iulian NEDELCU</i>	240
Incursiune în dreptul fiscal. Dilema identității dreptului fiscal <i>Stelian SELISTEANU</i>	244

CONTENTS

Unforeknowledge of agreement and fortuitous enforcement impossibility. Comparative law analysis <i>Radu I. MOTICA</i> <i>Virgiliu Flavius BRADIN</i>	9
The abandonment of accident place through the settlement of Highway code and the new Criminal Code <i>Tiberiu MEDEANU</i>	25
The influence of European law on tax disputes in Romania <i>Radu BUFAN</i>	32
Legal regime of tax returns in Romania <i>Cristina ONET</i>	41
General rules of international law consecrated within the New Civil Code and the New Code of Civil Procedure, with a limited application area than would indicate their statement <i>Sergiu POPOVICI</i>	54
Claim assignment within the New Civil Code <i>Sevastian CERCEL</i> <i>Stefan SCURTU</i>	64
Reform of appeals within the new Code of civil procedure <i>Daniel GHITĂ</i>	80
The theory of unforeseeability in Romanian and German law <i>Mădălin SAVU-TICU</i>	96
The sequestration <i>Granit SHAHU</i>	107
Some considerations of doctrine and judicial practice concerning the criminal liability of legal person in the light of New Criminal Code <i>Ruxandra RĂDUCANU</i>	112
House searches in the regulation of the new Code of criminal procedure <i>Ionel GRIGORIE</i>	116

From Tampere to Stockholm and so on: New challenges of justice in criminal matter <i>Delia MAGHERESCU</i>	127
Public policies efficiency of credit customers in Romania (I) <i>Carmen Adriana GHEORGHE</i>	135
Features of the legal regime of credit co-operative organizations <i>Lavinia Elena SMARANDACHE</i>	146
The legal regime of carrier legal person under the new rules of the Romanian Civil Code <i>Cristina STANCIU</i>	164
Protection of the presumption of innocence by the judge against their own acts <i>Lavinia Nicoleta BRĂCĂCESCU</i>	175
The life right vs. the death right: moral dilemmas <i>Bogdan ADRIAN</i>	185
The individual's right of shaping his own private sphere. Comparative study between American and European jurisprudence <i>Mădălina BUZĂRNESCU</i>	191
A few considerations of juridical nature concerning the role held by the N.B.R. in performing the monetary policy <i>Eduard DOGARU</i>	201
Civil capacity of the individual. Protecting of the individual within the regulation of the new Civil Code <i>Ana-Maria FLOREA</i> <i>Constantin GIURCĂ</i>	210
Considerations regarding the legal status of the companies within the Civil Code <i>Silvia GĂLOI</i>	220
Considerations about the social will into the formation and functioning of society <i>Răzvan SCAFES</i>	223
Local democracy in Romania – evolution, context and expectations <i>Irina LAZĂR</i>	230
Discretionary power of public administration and legality <i>Paul-Julian NEDELCU</i>	240
Foray into the tax law. Identity dilemma of tax law <i>Stelian SELISTEANU</i>	244

Impreviziunea contractuală și imposibilitatea fortuită de executare. Analiză de drept comparat

Prof. univ. dr. Radu I. MOTICA

*Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept și Științe Administrative*

Drd. Virgiliu Flavius BRADIN



Unforeknowledge of agreement and fortuitous enforcement impossibility. Comparative law analysis

Abstract:

This study analyzes the main conditions of an agreement, mentioned within the provisions of the New Civil Code and also the legal effects which it produces. Fortuitous enforcement impossibility is one of the most important issues facing today the experts.

Keywords: the new Civil code, agreement, legal effects, fortuitous enforcement impossibility.

§ 1. Introducere

Un contract odată încheiat, are ca efect nașterea unui raport juridic de obligații (și drepturi), în primul rând în raporturile dintre părțile contractante și, în al doilea rând, în raporturile cu alte persoane – terți față de părțile contractante¹.

Din art. 969 C. civ. 1864 și art. 1.270 NCC rezultă principiul forței obligatorii a contractului, conform căruia părțile nu se pot sustrage de la executarea contractuală, fiind ținute să execute întocmai prestațiile la care s-au obligat și să respecte toate termenele și condițiile stabilite în contract². Cu toate acestea există situații în care pe parcursul executării contractului pot interveni anumite împrejurări imprevizibile care duc la crearea unui dezechilibru grav între contraprestațiile pe care părțile le-au avut în vedere cu ocazia încheierii contractului, în urma căruia una dintre părți poate suferi o pagubă însemnată de natură a cauza ruinarea sa din punct de vedere economic și respectiv îmbogățirea celeilalte³.

¹ R.I. Motica, E. Lupan, *Teoria generală a obligațiilor civile*, Ed. Lumina Lex, Buc. 2008, p. 66.
R.I. Motica, A.R. Motica, *Elemente de drept, Cartea a II-a Elemente de drept civil*, Ed. Universitas Timisiensis, 2003 p. 22.

² R.I. Motica, E. Lupan, *op. cit.* p. 67, R.I. Motica, A.R. Motica, *op. cit.*, p. 222.

³ R.I. Motica, E. Lupan, *op. cit.* p. 74 și urm.

§ 2. Reglementarea instituțiilor în dreptul național

În cazul contractelor cu executare succesivă/continue sau afectate de un termen suspensiv, între momentul încheierii lor și cel al executării, pot intervenii anumite evenimente, neprevăzute de părți, care perturbă echilibrul inițial avut în vedere la încheierea contractului, făcând ca obligațiile asumate să devină cu mult mai oneroase sau chiar imposibil de executat.

Astfel de evenimente au fost avute în vedere de legiuitor atunci când a reglementat în noul Cod civil la art. 1.271 impreviziunea, iar la art. 1.351 forța majoră și cazul fortuit, evenimente care cauzează imposibilitatea fortuită de executare.

În cele ce urmează ne propunem să analizăm situațiile în care sunt aplicabile una sau alta dintre cele două instituții, asemănările și deosebirile dintre acestea, dintre evenimentele care le pot cauza precum și felul specific în care influențează existența și executarea contractului.

Impreviziunea. Reglementând impreviziunea, art. 1.271 statuează următoarele:

„(1) Părțile sunt ținute să își execute obligațiile, chiar dacă executarea lor a devenit mai oneroasă, fie datorită creșterii costurilor executării propriei obligații, fie datorită scăderii valorii contraprestației.

(2) Cu toate acestea, dacă executarea contractului a devenit excesiv de oneroasă datorită unei schimbări excepționale a împrejurărilor care ar face vădit injustă obligarea debitorului la executarea obligației, instanța poate să dispună:

a) adaptarea contractului pentru a distribui în mod echitabil între părți pierderile și beneficiile ce rezultă din schimbarea împrejurărilor;

b) încetarea contractului la momentul și în condițiile pe care le stabilește. (3) Dispozițiile alin. (2) sunt aplicabile numai dacă:

a) schimbarea împrejurărilor a intervenit după încheierea contractului;

b) schimbarea împrejurărilor, precum și întinderea acesteia nu au fost și nici nu puteau fi avute în vedere de către debitor, în mod rezonabil, în momentul încheierii contractului;

c) debitorul nu și-a asumat riscul schimbării împrejurărilor și nici nu putea fi în mod rezonabil considerat că și-ar fi asumat acest risc;

d) debitorul a încercat, într-un termen rezonabil și cu bună-credință, negocierea adaptării rezonabile și echitabile a contractului”.

Reglementarea națională are ca sursă de inspirație atât Principiile dreptului european al contractelor (Principles of European Contract Law 2002⁴) care la art. 6:111, sub titulatura „schimbarea circumstanțelor” cuprind dispoziții similare⁵, cât și Principiile

⁴ <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/6.111.html>.

⁵ „(1) O parte este ținută să își îndeplinească obligația chiar dacă executarea ei a devenit prea oneroasă, datorită creșterii costului executării sau datorită scăderii valorii contraprestației primite.

(2) Totuși dacă executarea contractului a devenit excesiv de oneroasă datorită unei schimbări a circumstanțelor, părțile sunt obligate să înceapă negocierea în vederea adaptării sau desființării contractului, dacă sunt îndeplinite următoarele condiții:

(a) schimbarea circumstanțelor a intervenit după momentul încheierii contractului,

(b) posibilitatea schimbării circumstanțelor nu putea fi luată în considerare în mod rezonabil la momentul încheierii contractului; și

UNIDROIT 2004⁶, aplicabile contractelor comerciale internaționale, care reglementează în art. 6.2.1-6.2.3 așa numita clauză de *hardship*, ca fiind situația în care are loc o alterare gravă a echilibrului contractual din cauza unor evenimente exterioare contractului. Într-o astfel de situație partea interesată poate cere renegocierea clauzelor contractului, iar în situația în care nu se ajunge la un acord într-o perioadă de timp rezonabilă orice parte se poate adresa instanței de judecată. Instanța de judecată poate să considere contractul încetat la o dată și în condițiile în care urmează să fie stabilite sau să adapteze contractul în scopul restabilirii echilibrului părților⁷.

Spre deosebire de sursele de inspirație, reglementarea națională prezintă câteva diferențe importante cu privire la mecanismul de funcționare și la natura evenimentului generator de schimbare.

Este de observat că prin alin. (3) lit. d) al art. 1.271 se instituie doar în sarcina debitorului obligația de a încerca „într-un termen rezonabil și cu bună-credință, negocierea adaptării rezonabile și echitabile a contractului”, fără a se institui și în sarcina creditorului obligația de a accepta propunerea de negociere și fără a se sancționa în vreun fel refuzul acestuia de a accepta negocierea așa cum prevede teza finală a articolului 6:111.

Obligația creditorului de a accepta negocierea există și în Principiile UNIDROIT care la art. 6.2.3 stipulează că „partea dezavantajată este îndreptățită să ceară negocieri”. De asemenea principiul bunei-credințe reglementat la art. 1.7 și obligația de colaborare instituită la art. 5.1.3 din Principiile UNIDROIT obligă creditorul să accepte negocierea.

Credem că deși nu rezultă în mod explicit din prevederile naționale antementionate obligația creditorului de a accepta negocierea, această obligație ar trebui dedusă din principiul bunei-credințe, afirmat de art. 1.170 NCC, care trebuie să guverneze atât negocierea cât și încheierea și executarea, în conținutul căruia intră deopotrivă obligația de cooperare cât și cea de loialitate⁸.

Referitor la natura evenimentului, dacă potrivit art. 6:111 din Principiile dreptului european al contractelor, este generatoare de impreviziune orice „schimbare a circumstanțelor”, iar conform art. 6.2.2 din Principiile UNIDROIT, „există *hardship* atunci când apariția unor evenimente alterează fundamental echilibrul contractual”, în dreptul nostru pentru a fi aplicată impreviziunea trebuie să intervină o “schimbare *exceptională* a împrejurărilor”.

Așadar nu orice schimbare a împrejurărilor este aptă a pune în funcțiune mecanismul impreviziunii, ci numai una care are un caracter excepțional. Prin folosirea adjectivului

(c) riscul schimbării circumstanțelor nu intră în categoria riscurilor pe care, potrivit contractului, partea dezavantajată ar fi trebuit să le suporte.

(3) Dacă părțile nu ajung la un acord într-o perioadă rezonabilă de timp, instanța poate:

(a) să desființeze contractul la data și în condițiile determinate de instanță, sau

(b) să adapteze contractul în vederea distribuirii între părți, în mod egal și echitabil, a pierderilor și profitului rezultat din schimbarea circumstanțelor.

În oricare variantă, instanța poate obliga la plata de daune-interese partea care refuză să negocieze sau care încetează negocierile contrar regulilor de bună-credință și cooperare în afaceri”.

⁶ UNIDROIT Institutul Internațional pentru Unificarea Dreptului Privat, *Principiile UNIDROIT aplicabile contractelor comerciale internaționale*, Ed. Minerva, București, 2006, pp. 190-200.

⁷ L. Pop, *Tratat de Drept Civil. Obligațiile. Vol. II. Contractul*. Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 540.

⁸ R.I. Motica, Ernest Lupan, *op. cit.*, p. 78.

„excepțională”, s-a restrâns câmpul de aplicare al impreviziunii prin limitarea evenimentelor care pot fi avute în vedere doar la cele care au un caracter de excepție, care ies din comun.

În literatura de specialitate s-a încercat clasificarea acestor evenimente după mai multe criterii⁹. După originea lor pot fi fapte ale naturii (furtună, secetă, incendiu, epidemie, inundații etc.) sau fapte umane (război, grevă, insurecție, legi etc.). După natura diferită a situațiilor generate de fapta umană pot fi evenimente cu caracter organizat (legile) sau cu caracter individual (o descoperire științifică), evenimente cu caracter licit (reformă monetară) sau ilicit (insurecție), evenimente cu caracter juridic (act al Parlamentului sau al autorităților administrative), politic (revoluție), economico-financiar (reforma monetară, curs valutar), științific (o invenție).

Astfel de evenimente este necesar să apară după încheierea contractului și să aibă un caracter imprevizibil.

Referindu-se la caracterul imprevizibil al acestor evenimente legiuitorul folosește expresia „nu puteau fi avute în vedere de către debitor, în mod rezonabil”, ceea ce înseamnă că imprevizibilitatea nu trebuie să fie una absolută.

Previziunea rezonabilă trebuie concepută în mod abstract și nu raportată la particularitățile psihice, intelectuale, profesionale cu care sunt înzestrați partenerii contractuali¹⁰. Folosirea sintagmei „în mod rezonabil” sugerează că modelul abstract la care trebuie raportată puterea de prevedere a părților este acela al unui individ dotat cu o prudență și o diligență medie.

Anterior reglementării exprese a impreviziunii s-a pus problema de a ști cui trebuie atribuit caracterul imprevizibil: evenimentului perturbator, efectelor acestuia sau ambelor, argumentându-se că, dacă este logic ca o situație imprevizibilă să aibă consecințe imprevizibile nu mai puțin adevărat este că o situație previzibilă poate avea consecințe imprevizibile¹¹.

Față de modul de formulare al art. 1.271 alin. (3) lit. d) care vorbește despre „schimbarea împrejurărilor, precum și întinderea acesteia”, credem că legiuitorul a dorit să condiționeze aplicarea respectivelor prevederi legale doar la situațiile în care atât evenimentul perturbator cât și efectele acestuia sunt imprevizibile.

Deși reglementarea funcționării teoriei impreviziunii este diferită în dreptul italian față de cea actuală din dreptul nostru, în art. 1467 și 1468 din Codul civil italian se regăsește reglementarea teoriei *excesiva onerosita*. Vorbind despre onerositatea excesivă legiuitorul italian o definește ca fiind „un eveniment extraordinar și imprevizibil”.

De asemenea printr-o decizie de speță instanța supremă italiană detaliază ce se înțelege prin noțiunea de *onerositate excesivă*: „presupune existența a două necesare condiții: pe de o parte, intervenirea unui dezechilibru între prestații, neprevăzut în actul în care s-a stipulat contractul, și, pe de altă parte, justificarea excesivei onerosități survenită din evenimente exterioare și imprevizibile, care nu intră în domeniul normal al aleatorului

⁹ C. Stoyanovitch, *De l'intervention du juge dans le contract en cas de survenance de imprévues*, thèse, Marseille, 1941, p. 110 și 111, *apud*. C.E. Zamșa, *Teoria impreviziunii. Studiu de doctrină și jurisprudență*. Ed. Hamangiu, București 2006, p. 99.

¹⁰ I. Turcu, *Noul Cod civil republicat. Cartea a-V-a. Despre obligații (art. 1.164-1.649). Comentarii și explicații*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 334.

¹¹ C.E. Zamșa, *op. cit.*, p. 101.

contractual. Caracterul extraordinar este de natură obiectivă, calificând un eveniment în baza elementelor susceptibile de măsurare, cum ar fi frecvența, dimensiunile, intensitatea (ca apoi să permită, prin analiză cantitativă, cel puțin clasificări de ordin statistic), în timp ce caracterul imprezibilității are o origine subiectivă făcând trimitere la fenomenologia conștiinței¹².

Considerentele instanței supreme italiene sunt pe deplin valabile și pentru explicarea condițiilor impreziziunii din dreptul român.

Simpla producere a unor astfel de evenimente excepționale și imprezibile este lipsită de relevanță dacă aceste evenimente nu bulversează echilibrul contractual avut în vedere de părți la momentul încheierii actului, bulversare care trebuie să se manifeste prin transformarea obligației debitorului în una excesiv de oneroasă.

Definind contractul oneros la art. 1.172, noul Cod civil stabilește că acesta este acela prin care fiecare parte urmărește să își procure un avantaj în schimbul obligațiilor asumate.

Așa cum s-a arătat, contractul oneros nu există în sine, ci doar printr-una din speciile sale: act comutativ sau act aleatoriu¹³. Așadar impreziziunea se aplică ambelor categorii de contracte.

Referitor la contractele cu titlu aleatoriu noul Cod civil exclude aplicarea impreziziunii în cazul contractelor de rentă viageră și de întreținere [art. 2.252 alin. (2) și art. 2.256].

În concluzie, evenimentul la care se referă art. 1.271, este unul excepțional, produs după încheierea contractului, imprezibil atât sub aspectul producerii cât și sub aspectul efectelor sale, efecte care generează transformarea obligației debitorului în una excesiv de oneroasă.

După cum am arătat mai sus, lăsând la o parte efectele produse asupra contractului, categoria evenimentelor excepționale și imprezibile poate fi multiplă, unele dintre ele similare cu cele enumerate atunci când sunt explicate noțiunile de forță majoră sau de caz fortuit ca fapte generatoare de imposibilitate fortuită de executare.

Utilitatea practică a distincției dintre evenimentele susceptibile să declanșeze mecanismul juridic al impreziziunii și cele incluse în categoria imposibilității fortuite de executare rezidă din efectele juridice asociate acestora.

Imposibilitate fortuită de executare. Tradițional, imposibilitatea fortuită de executare este considerată o modalitate de stingere a obligațiilor civile atunci când acestea au devenit imposibil de executat ca urmare a faptului că a intervenit o situație de forță majoră sau un caz fortuit¹⁴. Pot exista și alte situații care să creeze imposibilitate fortuită de executare, cum ar fi fapta unei terțe persoane, care însă, prin prisma comparației cu impreziziunea contractuală, nu vor face obiectul analizei de față.

Conform art. 1.351 alin. (2) NCC „forță majoră este orice eveniment extern, imprezibil, absolut invincibil și inevitabil”. Alin. (3) al aceluiași articol definește cazul fortuit ca fiind „un eveniment care nu poate fi nici prevăzut și nici împiedicat de cel chemat să răspundă dacă evenimentul nu s-ar fi produs”.

¹² B. Ionescu, *Comentariu la Hotărârea din 19 octombrie 2006 a Curții de Casatie Italiene, Sectia de III-a civilă*, în *Curierul Judiciar* nr. 7/2012, p. 409.

¹³ I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *Introducere în dreptul civil*, vol. II, Ed. Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2007, p. 141.

¹⁴ R.I. Motica, E. Lupan, *op. cit.*, p. 384.

Caracterul extern al forței majore indică că trebuie să ne aflăm în prezența unei împrejurări exterioare persoanei care altfel ar trebui să răspundă. Împrejurările respective ce își găsesc resorturile cauzale dincolo de puterile, voința sau influența unei persoane concrete putând fi atât evenimente naturale (inundații, cutremure, calamități naturale etc.) cât și evenimente sociale (războaie, revoluții, greve etc.)¹⁵.

Pentru a fi un caz de forță majoră evenimentul trebuie să fie și imprevizibil. Acest caracter trebuie apreciat relativ luând în considerare capacitatea de imaginație și analiză a unui om mijlociu, normal, prudent și diligent cu adaptare la activitatea debitorului și la nivelul specializării pe care o implică. Așa cum s-a arătat, „evenimentul imprevizibil este cel pe care agentul nu l-a prevăzut fără să i se poată imputa aceasta”¹⁶.

Noul Cod civil aduce o schimbare în privința caracterului imprevizibil al forței majore abătându-se de la doctrina anterioară care atribuia acesteia un caracter absolut imprevizibil, ceea ce însemna că, la nivelul actual al științei producerea evenimentului nu putea fi prevăzută¹⁷.

Prin această abordare, actuala reglementare se aseamănă cu cea din dreptul francez, unde se vorbește despre „în mod normal imprevizibil”¹⁸. În dreptul francez s-a impus concepția relativistă asupra forței majore, aprecierea făcându-se ținând cont de toate circumstanțele de timp, loc, economice, sociale sau politice, dar și de mijloacele pe care persoana chemată să răspundă le avea la dispoziție pentru a rezista evenimentului¹⁹.

A treia caracteristică a forței majore este aceea de a fi absolut invincibilă și inevitabilă ceea ce înseamnă că orice persoană medie este depășită de efectele evenimentului, fiind peste putința acesteia de a-l stăpâni sau de a-l controla și că nicio persoană nu poate înfrânge sau evita evenimentul.

După cum a statuat prima cameră a Curții de casație franceze, într-o decizie de speță din 2008 imprevizibilitatea trebuie apreciată în funcție de momentul încheierii contractului pe câtă vreme caracterul irezistibil trebuie verificat la data executării acestuia²⁰.

Din definiția pe care noul Cod civil o dă cazului fortuit acesta ne apare, luând în considerare evenimentul în care se materializează, ca un „diminutiv” al forței majore²¹.

În cazul fortuitului nu mai este necesar să fie vorba despre un eveniment extern precum în cazul forței majore, iar pe de altă parte evenimentul nu trebuie să fie absolut invincibil și inevitabil, fiind suficient ca el să fie relativ invincibil și inevitabil, adică pentru cel chemat să răspundă²².

Nemaifiind vorba de o întâmplare exterioară domeniului de activitate a persoanei responsabile, cazul fortuit va fi un eveniment ce se regăsește printre circumstanțele în

¹⁵ P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 588.

¹⁶ I. Turcu, *op. cit.*, p. 417.

¹⁷ C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. All Educational, București, 1998, p. 291.

¹⁸ *Malaurie, Ph.; Aynes, L; Stoffel-Munck, Ph., Drept civil. Obligațiile*, Defrenois, Paris, 2007, tradusă de Diana Dănișor, Ed. Wolters Kluwer, București, 2010, p. 538.

¹⁹ I. Turcu, *op. cit.* p. 416.

²⁰ Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Les obligations*, 13^e édition, Sirey, Paris, 2012, p. 630.

²¹ P. Vasilescu, , *op. cit.*, p. 590

²² I. Turcu, *op. cit.*, p. 419.

care fiecare dintre noi își desfășoară activitatea precum spargerea unui cauciuc, ruperea unei piese din cauza unui defect de fabricație, îmbolnăvirea etc.²³.

Spre deosebire de situația forței majore, în cazul fortuitului, imprevizibilitatea nu mai trebuie apreciată *in abstracto*, prin raportare la o persoană cu prudență și diligență medie, ci *in concreto*, ținând cont de persoana debitorului.

În vederea aprecierii caracterul relativ previzibil al evenimentului fortuit trebuie analizate toate circumstanțele în care s-a produs (de timp, de loc, de natură economică, socială și politică) pentru a stabili dacă debitorul avea la dispoziție mijloacele necesare pentru a evita producerea acestuia. Astfel unele fenomene naturale (căderi de zăpadă, furtuni etc.) nu au caracter excepțional în raport de condițiile climatice locale, existând posibilitatea, ca pe baza informațiilor meteorologice furnizate să fie prevăzute. De asemenea unele evenimente sociale (greve, conflicte armate locale, etc.) pot fi prevăzute în anumite zone pe baza analizelor socio-politice efectuate. În măsura în care, în concret, nu puteau fi anticipate, aceste evenimente ar putea fi apreciate ca fiind împrejurări fortuite de natură să înlăture răspunderea²⁴.

Modul de reglementare al articolului 1.351 din noul Cod civil se înscrie în concepția tradițională a dreptului românesc care și anterior făcea distincție între noțiunile de forță majoră și caz fortuit, acesta din urmă fiind plasat în zona care desparte culpa de forță majoră²⁵.

Deși formularea art. 1083 din vechiul Cod civil era similară cu cea de la art. 1.148 din Codul civil francez, în dreptul francez nu se face o distincție între cele două noțiuni. Chiar dacă la nivel teoretic se acceptă că între cele două noțiuni există diferențe, plecând de la aprecierea că autorii Codului au folosit indiferent cele două expresii, jurisprudența nu a admis vreo distincție între cazul fortuit și forța majoră²⁶.

Raportat la răspunderea contractuală, în practică diferențierea între forță majoră și cazul fortuit este destul de puțin importantă întrucât, potrivit alin. ultim al art. 1.351 dacă, potrivit legii, debitorul este exonerat de răspundere pentru un caz fortuit, el este, de asemenea exonerat de răspundere și pentru forță majoră, fiind astfel suficient să se verifice dacă evenimentul era imprevizibil și inevitabil pentru persoana debitorului pentru ca aceasta să fie apărută de răspundere. Doar în situațiile în care legea ar prevedea expres că în cazul anumitor contracte răspunderea este înlăturată doar pentru cazul exclusiv al forței majore, distincția între cele două noțiuni prezintă utilitate.

Spre exemplu, noul Cod civil prevede, referitor la o serie de contracte, că doar forța majoră este exoneratoare de răspundere. Astfel art. 2.004 alin. (4) și 2.005 alin. (1) prevede că, transportatorul nu răspunde pentru paguba cauzată călătorului sau bagajelor acestuia dintr-un caz de forță majoră conform art. 2.032 alin. (2) în cazul revocării mandatului declarat irevocabil mandantul nu răspunde dacă revocarea s-a făcut din cauza forței majore; exonerarea de răspundere a consignatarului pentru pierrea sau deteriorarea bunurilor poate avea loc doar pentru caz de forță majoră conform art. 2.060; art. 2.130

²³ P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 590.

²⁴ L.R. Boilă, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole, coord. de Flavius-Antoniu Baias, Eugen Chelaru, Rodica Constantinovici și Ioan Macovei*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1351.

²⁵ R.I. Motica, E. Lupan, *op. cit.*, p. 584.

²⁶ *Terre, F.; Simler, Ph.; Leqçette, Y., Droit civil. Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, Paris, 2009, p. 585.

exonerează hotelierul de răspundere pentru furtul sau distrugerea bagajelor călătorului doar în caz de forță majoră.

După cum reiese din demersul analitic prezentat mai sus, același eveniment, în anumite conjuncturi, poate să îmbrace atât forma forței majore cât și a cazului fortuit sau doar să provoace o bulversare a echilibrului contractual, fiind un caz de impreviziune.

Concluzia care se impune este aceea că analiza evenimentului în sine, separat de efectele pe care le produce asupra contractului, este lipsită de relevanță pentru a stabili diferența dintre cele trei instituții întrucât concluzia de până acum este că nu se poate stabili că, o categorie de evenimente, cu anumite caracteristici, pot fi asimilate întotdeauna forței majore, cazului fortuit sau determină doar o bulversare a echilibrului contractual.

Așadar, în analiza acestor situații trebuie pornit de la efectele asupra contractului. În cazul în care un debitor se află în situația de a nu-și putea executa contractul trebuie stabilit dacă cauza imposibilității de executare se înscrie în unul sau altul dintre categoriile de evenimente cu trăsăturile descrise mai sus. Dacă da, vom fi în fața unui caz fortuit sau de forță majoră cu efect de înlăturare a răspunderii acestuia. Dacă nu, răspunderea sa va fi angajată (dacă nu cumva evenimentul respectiv poate fi circumscris unei alte situații de exonerare de răspundere cum ar fi fapta victimei sau a unei terțe persoane).

De asemenea, dacă executarea obligației sale a devenit excesiv de oneroasă trebuie verificat dacă cauza onerozității respective o reprezintă un eveniment cu caracteristicile descrise în prima parte a studiului. Dacă răspunsul este afirmativ, și sunt întrunite și celelalte condiții ale impreviziunii, se poate declanșa mecanismul descris la art. 1.271 NCC cu consecința adaptării contractului sau a încetării acestuia. În cazul unui răspuns negativ debitorul va fi ținut să își execute obligația.

În concluzie accentul trebuie pus pe efectele pe care evenimentul le are asupra contractului și nu pe eveniment în sine. Atât evenimentul cât și efectele sale trebuiesc analizate împreună pornind de la efect la cauză.

Efectele impreviziunii și ale imposibilității fortuite de executare asupra contractului. Constatând că sunt întrunite condițiile impreviziunii, instanța are, conform art. 1.271 alin. (2), posibilitatea să pronunțe două soluții:

- adaptarea contractului, pentru a distribui în mod echitabil între părți pierderile și beneficiile ce rezultă din schimbarea împrejurărilor, și

- încetarea contractului, la momentul și în condițiile pe care le stabilește.

Chiar dacă textul legal nu prevede în mod expres, topica indicării celor două soluții sugerează o anumită ordine de preferință, prima dată se va încerca găsirea mijloacelor adecvate de păstrare a contractului prin adaptarea acestuia, desființarea acestuia fiind soluția extremă.

Practic, față de generozitatea textului legal, posibilitatea instanței de a alege soluția cea mai adecvată este nelimitată, judecătorul fiind chemat să soluționeze cauza în echitate.

Referitor la adaptarea contractului considerăm că aceasta nu este restrânsă doar la modificarea acestuia, ci poate însemna și suspendarea executării contractului până la încetarea cauzei care a generat situația de impreviziune, sau prorogarea contractului ori obligarea debitorului de a-și executa cu anticipație obligația²⁷. De asemenea este posibilă o combinație între aceste modalități de adaptare.

²⁷ C.E. Zamșa, *op. cit.*, p. 181.

Fată de reglementare imprevizunii în dreptul român credem că nu este posibilă soluția de obligare a părților la renegocierea contractului, posibilitate recunoscută în dreptul francez²⁸, întrucât obligația de a iniția negocierea a fost instituită în sarcina debitorului ca o condiție prealabilă sesizării instanței. Atât în cazul în care negocierea a eșuat cât și în cazul în care a fost refuzată de creditor, o soluție de obligare la negociere nu ar face decât să tergiverseze procesul cu posibila consecință a agravării situației de onerozitate excesivă deja existentă.

Criteriul stabilit de legiuitor pe care instanța trebuie să îl aibă în vedere atunci când alege varianta de adaptare a contractului este acela al *distribuirii în mod echitabil între părți a pierderilor și beneficiilor*.

Criteriul ales este unul flexibil lăsând judecătorului o marjă largă de apreciere, împrejurare care în mod evident va fi generatoare de practică neunitară²⁹.

Prin felul permisiv în care este formulat acest criteriu va reveni doctrinei și jurisprudenței sarcina să deceleze ce ar trebui înțeles prin a distribui în mod echitabil între părți pierderile și beneficiile.

Acest criteriu propus pare să subsumeze criteriul proporționalității dezvoltat de doctrina franceză. Proporționalitatea exprimă un raport necesar de adecvare între două elemente, pentru a cărei aplicare se va cerceta finalitatea clauzelor contractuale incidente. Va exista echilibru contractual dacă, în funcție de scopul urmărit de părți și față de noile circumstanțe, se va proceda la modificarea valorii prestațiilor ținând cont și de proporția inițială a acestora³⁰.

Încetarea contractului apare ca varianta cea mai drastică, întrucât conflictul dintre teoria imprevizunii și forța obligatorie a contractului, în această situație ajunge la apogeu.

Prin folosirea sintagmei de *încetare* legiuitorul a dorit să facă o delimitare clară a acestei modalități de stingere a raportului obligațional față de rezoluțiunea/rezilierea sau anularea contractului.

Chiar dacă teza a doua a art. 1.271 alin. (2) nu prevede în mod explicit, credem că și în această ipoteză, criteriul distribuirii în mod echitabil între părți a pierderilor și a beneficiilor este cel care va decide momentul de la care se va dispune încetarea contractului și în ce condiții.

Nu în ultimul rând trebuie precizat că față de valorile ocrotite, reglementarea imprevizunii are un caracter subsidiar, părțile fiind libere să deroge de la prevederile legale.

În cazul forței majore și a cazului fortuit, conform reglementării exprese cuprinse în art. 1.351 alin. (1) NCC, partea afectată de un astfel de eveniment este exonerată de răspundere.

Noul Cod civil, spre deosebire de vechiul Cod care nu conținea nicio reglementare expresă în acest sens, reglementează, în mai multe articole, efectele pe care le produce asupra contractului intervenția unui caz de forță majoră sau de caz fortuit. Astfel, art. 1.274 se referă la suportarea riscurilor în contractele translativ de proprietate, iar la art. 1.557 și 1.634 este reglementată imposibilitatea de executare și, respectiv, imposibilitatea fortuită de executare.

²⁸ Pentru detalii, a se vedea C.E. Zamșa, *op. cit.*, pp. 213-230.

²⁹ G. Viorel, L.A. Viorel, *Configurația imprevizunii în codul Civil (Legea nr. 287/2009, republicată)*, în revista Dreptul nr. 2/2012, p. 46.

³⁰ C.E. Zamșa, *op. cit.*, p. 213.

În ceea ce privește riscul neexecutării prestației, atât în vechea³¹, cât și în noua³² reglementare regulile au rămas aceleași: în cazul contractelor unilaterale se aplică regula *res perit creditor*, creditorul fiind cel care nu va mai primi prestația promisă; în cazul contractelor bilaterale sau sinalagmatice se va aplica regula *res perit debitor*, întrucât debitorul obligației imposibil de executat va suporta și riscul neexecutării obligației de către cocontractant care nu mai poate fi obligat la executarea propriei prestații.

Referitor la riscul pierii bunului, noul Cod civil aduce o schimbare fundamentală de optică, în acord cu majoritatea reglementărilor moderne în materie de riscuri contractuale³³. Astfel s-a renunțat la soluția din vechiul Cod, *res perit domino*, bazată pe legătura ce se considera că trebuie să existe între risc și proprietate, și, conform articolului 1.274, a fost instituită regula *res perit debitor* (numită și *res perit detente*³⁴), conform căreia riscul rămâne în sarcina debitorului obligației de predare a bunului care are stăpânirea materială asupra acestuia, fiind fără relevanță că transferul dreptului de proprietate a operat anterior. Dacă creditorul a fost pus în întârziere cu privire la primirea bunului, de la acel moment va suporta riscurile, fiind aplicabilă regula *res perit creditor*, fără ca acesta să se poată apăra invocând că bunul ar fi pierit și la debitor.

Articolul 1.557 cuprinde soluțiile ce se pot adopta în cazul imposibilității fortuite de executare, conținând reguli diferite în funcție de împrejurarea dacă imposibilitatea de executare este absolută sau relativă (imposibilitate parțială sau temporară)³⁵.

Dacă imposibilitatea de executare este totală și definitivă și privește o obligație contractuală importantă contractul este desființat de plin drept și fără vreo notificare, din chiar momentul producerii evenimentului. Dacă în cazul contractelor cu executare imediată părțile trebuie să restituie prestațiile primite, în cazul analizat al contractelor succesive, prestațiile primite nu se restituie, rămânând câștigate contractanților, desființarea producând efect doar pentru viitor³⁶.

Dacă imposibilitatea de executare a obligației este temporară, creditorul poate suspenda executarea propriilor obligații, ori poate desființa contractul, urmând a fi aplicate regulile din materia rezoluțiunii. Credem că regulile la care se referă alineatul ultim al art. 1.557 sunt cele cuprinse la art. 1.554 cu privire la momentul desființării contractului și la efectul asupra cauzelor menționate la alineatul al doilea al articolului precitat.

Dispozițiile cuprinse în art. 1.634 ar putea fi caracterizate ca fiind mai degrabă de „procedură”, întrucât cuprind referiri privitoare la necesitatea notificării creditorului în legătură cu intervenirea unui eveniment ce cauzează imposibilitatea de executare, cu privire la sarcina probei dovedirii imposibilității, criteriile de stabilire a termenului pe durata căruia poate fi suspendat contractul, efectele punerii în întârziere a debitorului anterior evenimentului și dacă imposibilitatea de executare privește sau nu și bunurile de gen.

³¹ L. Pop, *Tratat de drept Civil. Obligațiile. Volumul I. Regimul juridic general*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 563.

³² P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 512.

³³ L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat de elementar de drept Civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 326.

³⁴ P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 514.

³⁵ L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, p. 324.

³⁶ P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 515.

Reglementarea instituțiilor în dreptul comparat. Analiza comparativă a legislației unor state europene relevă că instituțiile descrise mai sus comportă reglementări diferite.

În cele ce urmează vom prezenta felul în care este aplicată teoria impreviziunii, prin raportare la forța majoră, atât în țări în care legislația civilă este de inspirație napoleoniană (Franța și Italia) cât și în dreptul anglo-saxon și cel germanic.

§ 3. Dreptul francez

Codul civil francez nu reglementează expres impreviziunea contractuală astfel că doctrina franceză a făcut eforturi pentru a justifica aplicarea acestei teorii, existând o diferență de acceptare și de aplicare a impreviziunii în dreptul civil față de dreptul administrativ.

Dreptul civil francez clasic a condamnat revizuirea judiciară a contractelor pentru impreviziune. Până la sfârșitul secolului al XIX-lea jurisprudenței franceze nu i s-a oferit posibilitatea de a se pronunța clar cu privire la această chestiune. Abia în anul 1876, în celebra afacere a *canalului din Craponne*³⁷, Curtea de Casație a statuat că *nu revine în atribuțiile instanțelor, indiferent cât de echitabilă le-ar putea părea o astfel de decizie, să ia în considerare timpul și alte circumstanțe pentru modificarea înțelegerii părților, substituind cu noi clauze pe acelea liber acceptate de către cocontractanți*. În ciuda acestei poziții ferme a instanței supreme, în mod excepțional câteva Curți de apel au admis revizuirea judiciară a clauzelor contractuale fără caracter economic³⁸.

Din contră, în anul 1916, jurisprudența administrativă a adoptat indirect teoria impreviziunii în cazul afacerii *Gaz de Bordeaux*³⁹. În acest caz Consiliul de Stat și-a justificat poziția printr-un element special al dreptului administrativ: necesitatea asigurării continuității serviciului public și prin aceea că ruina concesionarului l-ar împiedica să facă să funcționeze serviciu⁴⁰.

Partizanii teoriei impreviziunii au elaborat mai multe teorii spre a justifica necesitatea revizuirii judiciare a contractelor. Astfel s-a susținut că fiecare contract este încheiat cu o clauză subînțeleasă, *rebus sic standibus*, conform căreia părțile au prevăzut implicit ca lucrurile să rămână neschimbate pe parcursul executării contractului. Dacă ar apărea lucruri neprevăzute de părți contractul ar fi caduc⁴¹.

O altă teorie este cea a cauzei, conform căreia, un echilibru al prestațiilor trebuie să existe nu doar în momentul încheierii contractului ci și pe parcursul executării acestuia, ceea ce obligă la menținerea unei echivalențe între prestațiile cocontractanților⁴².

Alți autori au încercat să justifice revizuirea contractului pentru impreviziune pentru rațiuni de justiție sau de utilitate economică sau socială.

În momentul actual majoritatea doctrinei și jurisprudenței franceze acceptă ideea că, plecând de la principiul bunei-credințe, reglementat de art. 1.134 alin. (3) din Codul

³⁷ B. Ionescu, *Nestemate de jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 127.

³⁸ *Malaurie, Ph.; Aynes, L; Stoffel-Munck, Ph. , op. cit.*, p. 398.

³⁹ R.G. Geamănu, *Clauza de hardship în contractele comerciale internațional*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 48.

⁴⁰ *Malaurie, Ph.; Aynes, L; Stoffel-Munck, Ph. , op. cit.* p. 398.

⁴¹ *Ibidem*, p. 399.

⁴² *Terre, F.; Simler, Ph.; Leqoette, Y., , op. cit.*, p. 487.

civil francez, și pe considerente de justiție contractuală, judecătorul chiar dacă nu poate intervenii direct în contractul devenit dezechilibrat, are posibilitatea, considerând că este culpabilă partea care refuză renegocierea contractului, să oblige părțile să înceapă negocierile în vederea adaptării acestuia.

Așadar, în dreptul civil francez, față de principiul intangibilității contractului, jurisprudența nu a recunoscut posibilitatea modificării acestuia decât pentru caz de forță majoră sau caz fortuit. În acest caz, în conformitate cu prevederile articolului 1.148 din Codul civil francez, debitorul obligației imposibil de executat este exonerat de răspundere contractuală. De precizat, așa cum am arătat mai sus, că în dreptul francez nu se face diferența, precum în dreptul român, între forța majoră și cazul fortuit⁴³.

§ 4. Dreptul italian

Reglementarea expresă a impreviziunii în dreptul italian s-a produs în anul 1942 când a fost modificat Codul civil, ocazie cu care impreviziunii i-au fost consacrate articolele 1.467-1.469. Conținutul reglementării teoriei *excessiva onerosità* este următorul:

Articolul 1.467 „În contractele cu executare continuă sau periodică sau cu executare diferențiată, dacă prestația uneia dintre părți a devenit excesiv de oneroasă în urma intervenirii unor evenimente extraordinare și imprevizibile, partea respectivă va putea cere rezilierea contractului, cu urmărirea efectelor stabilite de art. 1.458.

Rezilierea nu poate fi cerută dacă onerozitatea intră în cadrul lui alea normal al contractului.

Partea împotriva căreia rezilierea este cerută, o poate evita propunând o modificare echitabilă a condițiilor contractului”.

Articolul 1.468 „Dacă în ipoteza vizată de articolul precedent este vorba de un contract în care o singură parte își asumă obligații, aceasta poate cere o reducere a prestațiilor sau o modificare a modalităților de executare în scopul continuării executării pe baza echității”.

Articolul 1.469 „Dispozițiile articolelor precedente nu se aplică contractelor aleatorii prin natura lor sau prin voința părților”⁴⁴.

Așadar teoria *excessiva onerosità*, similar reglementării din dreptul românesc se aplică contractelor sinalagmatice sau unilaterale cu executare continuă, periodică sau diferențiată, adică cele în care executarea prestațiilor este decalată față de momentul încheierii contractului, fie datorită naturii contractului fie datorită voinței părților⁴⁵.

Teoria nu se aplică în principiu contractelor care fac obiectul unei reglementări speciale față de riscul avut în vedere de art. 1.467, cum este cazul contractelor de închiriere și de antrepriză și nici contractelor aleatorii⁴⁶.

Evenimentul survenit, potrivit art. 1.467, trebuie să fie „extraordinar și imprevizibil”, însă, deși nu se face vorbire de cerința non-imputabilității, și această condiție trebuie respectată. O altă cerință pe care trebuie să o respecte evenimentul perturbator,

⁴³ A se vedea supra nota 23.

⁴⁴ C.E. Zamșa, *op. cit.*, p. 318.

⁴⁵ R.G. Geamănu, *op. cit.*, p. 93.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 94.

neprevăzută expres de textul articolului precedent, dar unanim acceptată de doctrina și jurisprudența italiană, este cea a exteriorității. Astfel a fost exclusă aplicarea teoriei *excessiva onerosità* când partea afectată a comis vreo greșală contractuală sau a contribuit în vreun fel la agravarea dezechilibrului. Condiția imprevizibilității trebuie să țină cont de comportamentul rezonabil pe care l-ar adopta o persoană obișnuită în aceleași circumstanțe⁴⁷.

Evenimentul perturbator trebuie să intervină după încheierea contractului, existând, în același timp, în doctrina italiană opinii pro și contra în a lua în considerare și evenimentele produse anterior încheierii contractului dar despre care părțile nu au avut cunoștință⁴⁸.

Pentru îndeplinirea condiției de *excessiva onerosità* este necesar:

- a) să existe fie o creștere a costurilor prestației fie reducerea valorii contraprestației;
- b) ca executarea contractului să fie direct atinsă;
- c) ca noile greutăți să excedeze *alea normal* al contractului⁴⁹.

După cum rezultă din reglementarea art. 1.467, partea afectată de evenimentul perturbator poate solicita instanței rezilierea contractului. Instanța, verificând dacă sunt întrunite condițiile aplicării teoriei *excessiva onerosità*, are posibilitatea doar de a dispune rezilierea contractului nu și de a proceda la modificarea acestui în scopul restabilirii justului echilibru.

Pentru a evita rezilierea contractului, cealaltă parte poate formula o ofertă de modificare a contractului în vederea restabilirii echității. Această ofertă trebuie să fie făcută sub forma unui act de procedură, propunerile private dintre părți nefiind acceptate. Întrucât *excessiva onerosità* intervine atunci când dezechilibrul contractual depășește *alea normal*, oferta de modificare în echitate a contractului nu trebuie decât să elimine greutățile ce excedează unui *alea normal*, fără ca să fie nevoie ca echilibrul între pozițiile respective existente în momentul încheierii să fie restabilit cu exactitate⁵⁰.

Dacă partea pârâtă nu formulează ofertă de adaptare a contractului sau dacă instanța consideră că oferta făcută nu conține o modificare suficient de echitabilă a contractului se acceptă, în general, că judecătorul nu poate decât să dispună rezilierea contractului, fără a fi îndreptățit să modifice el contractul în sensul în care îl consideră echitabil. Cu toate acestea au existat situații în care judecătorul a adaptat contractul în sensul că, apreciind că prețul propus în oferta pârâtului nu este suficient, a stabilit un alt preț⁵¹.

§ 5. Dreptul englez

În dreptul englez revizuirea contractului ca urmare a intervenirii unor împrejurări ulterioare, este cunoscută sub noțiunea de *doctrine of frustration*. *Frustration* poate fi definită ca fiind „un ansamblu de stări de fapt care generează distrugerea contractului” și conține atât teoria imposibilității de executare cât și cea a schimbării grave a

⁴⁷ C.E. Zamșa, *op. cit.*, p. 319.

⁴⁸ R.G. Geamănu, *op. cit.*, p. 97.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 101.

⁵⁰ Cassazione, 11 iunie 1992, nr. 247, *apud* R.G. Geamănu, *op. cit.*, p. 105.

⁵¹ R.G. Geamănu, *op. cit.*, p. 106.

circumstanțelor. Construcția conceptuală se distinge de forța majoră din dreptul francez care scuză neexecutarea contractului. *Doctrine of frustration* nu numai că nu scuză încălcarea contractului, ea permite întreruperea automată a contractului la momentul intervenirii evenimentului „frustrant”. *Frustration* apare ca un mijloc de apărare pus la îndemâna debitorului⁵².

Inițial vechiul drept englez a respins desființarea contractelor pentru imposibilitate de executare⁵³. *Doctrine of frustration* a fost introdusă la sfârșitul secolului al XIX-lea în cazul *Taylor v. Caldwell* (1863)⁵⁴, care a însemnat o schimbare radicală de optică. În acest caz Curtea a considerat că există anumite clauze implicite în virtutea cărora contractul își încetează efectele în împrejurări ce fac imposibilă executarea lui⁵⁵.

Condițiile de aplicare ale *doctrine of frustration* sunt următoarele:

a) schimbarea circumstanțelor să fie imprevizibilă. Criteriul de apreciere a imprevizibilității este acela al rezonabilității, în sensul că nu se putea în mod rezonabil aștepta ca părțile să prevadă un anumit eveniment sau risc;

b) schimbarea circumstanțelor să nu fie imputabilă vreuneia dintre părți sau persoanelor pentru care aceasta este ținută să răspundă;

c) evenimentul imprevizibil și neimputabil părților trebuie să determine imposibilitatea de executare a contractului. Imposibilitatea de executare poate să fie fizică (obiectul a fost distrus, a devenit din punct de vedere comercial total diferit, decesul sau boala uneia dintre părți în contractele *intuitu personae*, absența recoltei etc.), legală (obligatia a devenit ilegală, refuzul acordării licențelor de import sau export), practică (cuprinde acele situații în care, deși contractul poate fi executat, circumstanțele extra-contractuale schimbându-se, fac să fie vorba, practic, despre o altă afacere decât cea inițială)⁵⁶.

Efectele admiterii *doctrine of frustration* constau în aceea că contractul este desființat din momentul intervenirii evenimentului perturbator care a determinat imposibilitatea de executare. Desființarea contractului se produce pentru viitor cu consecința neafectării drepturilor deja câștigate și neputința de invocare a celor nedobândite deja⁵⁷.

Așadar în dreptul englez se preferă desființarea contractului în locul modificării sau renegocierii acestuia. În mod excepțional, în cazul imposibilității temporare de executare a contractului, s-a acceptat suspendarea lui pe perioada respectivă⁵⁸.

Dreptul german. În dreptul german impreviziunea este reglementată într-o manieră generală, la art. 313 BGB, astfel cum a fost modificat în anul 2000, sub titulatura de „Bulversarea bazei contractuale” (*Geschäftsgrundlage*) având următorul conținut:

⁵² P. Hujo, *Force majeure et Imprévision. Une analyse comparatiste entre le droit français, le droit anglais et le droit allemand*, GRIN Verlag, 2007, Norderstedt, p. 27.

⁵³ Cazul *Parradine v. Jane* (1647): Reclamantul a solicitat pârâtului redevența pentru domeniul închiriat. Deși pârâtul s-a apărat invocând faptul că a fost izgonit cu forța de pe domeniul închiriat de către un prinț german și fiind privat de veniturile produse este în imposibilitate de a plăti, instanța a admis acțiunea. *Apud* Philipp Hujo, *op. cit.*, p. 28.

⁵⁴ În anul 1863 a fost închiriată o sală pentru un concert care a fost distrusă înaintea acestuia într-un incendiu provocat de cauze necunoscute *apud* P. Hujo, *op. cit.*, p. 31.

⁵⁵ P. Hujo, *idem*.

⁵⁶ C.E. Zamsa, *op. cit.*, p. 340 și 341.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 343.

⁵⁸ P. Hujo, *op. cit.*, p. 42.

„(1) Dacă circumstanțele care au stat la baza încheierii contractului s-au schimbat semnificativ după încheierea contractului, iar părțile dacă le-ar fi prevăzut, nu ar fi încheiat contractul sau cel puțin nu l-ar fi încheiat în forma cu același conținut, se poate cere adaptarea contractului, în măsura în care executarea contractului inițial nu se poate pretinde uneia dintre părți, ținând cont de toate circumstanțele cazului, în special de împărțirea-contractuală sau legală a riscurilor.

(2) Unei modificări a circumstanțelor i se asimilează ipoteza în care anumite reprezentări esențiale ce au stat la baza contractului s-au dovedit a fi false.

(3) Dacă o adaptare a contractului nu este posibilă sau nu i se poate pretinde uneia dintre părți, atunci partea dezavantajată se poate retrage din contract. În locul acestui drept de denunțare, în raporturile juridice de durată se aplică dreptul de reziliere a contractului”⁵⁹.

Din reglementarea de mai sus rezultă că *Geschäftsgrundlage* este un concept mai vast decât impreviziunea contractuală din dreptul francez sau dreptul român, atât prin includerea unei categorii mai largi de contracte (unilaterale, multilaterale, cu titlu gratuit, sau oneros) cât și prin asimilarea unor instituții precum eroarea sau îmbogățirea fără justă cauză.

Pentru aplicarea teoriei *Geschäftsgrundlage* este necesară întrunirea cumulativă a patru condiții⁶⁰:

a) intervenirea unei schimbări semnificative a circumstanțelor care au stat la baza încheierii contractului, astfel că, dacă ar fi fost cunoscute, contractul nu s-ar fi încheiat sau s-ar fi încheiat în alt conținut.

Noțiunea de *bază contractuală* este specifică dreptului german, și reprezintă cele imaginate de părți la momentul încheierii contractului, care nu au fost inserate în conținutul contractului dar care constituie o parte importantă a acestuia⁶¹.

b) schimbarea circumstanțelor să fi intervenit ulterior încheierii contractului, fără a se distinge dacă contractul este în curs de executare sau a fost deja executat;

c) imprevizibilitatea schimbării circumstanțelor care formează baza contractuală. Se remarcă o viziune extinsă a dreptului german cu privire la natura circumstanțelor ce se pot schimba, putând fi vorba despre orice fel de circumstanțe, fără a se cere ca această schimbare să aibă un caracter extraordinar.

Criteriul stabilit expres în cuprinsul alineatului întâi, și anume neîncheierea contractului sau încheierea lui cu un alt conținut, este un criteriu ușor de probat, fiind mai facil decât cel al omului prudent și diligent.

Chiar dacă criteriul non-imputabilității nu este reglementat expres de lege, este unanim acceptat, considerându-se că transpare din întreaga economie a reglementării.

d) cea de-a patra condiție este aceea ca una dintre părți să nu își fi asumat riscurile schimbării circumstanțelor în mod expres sau acest lucru să nu rezulte din circumstanțe extrinseci contractului.

Ca efect al intervenirii unor evenimente care bulversează baza contractuală, părțile pot să ceară adaptarea contractului. Spre deosebire de reglementarea din dreptul

⁵⁹ R.G. Geamănu, *op. cit.*, p. 128.

⁶⁰ C.E. Zamsa, *op. cit.*, pp. 326-328.

⁶¹ P. Hujo, *op. cit.*, p. 47.

românesc sau din cea cuprinsă în Principiile UNIDROIT ori în Proiectul Codului Civil European, unde este specificată expres obligația prealabilă a părților de renegociere a contractului, în dreptul german nu există o astfel de obligație anterioară sesizării instanței.

Deși adaptarea contractului este principalul efect al aplicării teoriei, acesta nu este singurul, întrucât articolul 313 alineatul 3 BGB prevede ca soluție și desființarea contractului, dar numai în situația în care adaptarea acestuia nu este posibilă. În cazul contractelor *uno actu* desființarea are loc prin retragerea părții dezavantajate din contract iar, în cazul celor cu executare succesivă, prin rezilierea contractului⁶².

Dreptul german a adoptat o abordare subiectivă a imposibilității de executare a contractului. La articolul 275 BGB se prevede că „dreptul de a obține executarea prestației este exclus dacă aceasta este imposibilă pentru debitor sau pentru oricare alte persoane” (t.n.).

Așadar imposibilitatea de executare este admisă într-un sens foarte larg, depășind limitele forței majore din dreptul francez fiind o noțiune mai flexibilă și cu o arie mai mare de cuprindere⁶³. Imposibilitatea de executare poate să fie concomitentă încheierii contractului sau ulterioară acestuia. În ultimul caz, pentru a opera exonerarea de răspundere, este necesar ca debitorului sau persoanelor pentru care acesta este ținut să răspundă, să nu le poată fi imputată cauza imposibilității de executare⁶⁴.

De remarcat că în dreptul german, spre deosebire de forța majoră din dreptul francez sau român, nu se cere condiția ca evenimentul, care face imposibilă executarea prestației, să fie imprevizibil⁶⁵.

§ 6. Concluzii

Legislația și, în consecință, nici jurisprudența statelor europene nu este unitară în abordarea situațiilor care determină imposibilitatea de executare a contractelor sau doar schimbă circumstanțele avute în vedere de părți la încheierea acestora, determinând o modificare a raporturilor inițiale dintre contraprestații.

Dreptul englez prin *doctrine of frustration* a adoptat o abordare largă care include sub același tratament juridic atât imposibilitatea fortuită de executare cât și impreviziunea contractuală.

În dreptul german cele două situații (imposibilitatea de executare și bulversarea bazei contractuale) sunt reglementate distinct, având o arie de cuprindere mai mare decât cea din dreptul francez sau român. Spre exemplu, imposibilitatea de executare nu trebuie să fie imprevizibilă, iar aceeași condiție, a imprevizibilității, este abordată mult mai lejer, cu referire la teoria bulversării bazei contractuale.

Dreptul român s-a desprins într-o oarecare măsură de orientarea sa tradițională, apropiată de cea din dreptul francez, reglementând impreviziunea contractuală. similar Principiilor UNIDROIT și Principiile dreptului european al contractelor, cuprinzând o arie mai restrânsă de evenimente apte de a declanșa mecanismul impreviziunii, în schimb a acordat instanțelor o extrem de largă posibilitate de a intervenii în contracte.

⁶² C.E. Zamsa, *op. cit.*, p. 330.

⁶³ P. Hujo, *op. cit.*, p. 44.

⁶⁴ R. Cabrillac, *Droit européen comparé des contrats*, L.G.D.J., Paris, 2012, p. 162.

⁶⁵ P. Hujo, *op. cit.*, p. 45.

Părăsirea locului accidentului prin prisma reglementării din Codul rutier și din noul Cod Penal

Prof. univ. dr. Tiberiu MEDEANU

*Facultatea de Drept și Științe Administrative
Universitatea de Vest Timișoara*



The abandonment of accident place through the settlement of Highway code and the new Criminal Code

Abstract:

Leaving the accident place is incriminated in the Highway Code, but the judicial practice is contradictory in this field. Some courts considered that the offense subsist in all cases of the driver leaving from the area of the accident or of the vehicle damage. Other courts decided that the offense of the accident place leaving can be committed only with the direct intention, and the place leaving should be following an accident committed and personal injury in terms of criminal law.

In the new Criminal Code offense is regulated differently, with impaired which will generate divergent jurisprudence.

Keywords: leaving the accident place, Highway Code, new Criminal Code, divergent jurisprudence.

§ 1. Reglementările cu privire la părăsirea locului accidentului prin prisma Codului rutier

Infracțiunea *Părăsirea locului accidentului* este sancționată în prezent de art. 89¹ din Codul rutier¹, care se referă la două categorii de fapte, diferențiate prin prisma modului de comitere. Primul alineat se referă la *părăsirea locului accidentului de către conducătorul vehiculului sau de către instructorul auto, aflat în procesul de instruire, sau de examinatorul autorității competente, aflat în timpul desfășurării probelor practice ale examenului pentru obținerea permisului de conducere*, iar alineatul (2) sancționează în mod similar “*fapta oricărei persoane de a modifica starea locului sau de a șterge urmele accidentului de*

¹ O.U.G. nr. 195/2002, modificată și aprobată prin Legea nr. 49/2006, republicată în M. Of. nr. 670 din 3 august 2006.

circulație din care a rezultat uciderea sau vătămarea integrității corporale ori a sănătății uneia sau mai multor persoane”.

În alineatele (3), (4) și (5) sunt prevăzute trei situații care exclud caracterul penal al faptei, constând în transportarea persoanele rănite la cea mai apropiată unitate sanitară, continuarea misiunii de către conducătorul autovehiculului cu regim de circulație prioritară și părăsirea locului faptei de către victimă. Fiecare dintre aceste situații este corelată cu anumite condiții specifice.

Codul penal adoptat în anul 2009 a preluat prevederile referitoare la infracțiunile din Codul rutier, dar intrarea acestuia în vigoare s-a amânat în mod succesiv, ultima oară fiind prevăzută data de 1 februarie 2014.

Din cauza unei erori referitoare la intrarea în vigoare a noului Cod penal, în Codul rutier republicat de unele edituri în anul 2013 se menționează că au fost abrogate până la data respectivă toate infracțiunile din acest act normativ, astfel că nu mai sunt enumerate în cuprinsul lui².

În realitate infracțiunile din Codul rutier vor fi abrogate numai după intrarea în vigoare a noului Cod penal, astfel că și infracțiunea prevăzută de art. 189 va fi abrogată la data de 1 februarie 2014³.

§ 2. Reglementările cu privire la părăsirea locului accidentului prin prisma noului Cod penal

În noul Cod penal au fost modificate unele aspecte referitoare la conținutul infracțiunilor privind circulația rutieră, situația fiind similară în cazul infracțiunii *Părăsirea locului accidentului*, reglementată de art. 338.

În noul text se incriminează și alternativa părăsirii locului accidentului fără încuviințarea procurorului, care nu figura în anterioara reglementare, unde se făcea referire numai la încuviințarea polițistului. De asemenea s-a renunțat la precizarea categoriilor de accidente sau situații în legătură cu care subzistă infracțiunea, deoarece în art. 89 din Codul rutier se limitau situațiile numai la cele în urma cărora a rezultat uciderea sau vătămarea integrității corporale ori a sănătății uneia sau mai multor persoane, ori dacă accidentul s-a produs ca urmare a unei infracțiuni. Limitarea referitoare la consecințele accidentului se menține însă în modalitatea de comitere prevăzută de alin. (2), care se referă la fapta oricărei persoane de a modifica starea locului sau de a șterge urmele accidentului de circulație. La precizarea împrejurărilor în care nu se sancționează părăsirea locului faptei a fost adăugată și cea referitoare la alternativa în care în urma accidentului s-au produs doar pagube materiale⁴.

Stabilirea elementelor constitutive ale acestei infracțiuni trebuie corelată cu alte prevederi legale referitoare la definirea unor noțiuni sau îndeplinirea unor proceduri. Astfel, accidentul

² Noul Cod rutier în vigoare de la 19 ianuarie 2013, Ed. Erc Press, ediția 3013, ISBN 978-606-602-273-8, pp. 45 și 46.

³ Abrogarea a fost dispusă prin art. 121 din Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a noului Cod penal.

⁴ P. Dungan, T. Medeanu, V. Pasca, *Drept penal, partea specială*, Ed. Universul Juridic, ed. 3013, p. 209.

de circulație este definit în Regulamentul de aplicare a O.U.G. nr. 195/2002, care mai face referire la obligațiile conducătorilor auto implicați într-un accident de circulație.

Pentru existența acestei infracțiuni este necesar să se fi produs un accident, în accepțiunea prevăzută în primele două alineate.

În alineatul (1) se face referire la producerea unui accident de circulație, fără nicio excepție.

Accidentul de circulație este evenimentul care îndeplinește cumulativ următoarele condiții: s-a produs pe un drum deschis circulației publice ori și-a avut originea într-un asemenea loc; a avut ca urmare decesul, rănirea uneia sau a mai multor persoane ori cel puțin un vehicul a fost avariat sau au rezultat alte pagube materiale; în eveniment a fost implicat cel puțin un vehicul în mișcare⁵. Cele trei condiții sunt prevăzute cumulativ, iar absența oricăreia determină scoaterea accidentului din categoria celor de circulație și imposibilitatea reținerii acestei infracțiuni.

Alineatul (2) limitează posibilitatea comiterii infracțiunii la accidentele din care a rezultat uciderea sau vătămarea integrității corporale ori a sănătății uneia sau mai multor persoane, reducând mai mult sfera accidentului de circulație. Vătămarea integrității corporale trebuie să necesite mai mult de 10 zile de îngrijiri medicale, pentru a se încadra în categoria infracțiunilor sancționate sub forma culpei.

Elementul material al infracțiunii se poate realiza prin părăsirea locului accidentului sau prin modificarea stării locului ori ștergerea urmelor accidentului de circulație.

Astfel, modalitatea de comitere prevăzută de alin. (1) sancționează părăsirea locului accidentului de către persoanele prevăzute de textul legal, implicate într-un accident de circulație. Se face referire la conducătorul vehiculului, instructorul auto sau examinatorul autorității competente, cei din urmă chiar dacă nu conduc efectiv, dar sunt în exercitarea unor atribuții de serviciu.

Modalitatea de comitere prevăzută de alin. (2) sancționează modificarea locului faptei sau ștergerea urmelor accidentului de circulație de o anumită gravitate. Această operațiune trebuie să se facă în mod intenționat, în scopul perturbării cercetărilor sau a denaturării adevărului.

Alineatul (3) se referă la situațiile în care nu este sancționată penal părăsirea locului accidentului.

Cerința esențială pentru realizarea conținutului infracțiunii prevăzută de alin. (2) constă în faptul că accidentul trebuie să se fi soldat cu uciderea sau vătămarea integrității corporale ori a sănătății uneia sau mai multor persoane. Această cerință este îndeplinită numai dacă subiectul activ exercită acțiunile specifice laturii obiective după ce cunoaște survenirea acestor consecințe.

În momentul producerii accidentului, instructorul auto sau examinatorul autorității competente trebuie să se afle în procesul de instruire practică a unor persoane pentru obținerea permisului de conducere, respectiv în timpul desfășurării probelor practice ale examenului pentru obținerea permisului de conducere.

În toate cazurile trebuie să fie cumulate cerințele specifice accidentului de circulație, la care s-a făcut referire la tratarea situației premisă.

Urmarea imediată și legătura de cauzalitate nu sunt obligatorii, deoarece infracțiunea este de pericol nu de rezultat.

⁵ Regulamentul de aplicare al O.U.G. nr. 195/2002, art. 221.

Alineatul (3) prevede patru situații în care părăsirea locului faptei nu constituie infracțiune, acestea constând în următoarele cazuri:

- în urma accidentului s-au produs doar pagube materiale;
- conducătorul vehiculului, în lipsa altor mijloace de transport, transportă el însuși persoanele rănite la cea mai apropiată unitate sanitară în măsură să acorde asistență medicală necesară și la care a declarat datele personale de identitate și numărul de înmatriculare sau înregistrare a vehiculului condus, consemnate într-un registru special, dacă se înapoiază imediat la locul accidentului;
- conducătorul autovehiculului cu regim de circulație prioritară anunță de îndată poliția, iar după terminarea misiunii se prezintă la sediul unității de poliție pe a cărei rază de competență s-a produs accidentul, în vederea întocmirii documentelor de constatare;
- victima părăsește locul faptei, iar conducătorul de vehicul anunță imediat evenimentul la cea mai apropiată unitate de poliție.

La examinarea conținutului acestei infracțiuni trebuie să se țină seama de faptul că legislația rutieră din România a suferit unele modificări referitoare la obligațiile conducătorului vehiculului implicat într-un accident de circulație, cu motivarea că sunt necesare pentru amortizarea deplină cu acquis-ul comunitar. Astfel, prin Legea nr. 49/2006⁶, conducătorul unui vehicul implicat într-un accident în urma căruia a rezultat moartea sau vătămarea integrității corporale ori a sănătății unei persoane este obligat să ia măsuri de anunțare imediată a poliției, să nu modifice sau să șteargă urmele accidentului și să nu părăsească locul faptei. S-a mai stabilit că este interzis oricărei persoane să schimbe poziția vehiculului implicat într-un accident de circulație în urma căruia a rezultat moartea sau vătămarea integrității corporale ori a sănătății uneia sau a mai multor persoane, să modifice starea locului sau să șteargă urmele accidentului fără încuviințarea poliției care cercetează accidentul⁷.

O.U.G. nr. 69/2007⁸ a modificat conținutul art. 79 alin. (1) din Codul rutier, stabilind: *„Conducătorii de vehicule implicați într-un accident de circulație în urma căruia au rezultat numai avarierea vehiculelor și/sau alte pagube materiale sunt obligați să scoată imediat vehiculele în afara părții carosabile ori, dacă starea vehiculelor nu permite acest lucru, să le deplaseze cât mai aproape de bordură sau acostament, semnalizându-le prezența și să se prezinte la unitatea de poliție competentă pe raza căreia s-a produs accidentul în termen de cel mult 24 de ore de la producerea evenimentului pentru întocmirea documentelor de constatare”*. Se exceptează de la aceste obligații conducătorii vehiculelor care încheie o constatare amiabilă de accident, în condițiile legii și conducătorul de vehicul care deține o asigurare facultativă de avarii auto, iar accidentul de circulație a avut ca rezultat numai avarierea propriului vehicul.

Se constată că instanțele au dat anterior soluții contradictorii în cazul acestei infracțiuni, considerând uneori că în cuprinsul laturii obiective se pot include acte de violență comise cu intenție, în timp ce alte instanțe au limitat infracțiunea numai la accidente de circulație, cărora le este specifică vinovăția sub forma culpei.

⁶ Legea nr. 49/2006 pentru aprobarea O.U.G. nr. 195/2002, publicată în M. Of. nr. 246 din 20 martie 2006 și rectificată în M. Of. nr. 519 din 15 iunie 2006, dându-se textelor o nouă numerotare.

⁷ Codul rutier, art. 77 alin. (1) și (3).

⁸ O.U.G. nr. 69/2007 pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 195/2002, publicată în M. Of. nr. 443 din 29 iunie 2007.

Sub acest aspect este concludentă o speță referitoare la comiterea tentativei la infracțiunea de omor comisă cu un tractor, prin călcarea intenționată a persoanei vătămate. Prima instanță l-a condamnat pe inculpatul C. R. pentru săvârșirea tentativei la infracțiunea de omor calificat și a infracțiunii de părăsire a locului accidentului. În fapt, s-a reținut că inculpatul și partea vătămată, aflați pe un drum public, s-au lovit reciproc, inculpatul folosind un levier și o țeavă metalică. Văzând că nu reușește să lovească partea vătămată, inculpatul s-a urcat în tractorul cu care venise, a pornit motorul și a început să o urmărească. Partea vătămată a fost lovită și apoi călcată de tractor, suferind leziuni craniene, iar inculpatul a părăsit locul faptei. Curtea de Apel a admis apelul inculpatului și a dispus achitarea acestuia pentru infracțiunea de părăsire a locului accidentului în temeiul art. 11 pct. 2 lit. a) raportat la art. 10 lit. d) C. pr. pen. cu motivarea că prin cuvântul „*accident*” nu se poate înțelege în niciun caz săvârșirea unei infracțiuni de tentativă la omor calificat, care presupune intenția, iar condiția premiză cerută de legiuitor este ca plecarea de la fața locului să se facă în urma producerii unui accident⁹. Parchetul a promovat recurs împotriva ultimei soluții, invocând nelegalitatea achitării. Recursul a fost respins, cu motivarea că prin fapta de părăsire fără *drept* a locului accidentului sunt puse în pericol două valori sociale, și anume siguranța circulației pe drumurile publice și activitatea organelor judiciare. Așadar, această obligație impusă conducătorilor de autovehicule de a rămâne la locul accidentului se justifică prin necesitatea stabilirii cauzelor ce au provocat accidentul, al identificării persoanelor vinovate de producerea lui și, pe cale de consecință, a tragerii la răspundere a acestora. În consecință, elementul material al infracțiunii analizate constă în acțiunea de părăsire ilicită a locului accidentului, *acțiune* ce are ca rezultat crearea unei stări de pericol pentru valorile sociale ocrotite. Pe de altă parte, *infracțiunea* respectivă se săvârșește cu *intenție*, astfel că trebuie ca făptuitorul să își dea seama că prin *părăsirea locului accidentului* se creează o stare de pericol pentru siguranța circulației și, totodată, se împiedică ori se îngreunează activitatea organelor judiciare în legătură cu acel accident, iar nu în legătură cu o altă faptă ce constituie *infracțiune*. Astfel, pentru existența infracțiunii nu este necesară intenția de sustragere de la urmărire, ci de zădărniciere a unor constatări utile. Instanța de recurs a mai motivat că reacția inculpatului de a pleca de la locul unde a încercat să ucidă partea vătămată, folosindu-se în acest scop de vehicul, nu poate avea înțelesul de părăsire a locului accidentului în sensul cerut de legiuitor, deoarece în *cauză* nu s-a periclitat siguranța circulației rutiere și nici nu s-a urmărit împiedicarea identificării inculpatului, de vreme ce la locul faptei s-au aflat doi martori oculari, care au urmărit direct și nemijlocit desfășurarea conflictului. Prin urmare, nici sub aspectul laturii subiective a infracțiunii nu se poate reține intenția inculpatului de a împiedica organele judiciare de a constata modul de comitere a accidentului de circulație, pentru că, în speță nu a avut loc un *accident* în sensul definit de legiuitor, lovirea părții vătămate nefiind accidentală, în timpul rulării autovehiculului, ci intenționată, ca o reacție de răzbunare împotriva părții vătămate¹⁰.

O altă situație controversată o reprezintă părăsirea locului accidentului comis în corelație cu alte infracțiuni intenționate. Astfel, inculpatul P.Z.T. a fost condamnat pentru infracțiunile de tâlhărie, conducerea pe drumurile publice a unui autovehicul fără permis

⁹ C. Ap. Brașov, s. pen., dec. nr. 224/2000.

¹⁰ ÎCCJ, s. pen., Dec. nr. 2878/2001, nepublicată.

de conducere și părăsirea locului accidentului fără încuviințarea organelor de politie¹¹. S-a reținut că inculpatul a solicitat părții vătămate să-l transporte cu taxiul, iar când a ajuns în afara orașului l-a amenințat cu cuțitul, l-a obligat să părăsească autoturismul, pe care l-a condus până când a intrat cu el într-un copac, după care a părăsit locul accidentului. Prima instanță a considerat că părăsirea locului accidentului de către inculpat întrunește elementele constitutive ale infracțiunii respective, întrucât accidentul s-a produs ca urmare a infracțiunii de conducere fără permis. Instanța de apel a decis că fapta inculpatului de a părăsi locul accidentului, în condițiile prevăzute mai sus, nu întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de părăsire a locului accidentului. S-a motivat că în acest caz era aplicabil principiul referitor la dreptul persoanei de a nu se autoincrimina, deoarece autoturismul condus provenea din săvârșirea unei infracțiuni intenționate. În consecință, în baza art. 11 pct. 2 lit. a) combinat cu art. 10 lit. d) Cod proc. pen. s-a dispus achitarea inculpatului pentru infracțiunea de părăsire a locului accidentului¹².

În cazul comiterii infracțiunilor intenționate se mai poate invoca aspectul referitor la neincriminare, prevăzut de art. 5 din Declarația universală a drepturilor omului. Codul rutier prevede în mod limitativ situațiile în care este interzisă părăsirea locului accidentului, iar aceste situații nu pot fi extinse la alte infracțiuni, nici dacă sunt dintre cele prevăzute în Codul rutier, ca de exemplu conducerea în stare de ebrietate, conducerea fără permis sau conducerea unui autovehicul neînmatriculat.

Soluțiile instanțelor au fost contradictorii și în cazul survenirii unor leziuni ușoare, care necesită pentru vindecare mai puțin de zece zile de îngrijiri medicale, deoarece acest nivel este necesar pentru existența infracțiunii de vătămare corporală din culpă prevăzută de art. 184 alin. (1) Cod penal. Astfel, instanța de fond¹³ l-a condamnat pe inculpat pentru infracțiunea de părăsire a locului accidentului, deși partea vătămată a refuzat să fie transportată la spital și l-a asigurat pe inculpat ca nu a suferit leziuni. Ulterior, partea vătămată s-a prezentat la medicul legist, care i-a eliberat un certificat medico-legal, atestând echimoze ce au necesitat pentru vindecare îngrijiri medicale timp de 1-2 zile. Inculpatul a fost achitat în apel în temeiul art. 10 lit. d) și art. 11, pct. 2, lit. a) Cod procedură penală. Recursul procurorului a fost respins¹⁴, cu motivarea că infracțiunea de părăsire a locului accidentului poate fi săvârșită numai cu intenție directă. Aceasta presupune că autorul conștientizează că a produs o vătămare corporală și cu toate acestea părăsește locul accidentului, pentru a împiedica reconstituirea împrejurărilor în care s-a săvârșit fapta și în final tragerea la răspundere penală. Or, victima accidentului nu prezenta semne de lovire, l-a asigurat pe inculpat că nu a suferit leziuni, iar excoriațiile descoperite ulterior de medicul legist nu pot fi numite vătămări corporale în sensul legii. Aceste elemente conduc la concluzia că nu este realizată latura subiectivă a infracțiunii de părăsire a locului accidentului, respectiv intenția inculpatului de a împiedica aflarea împrejurărilor în care a avut loc acroșarea și tragerea la răspundere penală. Pe de altă parte, leziunile superficiale ale părții vătămate nu constituie nici infracțiunea de vătămare corporală care să necesite pentru vindecare îngrijiri medicale mai mult de 10 zile.

¹¹ Trib. Brașov, s. pen., sent. nr. 100/2002, nepublicată.

¹² C. Ap. Brașov, s. pen., dec. nr. 128/2001, nepublicată.

¹³ Jud. Botoșani, sent. pen. nr. 834/2001, nepublicată.

¹⁴ C. Ap. Suceava, s. pen., dec. nr. 701/2001, nepublicată.

Într-un recurs în interesul legii, Înalta Curte de Casație și Justiție s-a pronunțat în același sens, decizând că dispozițiile art. 89¹⁵ Cod rutier se referă numai la vătămările care necesită pentru vindecare îngrijiri medicale mai mari de 10 zile sau alte urmări prevăzute de art. 182 alin. (2) din actualul Cod penal¹⁵.

În unele spețe s-a apreciat că elementele constitutive ale infracțiunii de părăsire a locului accidentului nu sunt întrunite nici în cazul existenței unor avarii ușoare ale autovehiculelor. Astfel, inculpatul C.N. a fost condamnat la 6 luni închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de conducere pe drumurile publice a unui autovehicul fără a poseda permis de conducere și la 8 luni închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de părăsire a locului accidentului. S-a reținut că în momentul efectuării manevrei de întoarcere, inculpatul a intrat în coliziune cu alt autoturism și nu a oprit la locul accidentului, ci și-a continuat drumul până la domiciliu, unde a fost depistat de organele de poliție¹⁶. Tribunalul a respins ca nefondat apelul declarat de inculpat, cu motivarea că infracțiunea subzistă, chiar dacă urmările accidentului nu au fost grave și nu s-a soldat cu victime¹⁷. Instanța de recurs a constatat că recursul declarat de inculpat este fondat, nefiind întrunite elementele constitutive ale infracțiunii de părăsire a locului accidentului, deși în urma impactului dintre cele două autoturisme a rezultat avarierea aripii dreapta-față și a ușii dreapta-față, precum și spargerea lămpii de semnalizare amplasată pe aripa laterală dreapta a autoturismului său¹⁸.

Sub acest aspect trebuie să se ia în considerare faptul că în cazul avariilor ușoare la propriul autoturism nu mai este obligatorie deplasarea organelor de poliție la fața locului.

În concluzie, preluarea infracțiunii prevăzute de art. 89 din Codul rutier în noul Cod penal va determina necesitatea reevaluării actualei practici judiciare prin prisma modificării conținutului infracțiunii respective.

¹⁵ ÎCCJ, s. unite, dec. nr. 66/2007, publicată în M. Of. nr. 537 din 16 iulie 2008.

¹⁶ Jud. Videle, sent. pen. nr. 183/1999, nepublicată.

¹⁷ Trib. Teleorman, s. pen., dec. nr. 780/1999, nepublicată.

¹⁸ C. Ap. București, s. pen., dec. nr. 325/2000, nepublicată.

Influența dreptului european asupra litigiilor fiscale din România

Prof. univ. dr. Radu BUFAN

*Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept și Științe Administrative*



The influence of European law on tax disputes in Romania

Abstract:

The accession of Romania to EU has an influence not only as regards the tax substantive law (that is harmonized to the necessary extend) but also as regards the tax procedure law.

Thus, the Romanian case law recognizes not only the provisions of EU tax law but also the principles of European law that are mostly created by EU Courts. The decisions of our courts that apply these principles, especially when the aim of the directive is not accurately implemented in our domestic law and may give rise to conflicting interpretations, are more frequent.

Another fashion to appeal the legislative administrative acts of public authorities is the motion to alter the judgment based on violation of European law provided by article 21 para. 2 of the Law no. 554/2004. The evolution of this article that offers a remedy in case of violation of European law represents an odyssey that highlights the evolutions of our judicial system.

The paper shall also outline the approach of our courts in connection with the procedure of preliminary reference, hardly addressed even in cases of violation of the rights provided by European law.

Keywords: the principles of european law, motion to alter the judgement, the case law of European courts, preliminary reference, contentious administrative and tax matters.

Lucrarea de față își propune să examineze atât probleme de drept material, cât și aspecte de drept procesual, ambele din perspectiva reliefării rolului dreptului UE, al impactului său în litigiile fiscale din România.

§ 1. Aspecte de drept procesual

Pentru a conferi eficacitate dreptului european, ca urmare a aderării României la Uniunea Europeană prin Legea nr. 262/2007¹ s-a introdus în Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ motivul de revizuire prevăzut la art. 21 alin. (2) potrivit căruia *“Constituie motiv de revizuire, care se adaugă la cele prevăzute de Codul de procedură civilă, pronunțarea hotărârilor rămase definitive și irevocabile prin încălcarea principiului priorității dreptului comunitar, reglementat de art. 148 alin. (2), coroborat cu art. 20 alin. (2) din Constituția României, republicată. Cererea de revizuire se introduce în termen de 15 zile de la comunicare, care se face, prin derogare de la regula consacrată de art. 17 alin. (3), la cererea temeinic motivată a părții interesate, în termen de 15 zile de la pronunțare. Cererea de revizuire se soluționează de urgență și cu precădere, într-un termen maxim de 60 de zile de la înregistrare”*.

În baza acestui articol hotărârile judecătorești definitive și irevocabile puteau fi supuse revizuirii dacă erau încălcate dispozițiile privind prioritatea dreptului european.

Utilitatea motivului de revizuire pentru nesocotirea dreptului european nu poate fi contestată. Totuși, modul tehnic de formulare a art. 21 alin. (2) a stârnit controverse în doctrină² și în practică; dovadă în acest sens stau și cele trei decizii pronunțate de Curtea Constituțională prin care au fost angajate discuții de constituționalitate a remediului oferit de art. 21 alin. (2) pentru a “sanționa” cazurile de derapaj în recunoașterea principiului aplicării prioritare a dreptului european.

A fost nevoie de trei cereri de sesizare a Curții Constituționale pentru a recunoaște dificultățile practice de aplicare a motivului de revizuire. Așa cum se cunoaște, Curtea Constituțională, prin Decizia nr. 675/2008³ și Decizia nr. 679/2009⁴ a respins ca neîntemeiată excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 21 alin. (2) din Legea contenciosului administrativ, respectiv a art. 21 din aceeași lege. Cu aceste prilejuri, examinarea constituționalității acestora a fost realizată de instanța de contencios constituțional din perspectiva unor critici care nu accentuau deficiențele semnalate ulterior (n.n. *la momentul analizării cererii care a stat la baza Deciziei nr. 1609/2010*). De aceea, reconsiderarea soluției pronunțate prin deciziile menționate s-a justificat prin noutatea argumentelor aduse în sprijinul admiterii excepției, care au fost subliniate și îmbogățite și de Înalta Curte de Casație și Justiție-Secția de contencios administrativ și fiscal în opinia exprimată cu privire la neconstituționalitatea textului de lege criticat [art. 21 alin. (2) din Legea contenciosului administrativ].

Pe baza unor argumente “îmbogățite” ale excepției de neconstituționalitate a art. 21 alin. (2), Curtea Constituțională prin Decizia nr. 1609/2010 a admis excepția de neconstituționalitate a art. 21 alin. (2) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004.

Criticile aduse au fost justificate de motive de certitudine juridică, deoarece⁵ “părțile participante la procesele de contencios administrativ nu au o reprezentare exactă a

¹ Legea nr. 262/2007 pentru modificarea și completarea Legii nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, publicată în M. Of. nr. 510 din 30 iulie 2007.

² I. Rîciu, *Procedura contenciosului administrativ*, Ed. Hamangiu, 2009, pp. 384-390.

³ Dec. nr. 675/2008 publicată în M. Of. nr. 474 din 27 iunie 2008.

⁴ Dec. nr. 679 din 5 mai 2009, publicată în M. Of. nr. 411 din 16 iunie 2009.

⁵ Extras din motivarea excepției de neconstituționalitate a textului art. 21 alin. (2).

drepturilor și obligațiilor lor în ceea ce privește momentul în care urmează a se face comunicarea hotărârilor care le sunt opozabile, nefiind clar dacă motivarea și redactarea hotărârilor sau numai comunicarea acestora urmează a se face, prin derogare de la prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 554/2004, în termen de 15 zile de la pronunțarea hotărârilor a căror revizuire se solicită”.

Astfel, Curtea constată că alin. (2) al art. 21 din Legea nr. 554/2004 folosește o formulare deficitară sub aspectul logicii juridice, stabilind că motivul de revizuire îl reprezintă *pronunțarea hotărârilor rămase definitive și irevocabile prin încălcarea principiului priorității dreptului comunitar*. Într-o interpretare riguroasă din punct de vedere gramatical și semantic, din această redactare s-ar putea înțelege că rămânerea definitivă și irevocabilă a hotărârii judecătorești ar fi consecința încălcării principiului priorității dreptului comunitar. Desigur că legiuitorul nu a pornit, în reglementarea acestui nou caz de revizuire de la o astfel de premisă, dar Curtea observă că, deși nu este de natură să intre în contradicție cu vreun text constituțional, redactarea acestei teze este perfectibilă.

Teza a doua a alin. (2) al art. 21 din Legea contenciosului-administrativ nr. 554/2004 stabilește că cererea de revizuire împotriva soluției definitive și irevocabile pronunțate de instanța de contencios-administrativ, întemeiată pe un nou motiv de revizuire, prevăzut de teza întâi a aceluiași text normativ, trebuie introdusă în termen de 15 zile de la comunicarea hotărârii a cărei revizuire se cere.

Confuzia intervine în ceea ce privește momentul de la care începe să curgă acest termen, întrucât textul continuă cu precizarea că această comunicare se face, „prin derogare de la regula consacrată de art. 17 alin. (3), la cererea temeinic motivată a părților interesate, în termen de 15 zile de la pronunțare”.

Or, art. 17 alin. (3) la care face trimitere acest text legal nu are în vedere **comunicarea hotărârii, ci redactarea și motivarea acesteia**, operațiuni care se realizează „în cel mult 30 de zile de la pronunțare”. Art. 17 alin. (3) stabilește (recomandă), termenul în care trebuie redactate și motivate aceste hotărâri, nicidecum termenul în care acestea se comunică părților. Or, este evident că operațiunea comunicării nu este simultană redactării și motivării, ci, în mod firesc, ulterioară, între aceste momente scurgându-se un interval de timp a cărui durată nu este fixată de niciun text de lege. Prin urmare textul de lege criticat face trimitere la un alt text de lege care reglementează o cu totul altă problemă decât cea pe care legiuitorul ar fi dorit să o clarifice prin trimiterea făcută. O astfel de lipsă de rigoare juridică pune partea interesată în situația de a nu putea cunoaște cu precizie termenul pe care trebuie să îl respecte pentru ca cererea sa de revizuire să nu fie respinsă ca tardiv introdusă ori, dimpotrivă, ca prematură⁶.

Se prevede, în continuare în textul criticat, că, pentru a putea solicita revizuirea hotărârii, partea interesată trebuie să formuleze o cerere „temeinic motivată”, prin care să ceară comunicarea acestei hotărâri în 15 zile de la pronunțare, „prin derogare de la regula consacrată de art. 17 alin. (3)” care, însă, așa cum s-a arătat, nu se referă la comunicare, ci la motivarea și redactarea hotărârii. Curtea constată că intenția legiuitorului de a accelera, prin această reglementare, soluționarea cererii de revizuire a fost concretizată printr-o normă legală confuză, întrucât face în mod eronat trimitere la un

⁶ G. Fabian, E. Veress, *Suprimarea motivului de revizuire pentru sancționarea încălcării principiului priorității dreptului în materia contenciosului administrativ. Considerații critice*, în RRDE nr. 3/2012 p. 57 și urm.

text legal care nu prevede cu privire la comunicarea hotărârilor judecătorești, ci reglementează alte etape ale activității desfășurate de judecător, și anume motivarea și redactarea hotărârilor.

Apoi, este evident că judecătorul, primind cererea prin care se solicită comunicarea hotărârii, va trebui să o evalueze, pentru a vedea dacă este „temeinic motivată”, astfel cum impune textul criticat. Această apreciere pe care judecătorul urmează să o facă ar trebui să aibă loc într-un cadru procesual care însă nu există, cererea fiind introdusă, în mod logic, ulterior pronunțării unei hotărâri definitive și irevocabile (care, dacă nu este atacată cu o cale extraordinară de atac, reprezintă punctul final al procesului) și anterior eventualei continuări a acestuia prin soluționarea cererii de revizuire. Cu alte cuvinte este vorba despre o etapă exterioară oricărui cadru procesual, fiind ulterioară încheierii procesului – după exercitarea căilor ordinare de atac, și premergătoare posibilei sale continuări – provocată de introducerea revizuirii. Or, dreptul de a exercita această cale extraordinară de atac poate fi anulat tocmai prin respingerea unei astfel de cereri la carei unic scop îl constituie urgentarea comunicării hotărârii a cărei revizuire se dorește. Faptul că analizarea acesteia are loc în afara procesului propriu-zis, așadar fără posibilitatea respectării unor minime garanții procesuale, este, în condițiile unui stat de drept, inacceptabil, constituind o nesocotire a dreptului la un proces echitabil⁷.

Efectul admiterii excepției de neconstituționalitate îl reprezintă potrivit art. 147 alin. (1) din Constituția României încetarea efectelor dispoziției constatată neconstituțională în termen de 45 de zile de la publicarea deciziei Curții Constituționale dacă, în acest interval, Parlamentul sau Guvernul, după caz, nu pun de acord prevederile neconstituționale cu dispozițiile Constituției. Pe durata acestui termen, dispozițiile constatate ca fiind neconstituționale sunt suspendate de drept.

În încercarea de remediere a deficiențelor constatate de Curtea Constituțională, Camera Deputaților în calitate de cameră decizională a procedat la abrogarea întregului text al art. 21 alin. (2) motivat de faptul că *conform doctrinei de drept procesual civil, revizuirea este o cale extraordinară de retractare care se justifică, de regulă, prin aceea că, involuntar, instanța a săvârșit o eroare în legătură cu starea de fapt stabilită în hotărârea atacată.*

Această abrogare *in integrum* a textului criticat, prin Legea nr. 299/2011, a făcut mai mult rău decât bine; încercând să elimine neclaritățile, a eliminat însăși posibilitatea invocării motivului de revizuire, esențial din perspectiva garanțiilor oferite de recurgerea la dreptul european.

Din fericire, prin Decizia nr. 1039 din 5 decembrie 2012, Curtea Constituțională a admis excepția de neconstituționalitate, ridicată din oficiu de Curtea de Apel Timișoara, constatând, de această dată, neconstituționalitatea legii de abrogare a art. 21 alin. (2) din Legea nr. 554/2004, astfel:

„Legea nr. 299/2011 pentru abrogarea alin. (2) al art. 21 din Legea contenciosului administrativ nr.554/2004, în ansamblul său, este neconstituțională; *prevederile art. 21 alin. (2) teza întâi din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 sunt neconstituționale în măsura în care se interpretează în sensul că nu pot face obiectul revizuirii hotărârile definitive și irevocabile pronunțate de instanțele de recurs, cu*

⁷ *Idem.*

încălcarea principiului priorității dreptului Uniunii Europene, atunci când nu evocă fondul cauzei”.

Decizia a fost publicată în Monitorul Oficial nr. 61 din data de 29 ianuarie 2013 și a reintrat în fondul activ al legislației cu data respectivă, deși, într-o serie de procese de revizuire declanșate după această dată, fiscul a invocat în mod constant că, prin această procedură, textul odată abrogat nu mai poate fi repus în vigoare, conform dispozițiilor art. 64 alin. (3) din Legea nr. 24/2000 privind elementele de tehnică legislativă.

Practica instanțelor s-a stabilizat însă în sensul contrar, al reintrării în vigoare a textului art. 21 alin. (2), astfel că motivul de revizuire a putut fi invocat pentru litigii în care hotărârea irevocabilă a fost pronunțată după data de 29 ianuarie 2013.

§ 2. Aspecte de drept material

În cadrul acestei secțiuni vom aborda și o chestiune care, la prima vedere, ține de procedură, și anume analiza motivelor pentru care instanțele române sunt mai degrabă reticente în a formula întrebări preliminare către C.J.U.E., însă, pe fond, este legată de dreptul european material.

Din discuțiile cu o serie de colegi, dar și din experiență personală, constatăm că instanțele noastre sunt rezervate în a admite întrebările preliminare, mai ales în materiile care evident țin de dreptul U.E., materii armonizate cum ar fi taxa pe valoarea adăugată, spre exemplu.

Un prim element pe care l-am identificat îl reprezintă chiar deficiențele în cunoașterea materiei din partea avocaților „generalști” care se avântă în a formula întrebări care fie nu au ca obiect interpretarea dreptului U.E., fie sunt formulate la modul foarte general, forțând obținerea interpretării unui text din dreptul intern care nu are legătură cu un text din Directivele TVA

Un alt motiv de care „suferă” atât avocații, cât și magistrații îl constituie materia dreptului U.E. în sine care este foarte vastă, motoarele de căutare sunt limitate ca performanță, iar singura colecție „oficială” pe materii este ținută doar în limba franceză, din ce în ce mai puțin accesibilă tinerei generații. Faptul că deciziile CJUE pertinente, aplicabile teoretic speței române, care să aibă caracteristicile similarității – nu neapărat ale identității – sunt greu de identificat, constituie un obstacol peste care avocații trec mai ușor, dar judecătorii mai greu.

De aceea, este util ca litigantii să prezinte instanței toate spețele identificate, conform căutării în baza de date a CJUE, care pot fi considerate că au legătură cu cauza, astfel încât judecătorul să aibă minimul confort că nu i se va reproșa existența unui șir întreg de soluții, constante, date de către Curte în legătură cu întrebarea adresată.

Spre exemplu, într-o cauză, am identificat o situație absolut similară în care o instanță germană a adresat Curții întrebarea pe care doream și noi s-o adresăm, întrebare la care nu s-a răspuns deoarece, fiind a treia întrebare, la aceasta se răspundea doar dacă la primele două răspunsul ar fi fost negativ, ori nu a fost cazul. O astfel de cercetare poate fi utilă judecătorului național, care va ști că o întrebare similară a mai fost admisă de către Curte, chiar dacă nu i s-a dat un răspuns.

În alte state membre există cărți, tratate, care prezintă sinteza tuturor spețelor Curții într-o anumită materie – spre exemplu TVA – ceea ce este de un imens ajutor tuturor părților implicate în cauză; de asemenea există materiale ale institutelor/centrelor de studii fiscale pe aceeași tematică etc.

O altă cauză a refuzurilor de admitere a întrebărilor preliminare o constituie necunoașterea de către avocați a modului de formulare a întrebărilor de către instanțele naționale, respectiv a normelor de îndrumare elaborate de către Curte în acest sens, prin Recomandarea (2012/C-338/01) în atenția instanțelor naționale, referitoare la efectuarea trimerelor preliminare⁸.

Ori, a cere judecătorului național să întocmească singur acel material, căutând în solicitarea părții elementele necesare, pare, în actualele condiții de încărcare cu dosare ale instanțelor, o sarcină greu de realizat. De aceea ar trebui ca părțile să-și întocmească și să-și justifice cererea de întrebare preliminară ori să insereze cât mai multe elemente de care, la rândul său, instanța națională are nevoie pentru a formula întrebarea: descrierea situației de fapt, precizarea textelor aplicabile din legislația națională și din dreptul european, prezentarea argumentelor părților etc.

Această pregătire temeinică a dosarului întrebării preliminare, în care să se menționeze și spețele Curții identificate (în rezumat) care ar fi aplicabile, măcar indirect, trebuie să-l ajute pe judecător să ia o hotărâre corectă: dacă i se prezintă suficiente soluții în spețe pe care le va considera similare, nu va formula întrebarea, însă va beneficia de ele în soluționarea cazului iar dacă va aprecia, pe baza acestor cauze și a propriilor cercetări, că problema nu a fost încă soluționată la nivelul Curții, va putea formula întrebarea cu o investiție rezonabilă din timpul său, și așa insuficient pentru soluționarea dosarelor.

Chiar dacă, per total, instanțele noastre nu se dovedesc prea harnice în privința numărului de întrebări preliminare în materie fiscală, trebuie să recunoaștem că cele deja trimise Curții spre soluționare sunt de mare importanță.

Vom cita în primul rând, în materia TVA spețele *Gran Via Moinești* și speța *Steaua Română*. Astfel în speța *Gran Via Moinești (C-257/11)* s-a stabilit că societatea are dreptul de a deduce TVA pentru achiziția de terenuri și clădiri și de a nu ajusta această deducere în cazul demolării clădirilor achiziționate, dacă dezafectarea se face pentru a construi noi imobile în care se vor desfășura operațiuni taxabile. Această soluție infirmă în mod expres interpretarea fiscului român, consacrată la nivelul Normelor metodologice de aplicare a Codului fiscal.

În speța *Steaua Română (C-431/12)* Curtea a arătat că, în lumina dreptului european, contribuabilii trebuie să beneficieze de dobânzi pentru nerambursarea de către organul fiscal în termenul legal al sumelor datorate cu titlu de TVA, chiar dacă sumele datorate la rambursare au fost compensate prin decizii de compensare, anulate ulterior de instanțele de judecată.

La data prezentării acestui material erau pe rolul Curții două spețe - reunite - care atacau, în premieră, importanta problemă a TVA asupra tranzacțiilor cu imobile realizate de către persoanele fizice în perioada 2007-2010, și anume *cauzele C-249/12 și C-250/12 - Tulică și Plavoșin*.

⁸ Disponibilă la <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:338:0001:0006:RO:PDF>.

Aceste întrebări nu vizează fondul cauzei, respectiv dacă se datorează sau nu TVA pentru aceste tranzacții, ci cum se calculează acel TVA, prin adăugare la prețul convenit între părți, ambele persoane neimpozabile, sau prin scădere din prețul convenit și plătit. Opinia noastră a fost tot timpul în favoarea celei de-a doua soluții, contrar Deciziei Comisiei centrale fiscale nr. 2/2011 care a optat pentru prima dintre ele.

La data predării la editură a acestui material (martie 2014) hotărârea Curții este cunoscută, cea de-a doua soluție fiind reținută, pe baza următoarelor argumente de principiu:

„33 Conform regulii generale prevăzute la articolul 73 din Directiva TVA, baza de impozitare pentru livrarea unui bun sau pentru prestarea unui serviciu, efectuate cu titlu oneros, este constituită de contrapartida primită în mod real în acest sens de persoana impozabilă. Această contrapartidă constituie valoarea subiectivă, respectiv valoarea primită în mod real, iar nu valoarea estimată conform unor criterii obiective.

34 Această regulă trebuie aplicată în conformitate cu principiul de bază al directivei menționate, potrivit căruia prin sistemul TVA se urmărește să se taxeze exclusiv consumatorul final”.

Prin urmare Curtea a hotărât că „Directiva 2006/112/CE a Consiliului din 28 noiembrie 2006 privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată, în special articolele 73 și 78 din aceasta, trebuie interpretată în sensul că, atunci când prețul unui bun a fost stabilit de părți fără nicio mențiune cu privire la taxa pe valoarea adăugată, iar furnizorul bunului respectiv este persoana obligată la plata taxei pe valoarea adăugată datorate pentru operațiunea supusă taxei, prețul convenit trebuie considerat, în cazul în care furnizorul nu are posibilitatea de a recupera de la dobânditor taxa pe valoarea adăugată solicitată de administrația fiscală, ca incluzând deja taxa pe valoarea adăugată”.

Consecința acestei soluții are legătură cu primul aspect analizat în prezenta lucrare: toți contribuabilii care au fost supuși la plata TVA prin adăugarea la prețul tranzacției, (plus accesoriile aferente) pot cere revizuirea hotărârilor judecătorești respective, în baza art. 21 alin. (2) din Legea contenciosului administrativ, sumele recalculat având un impact deloc neglijabil raportat la totalul creanței fiscale astfel constatate.

§ 3. Invocarea principiilor dreptului U.E.

Prin procedura întrebărilor preliminare putem valorifica, în procesul fiscal, accesul la instanța europeană care se orientează, în opera sa, după principii, reguli, cunoscute sau emergente, în continua evoluție.

Invocarea, în procesele fiscale interne, nu doar a hotărârilor Curții în spețe relativ similare, ci a unor principii consacrate sau valorizate din perspectivă fiscală de către Curte constituie un demers pretentios, dar care începe a fi îmbrățișat și de către instanțele noastre.

Importanța acestor principii este subliniată de doctrina contemporană, prin nevoia de a apela la texte cu vocație generală, acolo unde legea este neclară; astfel, s-a arătat că: „Importanța unor argumente raționale crește pe măsură ce Curțile tind să se bazeze pe principii sau orientării generale decât pe anumite paragrafe ale textelor legale. Multe probleme noi nu pot fi rezolvate aplicând dispoziții din coduri sau statute. Dar principiile

nu cad din cer, ele trebuie căutate și elaborate și aceasta se poate face doar prin argumentare rațională”.

„Elaborarea și aplicarea unor principii nescrise a dobândit, în practica Comunității, o importanță semnificativă, în ciuda oricărei dispoziții scrise în acest sens. În afara utilizării lor ca și criterii de interpretare, aceste principii folosesc pentru a identifica limitele puterii exercitate de către administrație asupra contribuabililor și mai general, pentru a determina legalitatea actelor sau comportamentului instituțiilor Comunității sau a unui Stat Membru. Elaborarea unui principiu general al Comunității nu cere ca acesta să existe în toate sistemele de drept naționale. Există principii care trebuie încorporate în ordinea juridică comunitară și deci își dobândesc autonomia funcție de structura și obiectivele acestei ordini”¹⁰.

Pe de altă parte, literatura occidentală pare a fi destul de prudentă în ce privește acceptarea imediată a principiilor declarate ca fiind recunoscute de drept european, manifestând rezervă în privința conținutului exact al acestora și al limitelor aplicării lor; spre exemplu, abia foarte recent, sub imperiul progreselor jurisprudenței, doctrina franceză începe să recunoască existența principiului securității juridice și al încrederii legitime ca principiu distinct, de sine stătător, cu un anume conținut.

Astfel, s-a arătat că „sperăm că progresele înregistrate de hotărârea EPI constituie o primă etapă spre consacrarea în dreptul francez a unui principiu “autonom” al încrederii legitime și securității juridice, deja admis de mai multe curți și tribunale administrative franceze... Tribunalul administrativ din Strasbourg, într-un considerent de principiu, a precizat contururile principiului încrederii legitime: *În cadrul activității sale, Administrația trebuie să vegheze să nu producă terților un prejudiciu anormal datorită unei modificări neașteptate a regulilor pe care le edictează sau a comportamentului pe care-l adoptă, dacă caracterul brusc al acestei schimbări nu a fost necesar prin prisma obiectului măsurii sau prin prisma finalităților urmărite*” (Stanisla Vailhen, „*Petite retroactivité fiscale et droit au respect des biens: un avertissement du juge au législateur*”, *Revue de droit fiscal*, nr. 26/28 juin 2012).

De asemenea, principiul încrederii legitime, provenit din dreptul german, pare a fi destul de greu de integrat în peisajul fiscal, datorită mobilității excesive a textelor fiscale.

Este interesant dar și greu de surprins în linii clare procesul prin care un principiu al dreptului UE devine operațional la nivelul la care îl poate invoca un operator economic. Spre ex., principiul proporționalității, consacrat pentru a reglementa măsura intervenției la nivel european, în detrimentul intervenției la nivelul Statelor Membre, a fost “coborât”, cel puțin în materia TVA, de către Curte, la o accepțiune în materia probelor: deductibilitatea TVA nu poate fi supusă unor condiții, impuse de legea națională, care, încălcând principiul proporționalității, s-ar dovedi excesive raportat la scopul luptei contra fraudei și evaziunii fiscale, făcând extrem de dificilă sau practic imposibilă exercitarea dreptului de deducere.

Trebuie să salutăm și preluarea acestui principiu măcar la nivelul Normelor metodologice de aplicare a Codului fiscal; astfel, la pct. 53 (11) dat în aplicarea art. 148

⁹ T. Koopmans, *Judicial activism and Procedural Law*, ERPL, 1993, p. 78.

¹⁰ AG Tesauro în speța Kefalas (C-367/96).

Cod fiscal, se prevede, de la 1 ianuarie 2014, că „conform principiului proporționalității, organele fiscale nu pot solicita persoanei impozabile mai mult decât ceea ce este necesar pentru dovedirea incidentului care a condus la pierderea, distrugerea sau furtul bunului, astfel încât sarcina persoanei impozabile să nu devină practic imposibilă sau extrem de dificilă”.

Placând de la acest exemplu de „operaționalizare” a principiilor dreptului U.E., se pune firesc întrebarea dacă acest *modus operandi* este aplicabil și în materiile fiscale nearmonizate. Spre exemplu, în materia impozitului pe profit, la Normele de aplicare ale art. 21 alin. (4) lit. m) Cod fiscal impun, pentru dovada prestării efective a serviciilor, producerea de rapoarte, studii de piață etc., dar și a altor „materiale corespunzătoare”; este oare aplicabil principiul proporționalității și în acest domeniu, existând o limitare a nivelului de detaliere, a numărului și structurii probelor, după raționamentul prezentat mai sus în cazul bunurilor furate?

Considerăm că răspunsul este pozitiv, nu doar pentru că nivelul de aplicare al principiului coboară la relația dintre contribuabil și administrația fiscală, ceea ce s-a realizat deja, de către Curte, în materia TVA; alte argumente provin din principiile unanim acceptate ale interpretării raționale, din logica raportului dintre efort și efect, fiind irațională o măsură care presupune un efort superior efectului scontat.

O problemă importantă constă și în „indigenizarea” acestor principii, recunoscute de către Curte, deoarece Codul nostru fiscal folosește o terminologie neadecvată în raport cu conținutul principiilor pe care chiar el le consacră, la art. 3.

Constatăm, în ultimul timp, că instanțele noastre nu se mărginesc la litera acestor texte imperfecte ci se străduiesc să descopere conținutul lor real, să-l apropie de conținutul principiilor consacrate de către Curte, și, în consecință, să le facă aplicabile, să le dea viață, să le folosească acolo unde este nevoie, adică în cazurile în care norma specială nu prevede nimic sau există un conflict între două norme de același nivel.

Spre exemplu, Înalta Curte a evocat practic principiul securității juridice, identificându-l din textul, necorespunzător formulat, al art. 3 lit. b) Cod fiscal, care face vorbire despre certitudinea impunerii (Decizia nr. 1829 din 4 aprilie 2012 din dosarul nr. 820/57/2011). De asemenea, Curtea de apel Ploiești valorizează, în Sentința nr. 45 din 13 februarie 2013 (dosarul nr. 539/42/2010/a1) principiul certitudinii impunerii și cel intitulat „eficiența impunerii”.

Din cele arătate rezultă nevoia de reformulare și completare a setului de principii aplicabile în dreptul fiscal, consacrate parțial și într-o formulare desuetă la art. 3 Cod fiscal. Acest articol trebuie intitulat “principii aplicabile în dreptul fiscal” și rescris prin prisma identității și conținutului principiilor consacrate de către CJUE, astfel încât să pună la îndemâna justițiabililor instrumentele necesare pentru interpretarea textelor fiscale în orice condiții.

Regimul juridic al declarațiilor fiscale în România

*Conf. univ. dr. Cristina ONEȚ
Universitatea Lucian Blaga din Sibiu
Facultatea de Drept*



Legal regime of tax returns in Romania

Abstract:

The paper entitled “The legal nature of fiscal declarations in Romania” is meant to be an exhaustive presentation of the topic mentioned in the title, a complex analysis of the public financial law acts from the perspective of the notion itself, their characteristics and classification, and, particularly, their legal nature.

The investigation continues with a theoretical approach on the above mentioned aspects, such as the notion, the characteristics and the legal nature, but especially presenting one of the most important categories of fiscal administrative acts, the titles over fiscal claims.

Continuing this approach, from general aspects to particularities, this papers purpose is to analyze theoretical issues regarding the titles over fiscal claims, especially the notion, the legal attributes, their legal nature and their classification.

Talking about the most important category of titles over fiscal claims, this work manages in the end, only after having established their legal nature, to tackle all theoretical aspects regarding the fiscal declarations. Besides that, this work presents the legal nature of the various types of fiscal declarations, like the VAT declaration, the declarations regarding the CAS and other categories of social contributions, custom declarations and others.

This complex approach over the fiscal declarations is made in order to allow at the end a series of conclusions that can prove to be of real theoretical and practical utility, especially for the fiscal authorities in applying more coherent and efficient fiscal procedures.

Keywords: administrative fiscal acts, titles over fiscal claims, fiscal declarations, legal nature.

§ 1. Actele de drept ale finanțelor publice

Actele de drept ale finanțelor publice sunt o specie a actelor juridice care au fost definite în literatura de specialitate¹ ca fiind manifestări de voință făcute în scopul de a produce anumite efecte juridice, a căror realizare este garantată prin forța de constrângere a statului, în condițiile prevăzute de normele juridice în vigoare.

Pornind de la această definiție constatăm că actele de drept al finanțelor publice sunt manifestări de voință făcute în scopul de a produce efecte juridice cu ocazia formării, administrării, întrebuintării și controlului asupra resurselor financiare ale statului și ale unităților administrativ-teritoriale, a căror realizarea este garantată, în condițiile legii, prin forța de constrângere a statului.

Din definiția de mai sus rezultă caracteristicile actelor de drept financiar public. Astfel, ele sunt manifestări de voință cu caracter unilateral. Este și firesc acest lucru, dat fiind faptul că sunt acte juridice de drept public. Excepție de la această regulă o reprezintă actele ce se întocmesc în sfera împrumutului public.

O altă trăsătură se referă la faptul că au un obiect specific și clar delimitat la formarea, administrarea, întrebuintarea și controlul asupra banului public.

Actele de drept al finanțelor publice se emit în baza legii și în vederea executării ei. De asemenea, ele se emit cu respectarea normelor de competență și a condițiilor de validitate², iar realizarea lor este garantată prin forța de constrângere a statului.

§ 2. Actele emise de organele fiscale

Actele emise de organele fiscale competente în aplicarea legislației privind stabilirea, modificarea sau stingerea drepturilor și obligațiilor fiscale sunt definite de către legiuitor ca fiind acte administrativ fiscale.

Simpla lor denumire ne îndeamnă ca în analiza actelor administrativ fiscale să pornim de la una dintre cele mai importante definiții date în literatura de specialitate actului administrativ³. Astfel, acesta este considerată manifestarea de voință făcută în exercitarea funcției executive a statului, în scopul de a produce efecte juridice, a căror realizare este garantată prin posibilitatea de a recurge la forța de constrângere a statului, în condițiile prevăzute de normele juridice în vigoare.

Un alt aspect important de subliniat se referă la faptul că, potrivit voinței legiuitorului, actul administrativ fiscal emană de la organele fiscale, adică de la autoritățile publice chemate să exercite puterea executivă în scopul constituirii, administrării și controlului asupra resurselor financiare ale statului și ale unităților administrativ-teritoriale.

Faptul că actele administrativ fiscale sunt emise de către organele fiscale întărește dubla funcție a acestora de acte administrative și fiscale, în același timp.

Adeseori, în literatura de specialitate s-a arătat faptul că dreptul finanțelor publice s-a desprins din dreptul administrativ preluând componenta patrimonială a acestora, ceea ce determină și diferența fundamentală ce apare între actele administrative (de administrare

¹ Tudor Drăganu, *Actele de drept administrativ*, Ed. Științifică, București, 1959, p. 8.

² Doina Petică Roman, *op. cit.*, p. 17.

³ Tudor Drăganu, *Introducere în teoria și practica statului de drept*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1992, p. 139.

ori de execuție) și cele administrativ fiscale. Primele au, cel mai adesea, caracter nepatrimonial, în timp ce celelalte, dimpotrivă, au un pronunțat caracter patrimonial.

Din toate cele arătate se desprind o serie de trăsături ce caracterizează actele administrativ fiscale, și anume:

- a) sunt acte juridice;
- b) sunt acte emise în regim de putere publică⁴;
- c) au un pregnant conținut patrimonial;
- d) au un regim juridic derogator în raport cu cel aplicabil actelor administrative care reprezintă genul proxim (respectiv dreptul comun în materie).

Aspectele de formă ce caracterizează actele administrativ-fiscale se referă, în primul rând, la imperativul ca ele să fie emise numai în formă scrisă, iar în conținutul lor, ele trebuie să cuprindă o serie de elemente ce determină valabilitatea lor sub aspectul formei sau fondului, după caz.

Lipsa unora dintre aceste elemente (cum ar fi numele prenumele și calitatea persoanei împuternicite a organului fiscal, numele și prenumele ori denumirea contribuabilului, a obiectului actului administrativ fiscal sau a semnăturii persoanei împuternicite a organului fiscal) atrage nulitatea actului. Aceasta se poate constata din oficiu sau la cerere.

Referitor la conținutul actelor administrativ fiscale se impun o serie de precizări care au fost consfințite prin jurisprudența Secției de contencios administrativ și fiscal din cadrul Înaltei Curți de Casație și Justiție⁵. Astfel, s-a arătat faptul că actul administrativ fiscal, care nu cuprinde motivele de fapt și de drept avute în vedere de organul fiscal la luarea măsurilor față de contribuabili și care nu indică nici posibilitatea de a fi contestat, termenul de depunere a contestației și organul de soluționare competent, este nelegal, întrucât este emis cu încălcarea dispozițiilor legale în materie⁶.

Comunicarea actului administrativ fiscal se face către persoana (contribuabilul) căruia îi este destinat, în condițiile prevăzute de C. pr. fisc⁷.

În cazul în care se constată lipsa contribuabilului sau a oricărei persoane îndreptățite să primească actul administrativ fiscal sau dacă se constată refuzul de a primi actul, comunicarea se face prin publicarea unui anunț într-un cotidian național de largă circulație și/sau într-un cotidian local ori în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a, în care se menționează că a fost emis actul pe numele contribuabilului. Actul administrativ fiscal se consideră comunicat din a 15-a zi de la data publicării anunțului⁸. Celelalte dispoziții cuprinse în C. pr. civ. referitoare la comunicarea actelor se aplică cu excepția celor referitoare la afișare și doar în măsura în care dispozițiile speciale de mai sus nu sunt aplicabile.

⁴ Adrian Fanu-Moca, *Actul administrativ fiscal*, Revista de Drept Comercial, nr. 11/2005, p. 142.

⁵ ÎCCJ, Dec. nr. 2015 din 28 martie 2005.

⁶ Codul de procedură fiscală, art. 43.

⁷ Codul de procedură fiscală, art. 44 alin. (2):

1. prin prezentarea contribuabilului la sediul organului fiscal emitent și primirea actului administrativ fiscal de către acesta sub semnătură, data comunicării fiind data ridicării sub semnătură a actului;
2. prin persoane împuternicite ale organului fiscal;
3. prin poștă, la domiciliul fiscal al contribuabilului, cu scrisoare recomandată cu confirmare de primire, precum și alte mijloace cum sunt fax, e-mail, dacă se asigură transmiterea textului actului și confirmarea primirii acestuia.

⁸ Codul de procedură fiscală, art. 44, alin. (3).

Efectuarea comunicării actului administrativ fiscal este deosebit de importantă întrucât, în caz contrar actul nu îi este opozabil contribuabilului. De asemenea, data de la care se face comunicarea actului reprezintă și data de la care acesta produce efecte (adică data de la care organul fiscal poate pretinde executarea creanței stabilită în sarcina contribuabilului chiar prin cuprinsul actului administrativ fiscal). Aceasta poate să coincidă cu momentul comunicării actului, dar poate să fie și la o dată ulterioară, dacă se face mențiune în acest sens chiar în cuprinsul actului.

Actul administrativ fiscal poate fi modificat sau desființat în una dintre următoarele situații:

- ca urmare a îndreptării erorilor materiale;
- dacă se constată nulitatea actului administrativ fiscal;
- dacă se dovedește că titularul dreptului de proprietate asupra bunului sau valori supuse impozitării este altă persoană decât cea indicată prin actul administrativ fiscal;
- ca urmare a desființării sau modificării deciziei de impunere sub rezerva verificării ulterioare;
 - în cazul în care intervine anularea sau îndreptarea actului de executare ori a titlului executoriu contestat ca urmare a soluționării de către instanța competentă a contestației la executarea silită;
 - dacă se pronunță de către un organ fiscal sau o instanță judecătorească desființarea totală sau parțială a actului administrativ, ca urmare a unei contestații formulate de către contribuabil.

§ 3. Titlul de creanță fiscală

Titlul de creanță fiscală a fost definit inițial în literatura juridică de specialitate⁹, pentru ca ulterior să se realizeze acest lucru și prin actele normative adoptate în această materie.

Astfel, prin O.G. nr. 11/1996 (abrogată) legiuitorul a definit titlul de creanță bugetară ca fiind actul prin care se constată și se individualizează obligația de plată privind creanțele bugetare, întocmit de organele de specialitate, sau de persoanele împuternicite, potrivit legii¹⁰.

La ora actuală legiuitorul reglementează titlul de creanță fiscală și nu titlul de creanță bugetară așa cum s-a procedat prin actul normativ anterior menționat. Acesta îl definește ca fiind actul prin care se stabilește și se individualizează creanța fiscală întocmit de organele competente sau de persoanele îndreptățite, potrivit legii¹¹.

Cu privire la definiția titlului de creanță considerăm necesar a face următoarele precizări.

⁹ Titlul de creanță a fost definit ca fiind „actul juridic care constată și individualizează obligația pecuniară a fiecărui subiect impozabil, taxabil sau alt debitor al bugetului statului și care este întocmit conform normelor de procedură fiscală”, I. Gliga, *Dreptul finanțelor publice*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1992, p. 78. O altă definiție care emană din doctrina dreptului financiar public caracterizează titlul de creanță fiscală drept „actul juridic individual, cu caracter unilateral, prin care se constată și se stabilește obligația față de bugetul de stat a persoanei fizice sau juridice”, D. Drosu Saguna, *Drept financiar și fiscal*, Ed. Oscar Print, București 1994, p. 363.

¹⁰ O.G. nr. 11/1996 privind executarea silită a creanțelor bugetare (abrogată), art. 4, alin. (1).

¹¹ Codul de procedură fiscală, art. 108 alin. (3).

Astfel, titlul de creanță nu trebuie să se limiteze doar la actele ce încorporează obligații față de bugetul statului. În acest sens subliniem faptul că tot titluri de creanță sunt și cele care încorporează obligații față de bugetul local sau față de bugetul asigurărilor sociale de stat. Așadar, titlul de creanță încorporează orice obligație pecuniară datorată oricăruia dintre bugetele publice ce compun sistemul bugetar român.

Pe de altă parte, considerăm că titlul de creanță nu se referă doar la obligațiile fiscale (respectiv impozite și taxe) el putând să cuprindă și alte categorii de obligații de natură pecuniară, pe care diferite categorii de persoane fizice sau juridice le datorează bugetelor publice (cum ar fi de exemplu amenzile sau alte venituri nefiscale).

Pentru acest motiv, considerăm că vechea terminologie utilizată de O.G. nr. 11/1996 (abrogată) de „titlu de creanță bugetară” era mai corectă decât cea utilizată de legislația în vigoare (Codul de procedură fiscală), și anume aceea de „titlu de creanță fiscală”.

În privința naturii juridice a titlului de creanță fiscală, în literatura juridică de specialitate s-au conturat, în timp, două mari opinii.

Într-o primă opinie, aparținând doctrinei de drept financiar public, se susține că titlul de creanță fiscală, ca act de impunere, are natura juridică a unui act unilateral de drept financiar public, fiind întocmit, în temeiul reglementărilor financiar-fiscale, pentru stabilirea și încasarea unui impozit, unei taxe sau altui venit public, datorat de către diverși contribuabili, persoane juridice sau fizice¹².

Într-o a doua opinie, aparținând cu precădere doctrinei administrative a dreptului, s-a susținut că titlul de creanță este un act administrativ, arătându-se că în determinarea naturii juridice a titlului de creanță fiscală nu se poate neglija legătura strânsă dintre dreptul financiar public și dreptul administrativ, iar pe de altă parte, natura juridică trebuie stabilită ținând cont de toate trăsăturile titlului de creanță și nu doar de subiectul de la care emană.

În acest sens, s-a arătat că dreptul financiar public cuprinde ansamblul normelor care reglementează formarea, repartizarea și întrebuințarea fondurilor bănești destinate trebuințelor publice. Cum organele financiare sunt o categorie a administrației publice, rezultă că organizarea, funcționarea și atribuțiile lor sunt reglementate de dreptul administrativ, deși conținutul activității lor executive vizează, în principal, un domeniu strict delimitat, respectiv cel al finanțelor publice¹³.

Vom expune în continuare trăsăturile titlului de creanță fiscală în comparație cu cele ale actelor administrative, fapt care îndreptățește concluzia că titlului de creanță fiscală, deși este un act financiar-fiscal, prezintă, totuși, pregnante trăsături specifice actului administrativ.

I. Caracterul legal al titlului de creanță fiscală este o primă trăsătură care rezultă din obligativitatea emiterii lui pe baza și în conformitate cu legile în vigoare. Având în vedere că obligațiile fiscale sunt instituite exclusiv prin legi sau alte acte normative și că ele

¹² Autorul argumentează arătând faptul că titlul de creanță fiscală nu poate diferi în raport de organele sau persoanele care îl întocmesc, și ca atare este de părere că ne aflăm în prezența unui act juridic de drept fiscal și nu a unui act administrativ, tot astfel cum, *mutatis mutandis*, decizia de imputare este considerată ca fiind un act de drept al muncii și nu de drept administrativ, I. Condor, *Drept fiscal și financiar*, Ed. Tribuna Economică, București 1996, p. 450.

¹³ I. Santai, *Drept administrativ și știința administrației*, vol. I, Sibiu, 1995, p. 8.

izvorăsc din acestea, titlul de creanță constată și nu creează obligația fiscală ce revine unui anumit contribuabil.

II. În literatura juridică de drept financiar unilateralitatea sau liceitatea titlului de creanță fiscală au fost exprimate sintetic prin caracterul declarativ al acestuia stabilindu-se că prin emiterea sau confirmarea sa de către organele competente se constată doar dreptul statului de a încasa sumele de bani datorate bugetului de stat și obligația ce revine contribuabilului¹⁴.

Prin legea care reglementează un impozit sau o taxă se instituie o obligație ce va reveni oricărei persoane fizice sau juridice care îndeplinește condițiile cerute de acea lege. Odată ivite premisele stabilite de lege pentru nașterea obligației de plată a impozitului sau a taxei, respectiv realizarea unui venit sau deținerea unui bun, persoana fizică sau juridică va deveni contribuabil. Ea va avea obligația de-a întocmi declarația de impunere sau taxare care constituie titlu de creanță. Acesta va constata doar individualizarea față de o anumită persoană fizică sau juridică, a obligației fiscale cu vocație generală reglementată de lege.

Importanța practică a calificării titlului de creanță bugetară ca act declarativ este evidențiată în ipoteza în care contribuabilul nu-și respectă obligația de a întocmi și depune la organele fiscale, la termenul stabilit, declarația fiscală¹⁵. Ulterior se constată, prin intermediul unui control întreprins de organele abilitate sau prin declarația făcută cu întârziere, că acesta realizează un venit impozabil sau deține un bun impozabil sau taxabil și în consecință, se va emite titlul de creanță fiscală¹⁶.

În astfel de împrejurări, dacă titlul de creanță bugetară ar fi calificat ca un act juridic constitutiv de drepturi și obligații, sumele datorate de contribuabil bugetului de stat ar urma să fie calculate din momentul întocmirii acestui titlu de creanță, deoarece din acest moment a luat naștere obligația sa de plată față de oricare dintre bugetele publice.

Pe de altă parte, dacă titlul de creanță ar avea caracter constitutiv de drepturi, pentru perioada în care, în mod culpabil, nu a întocmit declarația fiscală, contribuabilul nu ar putea fi obligat la plata impozitelor sau taxelor, deoarece nu are nicio obligație de ordin fiscal.

Calificând însă titlul de creanță fiscală ca un act juridic declarativ de drepturi, efectele sale vor avea caracter retroactiv, sumele reprezentând impozite, taxe sau contribuții urmând a fi calculate și pe perioada anterioară emiterii titlului de creanță fiscală din momentul în care contribuabilul a obținut venitul sau a dobândit bunul în legătură cu care există obligațiile fiscale.

III. O altă particularitate a titlului de creanță bugetară o reprezintă caracterul său executoriu¹⁷.

¹⁴ D. Petică Roman, *op. cit.*, pp. 71-72; D. Drosu Șaguna, *Drept financiar și fiscal*, Ed. Oscar Print, București 1997, vol. II, p. 145; I. Condor, *Drept fiscal și financiar*, Ed. Tribuna Economică, București 1996, p. 449.

¹⁵ S. Iliescu, D. Drosu Șaguna, D. Coman Șova, *op. cit.*, p. 90.

¹⁶ În paralel, va fi angajată și răspunderea contravențională sau chiar penală a contribuabilului pentru nedeclararea în termen a veniturilor realizate sau a bunurilor deținute, fapta sa reprezentând o formă de evaziune fiscală.

¹⁷ Sub aspectul regimului juridic ce le guvernează realizarea, actele juridice se împart în acte pentru a căror executare, atunci când ea nu se realizează de bună voie, cel în drept se adresează unui organ de

Cauzele care determină caracterul executoriu al titlului de creanță sunt emiterea actului în realizarea puterii de stat și prezumția de legalitate de care el beneficiază și care are ca efect producerea imediată a consecințelor juridice ale titlului de creanță, fără a mai fi necesară cercetarea legalității acestuia, fiind posibilă executarea directă.

Titlul de creanță fiscală este executoriu de drept, fără a mai fi necesară obținerea altui titlu executoriu, prevederile sale putând fi aduse la îndeplinire fără nicio investiție specială. Ratiunea acestei particularități a creanței fiscale constă în necesitatea realizării veniturilor bugetare la termenele și în quantumul prevăzute de lege. Având în vedere destinația taxelor și impozitelor și faptul că beneficiară a acestora este întreaga societate, fiind vorba, prin urmare, de un interes public, legiuitorul a recunoscut caracterul executoriu de drept al creanței fiscale.

Caracterul executoriu nu se confundă cu caracterul obligatoriu al actelor. Astfel, toate actele juridice sunt obligatorii, iar în caz de nevoie, executarea se realizează prin forța de constrângere a statului. Caracterul executoriu subliniază doar că executarea prin această forță a titlului de creanță se realizează în mod direct.

Titlul de creanță bugetară devine titlu executoriu la data la care creanța bugetară este scadentă prin expirarea termenului de plată prevăzut de lege sau stabilit de organul competent, ori în alt mod, prevăzut de lege¹⁸.

În măsura în care contribuabilii nu-și execută la termenele stabilite obligația de a plăti sumele convenite bugetului de stat, organele fiscale au dreptul de a trece direct la executarea silită a acestor sume. Procedura executării silite urmează a fi declanșată din oficiu de către organele financiare competente, nefiind necesară intervenția altor organe ale statului care să avizeze executarea silită. Organele fiscale au obligația ca în momentul în care constată neplata la scadență a sumelor convenite bugetului de stat să procedeze la realizarea acestora pe calea executării silite, obligație imperativă care, în cazul nerespectării sale, poate antrena răspunderea persoanelor din cadrul acestor organe.

IV. O ultimă trăsătură a titlului de creanță fiscală, care este în măsură să ajute la identificarea corectă a naturii sale juridice, este faptul că el poate fi atacat sau contestat pe cale administrativă și judecătorească, controlul legalității titlurilor de acest fel fiind rezervat organelor financiare și efectuându-se conform normelor de procedură fiscală.

O ultimă caracteristică a titlului de creanță ar putea fi, în opinia unor autori, unilateralitatea acestuia. Caracterul unilateral reprezintă acea calitate a actului juridic conform căreia el este emis fără participarea sau consimțământul subiectelor de drept cărora le este destinat sau cu privire la care generează drepturi sau obligații. Unilateralitatea trebuie înțeleasă în sensul de voință juridică unilaterală¹⁹.

Se pune problema dacă această trăsătură subzistă în cazul în care actul este emis cu participarea unui organ financiar și a unui organ nestatal, respectiv persoană juridică sau fizică, având în vedere că cea mai mare parte a creanțelor fiscale se stabilesc pe baza

stat (instanța judecătorească) pentru a obține un titlu executoriu, susceptibil de realizare prin forța de constrângere a statului, și acte juridice a căror executare, atunci când cel obligat să o facă, refuză, se realizează direct prin forța de constrângere a statului, fără o formalitate deosebită ele constituind titlu executoriu, I. Santai, *Drept administrativ și știința administrației*, vol. II, Sibiu, 1996, p. 44.

¹⁸ S. Zilberstein, V.M. Ciobanu, I. Băcanu, *Drept procesual civil. Executarea silită*, Ed. Lumina Lex, București 1998, vol. II, p. 274.

¹⁹ A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, Ed. Nemira, București 1996, vol. I, p. 279.

declarațiilor fiscale sau a declarațiilor vamale întocmite de contribuabili persoane fizice sau juridice.

Observăm că și Codul de procedură fiscală este foarte clar în această privință, legiuitorul stabilind, pe de o parte că declarația fiscală, inclusiv cea vamală, alături de decizia de impunere și celelalte acte administrativ-fiscale asimilate acesteia, sunt titluri de creanță fiscală, întrucât el poate fi întocmit atât de către organele competente, cât și de alte persoane îndreptățite, conform legii²⁰.

În concluzie, se constată că titlul de creanță fiscală nu prezintă caracterul juridic de act unilateral, împrejurare în care, considerăm că nu are natura juridică a unui act administrativ.

Dacă analizăm comparativ caracteristicile titlului de creanță fiscală și pe cele ale actului administrativ fiscal, vom constata faptul că cele din urmă sunt emise în regim de putere publică, ceea ce le conferă, printre altele, și unilateralitatea de care tocmai am demonstrat că titlurile de creanță fiscală nu se bucură în integralitatea lor.

Din cele arătate mai sus rezultă că există mai multe categorii de titluri de creanțe fiscale. Pentru o mai bună înțelegere a considerațiilor referitoare la titlul de creanță fiscală, în cele ce urmează vom enumera câteva din cele mai importante, astfel:

- decizia de impunere emisă de către organele fiscale competente;
- declarația fiscală, angajamentul de plată sau documentul întocmit de plătitor prin care acesta declară obligațiile fiscale, în cazul în care acestea se stabilesc de către plătitor;
- decizia prin care se stabilește și se individualizează suma de plată pentru creanțele fiscale accesorii, reprezentând dobânzi și penalități de întârziere, stabilite de către organele competente;
- declarația vamală, pentru obligațiile de plată în vamă;
- documentul prin care se stabilește și se individualizează obligația vamală, inclusiv accesoriile acesteia;
- procesul-verbal de constatare și sancționare contravențională, întocmit de către organul competent (agentul constator al contravenției), pentru obligațiile privind plata amenzilor contravenționale;
- ordonanța procurorului, încheierea sau dispozitivul instanței judecătorești, pentru amenzi, cheltuielile judiciare sau alte obligații fiscale ce se pot stabili de către procuror sau instanța judecătorească în cadrul realizării actului de justiție.

După cum se poate observa, majoritatea titlurilor de creanță fiscală au un caracter explicit, fiind întocmite exclusiv în acest scop. Ele sunt acte emise de organele fiscale în scopul stabilirii impozitelor, taxelor etc., precum și, în mod asimilat, actele întocmite de către debitorii de impozite și taxe legal obligați să-și calculeze impozitele și taxele datorate.

Prototipul titlurilor de creanță fiscală întocmit exclusiv în acest scop de către organele fiscale este decizia de impunere pentru stabilirea fiecărui impozit anual datorat de liber-profesioniști și alte persoane particulare, a fiecărui impozit anual datorat pentru clădirile persoanelor fizice, a fiecărei taxe anuale asupra mijloacelor de transport aparținând persoanelor fizice etc.

Decizia de impunere este actul administrativ fiscal emis de către organul competent și care cuprinde obligația fiscală de plată ce cade în sarcina contribuabilului desemnat prin acel document.

²⁰ Codul de procedură fiscală, art. 110 alin. (3).

Fiind mai mult decât un titlu de creanță, respectiv un act administrativ fiscal, decizia de impunere va trebui să întrunească toate condițiile de formă menționate deja pentru aceste categorii de acte. În plus, conținutul lor specific trebuie să mai cuprindă o serie de elemente care le diferențiază de alte categorii de acte administrative fiscale și care se referă la tipul de impozit, taxă, contribuție sau altă sumă datorată bugetelor publice, la baza de impunere, ori la cuantumul impozitului datorat de către contribuabil pentru fiecare perioadă impozabilă.

După cum se poate observa, decizia de impunere cuprinde referiri și la baza de impunere. Există, însă, situații când bazele de impunere se stabilesc separat prin decizie distinctă de cea dintâi, și anume în cazul în care venitul impozabil este realizat de către mai multe persoane împreună, iar decizia va cuprinde și repartizarea venitului impozabil pe fiecare persoană care a participat la realizarea venitului, precum și atunci când sursa venitului impozabil se află în competența teritorială a altui organ fiscal, caz în care competența teritorială de a stabili baza de impunere aparține organului fiscal unde se află sursa venitului impozabil. El va transmite decizia privind bazele de impunere organului fiscal competent la domiciliul fiscal în vederea emiterii deciziei de impunere.

Sunt asimilate deciziilor de impunere și alte categorii de acte administrative fiscale, precum deciziile referitoare la bazele de impunere, deciziile referitoare la obligațiile de plată ale accesoriilor creanțelor fiscale, deciziile privind rambursări de TVA, ori deciziile privind restituiri de impozite, taxe, contribuții și alte venituri datorate bugetelor publice.

În situația în care legea nu prevede obligația de calculare a impozitului, declarația fiscală este asimilată unei decizii referitoare la baza de impunere.

Decizia de impunere și decizia referitoare la obligațiile de plată accesorii constituie și înștiințări de plată, de la data comunicării acestora.

Decizia de impunere întocmită de serviciile de impozite și taxe din cadrul organelor fiscale cuprinde datele privind organul emitent, contribuabilul debitor, impozitele și taxele datorate, temeiul juridic al obligațiilor financiar-fiscale și principalele condiții de plată.

Cu acest cuprins, decizia de impunere produce efectul juridic de individualizare a unei creanțe fiscale și, în ipoteza neîndeplinirii respectivelor obligații fiscale, pe baza ei se pornește executarea silită a creanțelor fiscale restante.

Pe baza și cu ajutorul datelor cuprinse în deciziile de impunere se întocmesc registrele de evidență a contribuabililor din fiecare localitate, registre denumite tradițional „roluri fiscale”.

Alăturat deciziilor de impunere, sunt remarcabile, cu aceeași valoare juridică, deciziile de stabilire, de către organele fiscale și de control financiar, a unor diferențe de impozite și taxe, a unor dobânzi sau penalități de întârziere datorate pentru depășirea termenelor legale de plată a impozitelor, taxelor și a altor contribuții bănești obligatorii, ca și procesele-verbale de constatare și sancționare contravențională prin care se aplică amenzi ce reprezintă importante surse de venit bugetar (de natură nefiscală), atât pentru bugetul de stat, cât și pentru bugetele locale.

Cea mai mare parte a deciziilor de impunere și a celor de stabilire a diferențelor de impozit se întemeiază pe declarațiile fiscale, care într-o astfel de împrejurare nu mai sunt considerate titluri de creanță fiscală. Totuși ele ar putea avea această calitate dacă în conținutul lor ar fi stabilită și individualizată o creanță fiscală, precum și debitorul acesteia. Pentru aceste motive, în cele ce urmează vom acorda o atenție sporită declarațiilor fiscale, ca fiind una din cele mai importante categorii de *acte cu valoare fiscală*.

§ 4. Titlurile de creanțe întocmite de debitorii de impozite și taxe

În ceea ce privește titlurile de creanță întocmite de către debitorii de impozite și taxe care-și pot calcula ei înșiși sumele de bani datorate, sunt diferite și ele și au suferit numeroase perfecționări în timp. Între acestea, anterior predominau așa numitele „deconturi de impozite”²¹.

În prezent, ele poartă denumirea de declarații fiscale și se întocmesc de către toate categoriile de contribuabili ce au această obligație legală și care datorează sume de bani bugetelor publice. Conformitatea percepției respectivelor impozite se verifică prin intermediul acestor declarații, de la care pornind se stabilesc, atunci când este cazul, diferențele legal datorate și eventualele dobânzi și penalități de întârziere.

Declarațiile fiscale reprezintă un element esențial în procedura de stabilire a impozitelor, taxelor și contribuțiilor întrucât scutesc organele fiscale de un important efort financiar și logistic necesar determinării masei impozabile și implicit a obligațiilor de plată²².

În literatura de specialitate²³, declarațiile fiscale au fost definite ca fiind cea manifestare de voință din partea plătitorului de impozite prin care, după caz, fie se declară organelor fiscale materia impozabilă aferentă unei perioade date de timp, fie se calculează și se declară impozitul datorat.

Declarația fiscală este documentul care se depune, în mod obligatoriu, la organele fiscale, de către persoanele stabilite prin lege și care conține, în principiu, o declarație (recunoaștere) a obligațiilor fiscale ori a bunurilor sau veniturilor din a căror deținere (de regulă în proprietate) decurg obligații fiscale ale subiectului de la care emană declarația.

Deși Normele metodologice de aplicare a Codului de procedură fiscală stabilește că declarațiile fiscale sunt „documente”, în literatura de specialitate s-a arătat că ele sunt mai mult de atât, fiind considerate acte juridice (în sensul de manifestări de voință făcute cu scopul de a produce efecte juridice).

Noi considerăm, față de expunerile de mai sus, că declarațiile fiscale sunt titluri de creanță fiscală, dar nu și acte administrativ-fiscale, în sensul dat acestui concept de Codul de procedură fiscală.

Deciziile de impunere, precum și actele juridice asimilate acestora sunt atât titluri de creanță fiscală, cât și acte administrativ-fiscale. Nu același lucru se poate spune despre declarațiile fiscale, deși nu poate fi negată încărcătura juridică de natură fiscală a acestora.

În aceste împrejurări considerăm oportun a face distincție între actele administrativ-fiscale, cum sunt deciziile de impunere, care emană de la organul administrativ cu competențe în domeniul fiscal, și actele juridice fiscale, care emană de la contribuabil (adică de la celălalt subiect al raportului juridic fiscal) și care nu este un act unilateral de voință. Deși nu poate fi pus în discuție faptul că declarația fiscală este o manifestare de voință făcută cu scopul de a produce efecte juridice sub aspectul naturii și întinderii obligației fiscale de plată, totuși, caracterul de act administrativ nu subzistă sub nicio formă.

²¹ I. Gliga, *Dreptul finanțelor publice*, Ed. Humanitas, București, 1998, p. 142.

²² A.M. Georoceanu, *Determinarea obligațiilor fiscale ale societăților comerciale*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 76 și 77.

²³ D. Dascălu, C. Alexandru, *Explicațiile teoretice și practice ale Codului de procedură fiscală*, Ed. Rosetti, București, 2005, p. 206 și 207.

În concluzie, dacă acceptăm declarația fiscală și decizia de impunere ca fiind cele două categorii de titluri de creanță fiscală explicite, putem observa, sub aspectul naturii lor juridice faptul că cele din prima categorie sunt acte fiscale, iar cele din a doua categorie sunt acte administrativ-fiscale.

Ca o consecință directă a acestei concluzii mai putem observa faptul că declarațiile fiscale nu beneficiază de caracterul unilateral, în timp ce deciziile de impunere, da.

În literatura de specialitate²⁴ s-a mai arătat, în mod just, faptul că, potrivit legii fiscale, declarațiile fiscale se depun numai în cazul impozitelor directe și indirecte, precum și în cazul contribuțiilor sociale obligatorii. S-a constatat astfel, că în cazul taxelor nu se pune problema declarării lor întrucât acestea sunt strâns legate de ideea de prestare a unui serviciu public la cerere, iar plata pentru acesta se face anticipat momentului la care va avea loc prestarea.

Conținutul mai precis al declarației fiscale se referă la următoarele aspecte:

- impozitele și contribuțiile datorate, în cazul în care, potrivit legii, obligația calculării lor revine plătitorului;
- bunurile și veniturile impozabile, în cazul în care, potrivit legii, stabilirea impozitului ori a contribuției sociale se face de către organul fiscal;
- impozitele colectate prin stopaj la sursă, în cazul în care plătitorul are obligația de a calcula, reține și vărsa impozite și contribuții sociale.

Declarația fiscală se întocmește de către contribuabil prin completarea unui formular scris, pus la dispoziție în mod gratuit de către organul fiscal.

Datele cuprinse în declarațiile fiscale trebuie să fie corecte, complete și transmise cu bună-credință (adică să corespundă adevărului și situației fiscale reale a contribuabilului).

Ele se depun la registratura organului fiscal competent, prin poștă sau prin mijloace electronice ori prin sisteme de transmitere la distanță și vor fi însoțite, atunci când este cazul, de documentația cerută de prevederile legale.

Data depunerii declarațiilor fiscale este data înregistrării lor la organul fiscal, data depunerii la poștă sau data transmiterii ei prin mijloace electronice la distanță, dar numai atunci când se poate face dovada datei prin mijloacele utilizate.

Pentru a înlesni contribuabililor îndeplinirea acestei obligații, a fost creat Sistemul Electronic Național. Mai exact este vorba despre un registru electronic în care trebuie să se înregistreze toate autoritățile și instituțiile publice, ceea ce este menit să faciliteze depunerea formularelor de declarații fiscale de către contribuabili, în sistem on-line.

H.G. nr. 862/2009 prevede sancțiuni contravenționale pentru autoritățile publice care nu își respectă obligația de a se înscrie în acest registru electronic gestionat de ASSI (Agenția pentru Serviciile Societății Informaționale).

Nedepunerea declarației fiscale dă dreptul organului fiscal să procedeze la stabilirea din oficiu a obligațiilor fiscale prin estimarea bazei de impunere, dar nu înainte de înștiințarea contribuabilului despre faptul că a depășit termenul de depunere a declarației fiscale și că după trecerea unui termen de 15 zile de la comunicarea înștiințării, se va proceda în consecință.

Obligația de a depune declarație fiscală are ca scop final o cât mai bună stabilire și calculare a sarcinilor fiscale ale contribuabililor. Cu toate acestea, ori poate tocmai de

²⁴ A.M. Georoceanu, *Determinarea obligațiilor fiscale ale societăților comerciale*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 77.

aceea, există și împrejurări în care obligația declarativă subzistă, chiar și atunci când din conținutul declarației fiscale nu decurg sarcini de plată concrete. Spre exemplu, în cazul impozitului pe profit datorat de către operatorii economici, ori în cazul impozitului pe venit al persoanelor fizice, există obligația de depunere a declarației fiscale, indiferent dacă din conținutul acestuia decurg sau nu obligațiile de plată, adică indiferent dacă s-a realizat sau nu profitul ori venitul impozabil care să genereze creanțe fiscale în beneficiul vreunui buget public al statului sau al unităților administrativ-teritoriale.

5. Categoriile de declarații fiscale ce trebuie completate și depuse de către contribuabili

În cele ce urmează, vom face o trecere în revistă a celor mai importante categorii de declarații fiscale ce trebuie completate și depuse de către contribuabili, în funcție de categoriile de venituri impozabile pe care le realizează și care sunt generatoare de sarcini fiscale.

Declarația 100 privind obligațiile de plată la bugetul statului de natura impozitului pe profit, impozitului pe veniturile din salarii, pe veniturile din dividende, pe veniturile obținute de nerezidenți în România, etc.

Declarația 102 privind obligațiile de plată la bugetele asigurărilor sociale și fondurile speciale prin care se declară contribuțiile sociale.

Declarația 103 privind obligațiile de plată la bugetul de stat de natura accizelor.

Declarația 104 privind distribuirea veniturilor și cheltuielilor între asociații unei asocieri în participațiune.

Declarația 112 privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate²⁵.

Declarația 200 privind veniturile realizate de persoanele fizice în România²⁶.

Declarația 201 privind veniturile realizate din străinătate²⁷.

²⁵ Conform Ordinului comun al ministrului finanțelor publice, ministrului muncii, familiei și protecției sociale și al ministrului sănătății nr. 1045 din 10 august 2012.

²⁶ Declarația se depune de către persoanele fizice care realizează, în mod individual sau într-o formă de asociere, venituri în bani și/sau în natură din România, provenind din: (1) activități independente, (2) cedarea folosinței bunurilor, (3) activități agricole pentru care venitul net se stabilește în sistem real, (4) transferul titlurilor de valoare, altele decât părțile sociale și valorile mobiliare în cazul societăților închise, (5) operațiuni de vânzare-cumpărare de valută la termen, pe bază de contract, precum și orice alte operațiuni similare, altele decât cele cu instrumente financiare tranzacționate pe piețe autorizate și supravegheate de Comisia Națională a Valorilor Mobiliare. Declarația se completează înscriind cu majuscule, citet și corect, datele prevăzute de formular. Se completează în două exemplare, din care unul rămâne la contribuabil. Declarația se depune direct la registratura organului fiscal sau la oficiul poștal, prin scrisoare recomandată.

²⁷ Declarația se completează și se depune de către persoanele fizice rezidente române, cu domiciliul în România și persoanele fizice care îndeplinesc, pentru anul de raportare, condiția prevăzută la art. 40 alin. (2) din Codul fiscal, care realizează venituri din străinătate, impozabile în România, ca urmare a desfășurării unor activități în străinătate, cum ar fi: venituri din profesii libere, venituri din activități comerciale, venituri din valorificarea drepturilor de proprietate intelectuală, venituri din cedarea folosinței bunurilor, venituri din activități agricole, venituri sub formă de dividende, venituri sub formă de dobânzi, venituri din premii, venituri din jocuri de noroc, venituri din transferul proprietăților imobiliare din patrimoniul personal, câștiguri din transferul titlurilor de valoare, venituri sub forma câștigurilor din operațiuni de

Declarația 204 este anuală și privește veniturile rezultate din asocierile fără personalitate juridică²⁸.

Declarația 300 privind decontul de TVA²⁹.

Declarația 400 este o declarație informativă privind veniturile din economii obținute din România de persoanele fizice rezidente în state membre ale Uniunii Europene, țări terțe și teritorii dependente sau asociate³⁰.

Potrivit legiuitorului fiscal, declarațiile fiscale sunt asimilate unei decizii fiscale, sub rezerva verificării ulterioare, ele producând efecte juridice de la momentul depunerii. Așadar, constatăm că ele pot suferi modificări din partea organului fiscal, în măsura în care acesta efectuează verificările cuvenite. De altfel, și contribuabilul însuși poate proceda la modificarea conținutului declarației sale fiscale prin depunerea unei declarații rectificative.

În principiu, obligațiile declarative sunt premergătoare obligațiilor de plată, declarațiile fiscale fiind cele care generează sume de bani cu titlu de impozit ori contribuție socială. Această împrejurare determină rolul și importanța deosebită a declarațiilor fiscale în realizarea veniturilor bugetare la nivelul bugetelor publice ale statului sau ale unităților administrativ-teritoriale. Obligația depunerii acestor declarații subzistă, uneori, chiar și atunci când unele categorii de contribuabili sunt scutiți de la plata impozitului sau contribuției sociale ori când aceștia sunt îndreptățiți la rambursări de sume de bani de la bugetele publice³¹.

vânzare-cumpărare de valută la termen, pe bază de contract și alte operațiuni similare, alte venituri din investiții, venituri din pensii, precum și alte venituri impozabile potrivit Titlului III din Codul fiscal. Se completează de mână, în două exemplare, din care unul rămâne la contribuabil. Declarația se depune direct la registratura organului fiscal sau la oficiul poștal, prin scrisoare recomandată. Nu se declară veniturile din salariile obținute în străinătate.

²⁸ Declarația se completează și se depune pentru asocierile fără personalitate juridică, constituite între persoane fizice sau pentru asocierile constituite între persoane fizice și persoane juridice române cu statut de microîntreprindere, potrivit titlului IV¹ din Codul fiscal, în cadrul cărora se realizează venituri din activități independente, inclusiv din activități adiacente, sau din activități agricole, pentru care venitul net se determină în sistem real. Declarația nu se depune pentru asocierile fără personalitate juridică pentru care venitul net anual se determină pe baza normelor de venit. Se completează de mână, în două exemplare, din care unul rămâne la contribuabil. Declarația se depune direct la registratura organului fiscal sau la oficiul poștal, prin scrisoare recomandată.

²⁹ Această declarație se depune pentru declararea operațiunilor supuse TVA și cuprinde suma taxei deductibile pentru care ia naștere dreptul de deducere și suma taxei colectate, rezultând fie TVA de achitat, fie TVA de recuperat.

³⁰ Se depune de către plătitorii de venituri din economii obținute din România de persoanele fizice rezidente în state membre ale Uniunii Europene, țări terțe și teritorii dependente sau asociate. Termen: 28/29 februarie curent, pentru plățile făcute în anul precedent. Se aplică pentru veniturile din dobânzi realizate începând din 1 ianuarie 2007.

³¹ A.M. Georoceanu, *Determinarea obligațiilor fiscale ale societăților comerciale*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 81 și 82.

Reguli generale ale dreptului internațional privat consacrate în Noul Cod Civil și Noul Cod de Procedură Civilă, cu o sferă de aplicare mai restrânsă decât ar indica formularea lor

*Lector univ. dr. Sergiu POPOVICI
Universitatea de Vest Timișoara,
Facultatea de Drept și Științe Administrative*



General rules of international law consecrated within the New Civil Code and the New Code of Civil Procedure, with a limited application area than would indicate their statement

Abstract:

The repealing of Law no. 105/1992 on private international law relationships resulted in the separation of the matter between the New Civil Code and New Civil Procedure Code. The Romanian legislator reflects, when establishing the new rules, a significant research of principles recognized in private international law doctrine, however in more than one occasion, these rules go beyond the reach that Romanian authorities may have. The purpose of this paper is to analyze stipulations in the NCC and the NCPC which establish general rules of private international law but which, due to territorial limitations of “*lex fori*”, have an effect more restricted than their wording might imply.

Keywords: general rules of private international law, limitations of *lex fori*, wording different from effects, Section VII.

§ 1. Considerente introductive

Regulile din cadrul Cărtii a VII-a din noul Cod Civil privind legea aplicabilă unor raporturi juridice cu elemente de extraneitate se aplică numai în măsura în care *lex fori* este legea română. Cu alte cuvinte, doar dacă un anumit raport juridic este dezbătut în fața autorităților administrative (de exemplu autoritățile de stare civilă) sau jurisdicționale (instanțele de judecată) din România devin relevante normele conflictuale din dreptul nostru internațional privat.

Ipoteza constituie însuși punctul de plecare al tuturor situațiilor reglementate în Cartea a VII NCC, fiind subînțeleasă în cadrul tuturor normelor conflictuale. De exemplu, conform art. 2.609 NCC, *forma adopției este supusă legii statului pe teritoriul căruia ea se încheie*. Înțelesul complet al acestei norme conflictuale este următorul: pentru adopțiile dezbătute în fața autorităților administrative sau jurisdicționale din România (desigur acelea care intră în competența lor), condițiile de formă vor fi stabilite de legea statului unde s-a încheiat adopția.

Asemănător, potrivit art. 2.616 alin. (1) NCC, *uzucapiunea este cârmuită de legea statului unde bunul se afla la începerea termenului de posesie, prevăzut în acest scop*, iar conform alin. (2), *în cazul în care bunul a fost adus într-un alt stat, unde se împlinește durata termenului de uzucapiune, posesorul poate cere să se aplice legea acestui din urmă stat, dacă sunt reunite, cu începere de la data deplasării bunului în acel stat, toate condițiile cerute de menționata lege*.

Și în această situație, adăugând ipoteza subînțeleasă tuturor normelor conflictuale din dreptul nostru internațional privat, urmează că atunci când o uzucapiune mobilă este dezbătută în fața instanțelor române competente, legea după care se va analiza pretenția reclamantului este legea unde bunul se afla la începutul posesiei, cu excepția lăsată la latitudinea posesorului conform art. 2.616 alin. (2) NCC

Nu în ultimul rând, art. 2.647 NCC: *persoana care, potrivit legii sale naționale, este lipsită de capacitatea de a se angaja prin cambie, bilet la ordin sau cec se obligă totuși valabil printr-un asemenea titlu, dacă semnătura a fost dată într-un stat a cărui lege îl consideră capabil pe subscriitor* consacra valabilitatea semnăturii date în alt stat doar în măsura în care titlul de valoare este oferit spre plată în România, respectiv dacă valabilitatea titlului este evaluată de către o instanță română competentă.

Exemplele asemănătoare celor de mai sus sunt numeroase. În anumite situații, însă, legiuitorul român a considerat necesară prevederea expresă a faptului că norma conflictuală este incidentă doar atunci când raportul juridic se desfășoară în fața unei autorități române, deși, conform celor arătate mai sus, ipoteza este subînțeleasă. Cu titlu de exemplu, conform art. 2.586 alin. (2) NCC, *dacă una dintre legile străine astfel determinată [legea națională a fiecăruia dintre soți, conform alin. (1) – s.n.] prevede un impediment la căsătorie care, potrivit dreptului român, este incompatibil cu libertatea de a încheia o căsătorie, acel impediment va fi înlăturat ca inaplicabil în cazul în care unul dintre viitorii soți este cetățean român și căsătoria se încheie pe teritoriul României*. Partea finală a acestui text legal, care face referire la încheierea în România a căsătoriei, ar fi fost oricum subînțeleasă și în lipsa consacării exprese, datorită faptului că încheierea în străinătate a căsătoriei ar fi condus la aplicarea *lex fori* străine, și implicit a normelor conflictuale străine, care este posibil să nu fi dat relevanță lipsei în legea română a impedimentului existent conform legii naționale a unuia dintre soți.

Și în materia procedurii civile, pentru incidența oricărei reguli din cadrul Cărții a VII-a din noul Cod de procedură civilă, există o ipoteză subînțeleasă raportat la care toate normele care reglementează procesul civil internațional trebuie interpretate: sesizarea unei instanțe de judecată din România. Dacă cererea este introdusă în fața unei instanțe străine, aceasta va utiliza de fiecare dată regulile de procedură din legea propriului for, care pot fi diferite de cele cuprinse în NCPC. Într-o astfel de situație, nu

interesează că o instanță română ar fi fost totuși competentă în baza *lex fori* române¹, fiindcă normele de competență din dreptul român nu se aplică.

Legiuitorul român dovedește cu ocazia noilor reglementări din NCC și NCPC faptul că acestea au avut la bază o cercetare a principiilor consacrate în literatura de specialitate cu privire la raporturile de drept internațional privat, însă în intenția de a consacra aceste principii ignoră cu anumite ocazii cele două ipoteze subînțelese pentru orice normă conflictuală, respectiv pentru orice normă privind competența internațională, și nu o singură dată stabilește reguli care depășesc posibilitatea de a dispune a autorităților din România. Scopul prezentei lucrări este de a identifica aceste situații aparent contradictorii, care însă nu pot fi interpretate decât din perspectiva ipotezelor subînțelese la care am făcut referire mai sus, precum și de a clarifica efectul concret al regulilor consacrate *ad litteram*, cu ignorarea sferei de dispoziție a autorităților române, care nu poate depăși limitele teritoriului național.

§ 2. Art. 2.575 NCC – „schimbarea legii naționale a persoanei nu aduce atingere majoratului dobândit potrivit legii aplicabile la momentul dobândirii”

Textul legal constituie o consacrare expresă, în materia majoratului, a principiului potrivit căruia drepturile legal dobândite în străinătate sunt recunoscute în România.

Instituația specifică dreptului internațional privat, consacrată indirect și prin acest articol, a fost denumită în literatura de specialitate² „conflict de legi în spațiu și timp” și intervine atunci când un drept dobândit legal într-un anumit stat este invocat, ulterior momentului dobândirii, în alt stat. Conflictul de legi în spațiu și timp diferă de conflictul de legi în accepțiunea comună dreptului internațional privat prin aceea că, pe lângă elementul de conflict între legile mai multor state – eminentamente un conflict în spațiu – intervine și elementul temporal, anume decalajul între momentul nașterii raportului juridic și cel al invocării efectelor sale.

Aplicat majoratului, principiul recunoașterii drepturilor legal dobândite în străinătate presupune ca persoana care a devenit majoră în mod legal, potrivit legii sale naționale de la momentul dobândirii, să își păstreze acest statut chiar dacă între timp legea sa națională s-a modificat, și potrivit noii legi naționale acesta nu îndeplinește condițiile legale pentru a deveni major.

Legiuitorul român pare însă a nu ține cont de faptul că ipoteza oricăror norme conflictuale este analiza raportului juridic de către o autoritate română. Subliniem că principiul general, consacrat la art. 2.567 NCC, este corect conturat din punct de vedere legislativ și generic, nu doar în materia majoratului: *drepturile câștigate în țară străină sunt respectate în România (s.n.), cu excepția cazului în care sunt contrare ordinii publice în dreptul internațional privat român*.

Cu alte cuvinte, în materia majoratului art. 2.575 NCC are un efect mai restrâns decât ar sugera formularea sa. Dacă o persoană de naționalitate română devine majoră

¹ Consecințe importante ar putea apărea exclusiv în situația solicitării spre recunoaștere a hotărârii date în străinătate, însă aceste aspecte exced obiectului prezentei lucrări.

² I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *Tratat de drept internațional privat*, Ed. Universul Juridic, București 2008, pp. 131 și urm.; I. Macovei, *Drept internațional privat*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, pp. 85 și urm.; D.A. Sitaru, *Drept internațional privat – Tratat*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, pp. 141 și urm.; A. Fuerea, *Drept internațional privat*, Ed. Universul Juridic, București, 2005, pp. 63 și urm.

conform legii române, însă de exemplu după 19 ani dobândește o altă naționalitate, iar legea statului noii naționalități nu îi recunoaște la această vârstă calitatea de major, aparent respectiva persoană s-ar putea prevala de faptul că este majoră, în temeiul art. 2.575 NCC, indiferent de prevederile noii legi naționale. Această posibilitate există însă doar în fața autorităților române, adică atunci când limitele capacității sale de exercițiu sunt verificate într-un litigiu analizat de o instanță română competentă sau de către o autoritate administrativă română în fața căreia se ridică problema capacității de exercițiu a persoanei respective.

Ipooteza în care persoana care și-a schimbat naționalitatea are interesul să invoce în fața autorităților vechii sale naționalități statutul civil dobândit conform legii naționale inițiale este însă mai mult teoretică. În realitate, interesul există în fața autorităților statului noii sale naționalități, care altfel nu i-ar recunoaște statutul de major. Cu toate acestea, am arătat că doar dacă legea forului noii naționalități cunoaște aceeași regulă cu cea de la art. 2.575 NCC, persoana în cauză s-ar putea prevala de majoratul dobândit conform legii naționale inițiale.

Concluzionând, art. 2.575 NCC are următorul înțeles: în fața autorităților române, o persoană are statutul juridic de major dacă a dobândit în mod legal acest statut potrivit legii sale naționale, independent de schimbarea ulterioară a naționalității. În această formulare, norma se apropie mai mult de un „conflict mobil de legi” decât de un „conflict de legi în spațiu și timp”.

S-a arătat în literatura de specialitate³ că prin „conflict mobil de legi” se înțelege ipoteza în care punctul de legătură din cadrul normei conflictuale⁴ se modifică în timp. Analizând efectele normei din cadrul art. 2.575 NCC, rezultă că, deși aparent se referă la recunoașterea drepturilor legal dobândite, în realitate reglementează un conflict mobil de legi.

În acest sens, norma conflictuală este următoarea: în materia majoratului (conținutul), se aplică legea națională a persoanei în cauză (legătura), iar în situația unui conflict mobil de legi (modificarea naționalității, adică a punctului de legătură) se va lua în considerare legea națională de la momentul inițial al dobândirii majoratului. Art. 2.575 NCC nu reglementează astfel un caz de recunoaștere în România sau în altă țară a majoratului legal dobândit, cum aparent ar indica formularea legală, ci stabilește care este legea aplicabilă majoratului inclusiv în ipoteza schimbării punctului de legătură, atunci când capacitatea de exercițiu a persoanei în cauză este analizată în fața unei autorități române.

³ I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *op.cit.*, pp. 139 și urm.; I. Macovei, *op.cit.*, pp. 91 și urm.; A. Fuerea, *op.cit.*, pp. 67 și urm.; D. A. Sitaru, *op.cit.*, pp. 149 și urm.

⁴ Ca structură, orice normă conflictuală cuprinde două elemente: conținutul, adică raporturile juridice la care se aplică, și legătura, adică modul în care se va determina legea aplicabilă raporturilor juridice vizate de conținut. Concret, orice normă conflictuală se poate reduce la forma „în situația A, se aplică legea X”. Punctul de legătură, în raport cu care se stabilește care lege din cele aflate în conflict va fi incidentă, poate fi, de exemplu: locul unde se află bunul (*lex loci actus*), sau cetățenia persoanei (*lex patriae*) etc. În anumite situații, acest punct de legătură se poate modifica în timp, devenind necesară determinarea momentului în raport cu care punctul de legătură trebuie analizat. Într-o asemenea situație, intervine un conflict mobil de legi, care se deosebește de conflictul de legi în spațiu și timp prin aceea că nu se pune problema recunoașterii ulterioare, în alt stat, a unor drepturi inițial dobândite conform legislației unui stat.

§ 3. Art. 2.583 alin. (1) NCC – „o persoană juridică străină care este recunoscută beneficiază de toate drepturile care decurg din legea statutului ei organic, în afară de cele pe care statul care face recunoașterea le refuză prin dispozițiile sale legale”

Cu ocazia art. 2.583 alin. (1) NCC, legiuitorul român reglementează în principiu condiția juridică a străinului⁵ – persoană juridică, consacrand sistemul național, adică recunoașterea și în favoarea persoanelor juridice străine a drepturilor de care persoanele juridice naționale beneficiază.

Dacă la punctul anterior nu rezultă o eroare de reglementare, ci doar o aparență care, față de ipoteza subînțeleasă a analizei raportului juridic de către o autoritate română, produce efecte juridice mai restrânse, de această dată legiuitorul român consacră literal un principiu, deși cu siguranță că acest principiu nu dobândește efecte decât în fața unor autorități române.

Cu alte cuvinte, „statul care face recunoașterea”⁶ la care face trimitere partea finală a art. 2.583 alin. (1) NCC nu poate în speță să fie altul decât Statul Român, fiindcă dacă alt stat ar face recunoașterea, acesta este singurul care, în temeiul suveranității, ar avea posibilitatea de a stabili care drepturi sunt sau nu recunoscute străinilor. Concluzionând, înțelesul real al art. 2.583 alin. (1) NCC este următorul: o persoană juridică străină care este recunoscută beneficiază de toate drepturile care decurg din legea statutului ei organic, în afară de cele pe care legea română le refuză.

§ 4. Art. 2.584 NCC – „fuziunea unor persoane juridice de naționalități diferite poate fi realizată dacă sunt îndeplinite cumulativ condițiile prevăzute de legile naționale aplicabile statutului lor organic”

Limitările regulii de drept internațional privat consacrate prin acest text normativ decurg din aceeași neconcordanță subliniată mai sus, care împiedică Statul Român să impună reguli în afara granițelor sale.

Concret, regula dobândește relevanță exclusiv atunci când una dintre persoanele juridice are naționalitate română, în caz contrar NCC neavând niciun interes în reglementarea ipotezei, dar nici efect concret. Drept urmare, art. 2.584 NCC are următorul înțeles: fuziunea unei persoane juridice române cu o persoană juridică străină este posibilă în condițiile stabilite cumulativ de legea română și de legea aplicabilă statutului organic al persoanei juridice străine.

5. Art. 2.615 alin. (3) NCC – „prevederile alin. (1) și (2) (normele conflictuale care reglementează legea aplicabilă în materia revendicării bunului furat – s.n.) sunt aplicabile și bunurilor furate sau exportate ilegal din patrimonial cultural național al unui stat”

Textul legal se referă la ipoteza furtului sau exportului ilegal de bunuri aparținând patrimoniului cultural al unui stat. Aceste elemente sunt însă eminent de drept public.

⁵ Prin *conditia juridică a străinului* se înțelege ansamblul drepturilor și obligațiilor pe care străinii le pot dobândi și exercita în România: I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *op.cit.*, p. 169 și 170.

⁶ O astfel de exprimare ar fi proprie unui instrument juridic bi sau multi-statal (de unde este de presupus că s-a inspirat legiuitorul român), însă nu își are locul într-o reglementare internă de drept internațional privat. Situația este asemănătoare și în cazul celorlalte ipoteze analizate în prezenta lucrare.

În materia bunurilor proprietate publică a statului străin, s-a arătat că⁷ regula *lex rei sitae*, potrivit căreia regimul juridic al unui bun este supus legii statului unde acesta este situat sau se află, nu se aplică bunurilor proprietate publică a altui stat, tocmai datorită naturii private a materiei conflictului de legi, dar și potrivit principiului imunității statului și a bunurilor sale: *par in parem non habet imperium*.

Într-adevăr, norme conflictuale din Codul civil nu pot, în ceea ce ne privește, să determine statutul real al unor bunuri proprietate publică, ce vor fi guvernate de legile speciale în materia domeniului public.

În același sens amintim și art. 2.619 C. civ: *condițiile și efectele care decurg din rezerva dreptului de proprietate referitor la un bun destinat exportului sunt cârmuite, dacă părțile nu au convenit altfel, de legea statului exportator*, unde efectele exportului sunt în realitate cârmuite de legile vamale, din nou aparținând domeniului public. Norma juridică s-ar putea aplica rezervei de proprietate atunci când bunul urmează a fi transferat dintr-un stat în altul, însă efectele exportului, respectiv importului, nu au nicio legătură cu această ipoteză, prin care s-a încercat probabil reglementarea conflictului mobil de legi cu privire la rezerva dreptului de proprietate. Dacă acesta a fost într-adevăr scopul urmărit de legiuitor, denumirea de „export” se impune a fi înlocuită cu „transfer dintr-un stat în altul”, pentru a nu se induce posibilitatea de interpretare în sensul că textul legal ar putea produce efecte din punct de vedere al dreptului vamal.

Similar, art. 2.629 C. civ.: *condițiile de validitate, publicitatea și efectele ipotecii asupra resurselor minerale, petrolului sau gazelor ori asupra unei creanțe rezultate din vânzarea acestora la sursă, care se naște de la data extragerii bunurilor sau de la data la care sumele obținute din vânzare sunt virate în cont, sunt supuse legii locului unde se află exploatarea*, deși consacră prevalența caracterului public al bunurilor în raport cu normele conflictuale normal aplicabile ipotecii mobiliare, nu-și are locul în Codul civil, regimul juridic al proprietății publice înlocuind orice normă conflictuală privind resursele naturale ale statelor.

În aceeași ordine de idei, art. 1.108 NCPC: *hotărârea străină care stabilește o obligație decurgând dintr-o lege fiscală străină necesită și condiția reciprocității pentru a fi recunoscută și executată în România* nu are nicio legătură cu procedura civilă, locul său fiind în Codul de procedură fiscală.

§ 6. Art. 2.630 alin. (1) NCC – „ipoteka înregistrată potrivit legii locului unde se află bunul își conservă rangul de prioritate în alt stat, dacă au fost îndeplinite și formele de publicitate prevăzute de legea acestui stat ...”

Nu excludem posibilitatea ca în cazul acestui text legal să întâlnim mai degrabă o neconcordanță de formulare decât o ignorare a limitărilor teritoriale pe care le cunosc normele conflictuale din dreptul intern.

Concret, este vorba despre faptul că, potrivit textului legal, ipoteca înregistrată conform legii locului unde se află bunul [sau legii locului unde se află debitorul, în cazurile reglementate de art. 2.630 alin. (2) NCC] *își conservă rangul de prioritate în alt stat*. Formularea legală implică faptul că rangul de prioritate ar fi conservat în alt stat, deși

⁷ I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *op. cit.*, p. 310.

conform celor deja argumentate până în acest moment, o asemenea soluție nu este posibilă.

Credem că pe criteriul interpretării sistematice, „își conservă rangul de prioritate în alt stat” înseamnă în realitate „își conservă și în România rangul de prioritate obținut în alt stat”, concluzie care se coroborează și cu formularea art. 2.631 NCC⁸, iar în acest fel se respectă întocmai principiile conturate la punctul introductiv al prezentei.

§ 7. Art. 2.635 lit. e) NCC – „întocmirea, modificarea sau revocarea testamentului sunt considerate valabile dacă actul respectă condițiile de formă aplicabile, fie la data când a fost întocmit, modificat sau revocat, fie la data decesului testatorului, conform oricăreia dintre legile următoare: (...) e) legea instanței sau a organului care îndeplinește procedura de transmitere a bunurilor moștenite”

Art. 2.635 NCC reglementează valabilitatea formală a testamentului. Textul legal are drept scop concretizarea principiului potrivit căruia din punct de vedere formal, testamentului trebuie să-i fie recunoscute, în măsura în care este posibil, efectele juridice urmărite de către defunct.

Textul legal instituie astfel regula valabilității formale a testamentului care îndeplinește cerințele cele mai puțin restrictive ale uneia din legile enumerate la art. 2.635 NCC, fie la data morții, fie la data întocmirii testamentului.

Prezintă importanță pentru prezenta lucrare ultima dintre variantele alternative potrivit cărora se poate analiza validitatea formală a testamentului, anume legea instanței sau organului care îndeplinește procedura de transmitere a bunurilor moștenite.

Am arătat însă în debut că ipoteza subînțeleasă pentru aplicarea normelor conflictuale din Codul civil este dezbateră raportului juridic în fața unei autorități jurisdicționale sau administrative române. Pornind de la această ipoteză, în materia moștenirii, normele conflictuale referitoare la valabilitatea formală a testamentului devin aplicabile în procedura succesorală notarială efectuată de către un notar din România, sau în fața instanțelor române. În caz contrar, autoritatea străină care îndeplinește procedura de transmitere a bunurilor moștenite sau instanța străină va fi legată de propriile norme de drept internațional privat, raportat la care se va stabili legea aplicabilă inclusiv formei testamentului, fiind fără relevanță pentru respectiva autoritate ce prevede art. 2.635 lit. e) NCC

Revenind la formularea textului supus analizei, instanța sau organul care îndeplinește procedura de transmitere a bunurilor moștenite⁹ este, prin ipoteză, o instanță sau autoritate din România, deci art. 2.635 lit. e) NCC nu poate trimite decât la legea română. Credem că era mult mai simplu și mai util ca textul legal să conducă direct la această soluție, fără a mai fi necesar demersul interpretativ redat mai sus.

⁸ Art. 2.631 N.C.C.: „(1) Dacă legea străină care reglementează rangul ipotecii mobiliare nu prevede formalități de publicitate și bunul nu este în posesia creditorului, ipoteca mobilă are rang inferior: a) ipotecii asupra unei creanțe constând într-o sumă de bani plătită în România; b) ipotecii asupra unui bun mobil corporal, care a fost constituită atunci când bunul se afla în România, sau asupra unui titlu negociabil. (2) Cu toate acestea, ipoteca mobilă își conservă rangul de prioritate, dacă este înregistrată, potrivit legii române, înaintea constituirii ipotecii menționate la alin. (1) lit. a) sau b)”.

⁹ Similar pct. 3 de mai sus, o astfel de exprimare ar fi proprie unui instrument juridic bi sau multi-statal, însă nu este adecvată într-un act normativ intern de drept internațional privat.

§ 8. Art. 2.639 alin. (2) lit. c) NCC – „actul se consideră totuși valabil din punctul de vedere al formei, dacă îndeplinește condițiile prevăzute de una dintre legile următoare: (...) c) legea aplicabilă potrivit dreptului internațional privat al autorității care examinează validitatea actului juridic”

Fără a intra în detalii, situația este aceeași cu cea analizată mai sus. Întrucât prin ipoteză autoritatea care examinează validitatea actului juridic este cu necesitate una română (altfel normele conflictuale din Codul civil nu s-ar aplica), legea la care trimite art. 2.639 alin. (2) lit. c) NCC nu poate fi, nici de această dată, decât legea română.

Subliniem că independent de inadvertența identificată cu această ocazie, am opinat¹⁰ și ne menținem părerea potrivit căreia prevederile art. 2.637-2.639 NCC nu se aplică și nu s-au aplicat în niciun moment, întrucât se suprapun peste domeniul de reglementare al Regulamentului nr. 593/2008 al Parlamentului European și al Consiliului din 17 iunie 2008 privind Legea aplicabilă obligațiilor contractuale (Roma I).

§ 9. Art. 1.067 alin. (2) NCPC – „alegerea instanței este fără efect dacă ea conduce la lipsirea în mod abuziv a uneia dintre părți de protecția pe care i-o asigură o instanță prevăzută de legea română. De asemenea, alegerea este fără efect când instanța aleasă este străină, iar litigiul este de competență exclusivă a instanțelor române, precum și când instanța aleasă este română, iar litigiul este de competență exclusivă a unei instanțe străine” și alin. (3): „instanța aleasă nu se poate declara incompetentă dacă: a) una dintre părți are domiciliul/reședința obișnuită, respectiv un sediu secundar în circumscripția acestei instanțe; b) dreptul aplicabil litigiului conform dreptului internațional privat român este legea română”

Așa cum am arătat în partea introductivă, nici noul Cod de procedură civilă nu este la adăpost de orice critică din punctul de vedere al limitelor legii forului, întrucât incidența oricărei norme de procedură din Cartea a VII-a NCPC este condiționată de o ipoteză subînțeleasă în toate situațiile: sesizarea unei instanțe române.

Prezintă importanță din punctul de vedere al prezentei lucrări teza a II-a a textului normativ sus-citat, anume limitarea dreptului de alegere a instanței competente în ipotezele de competență exclusivă¹¹. Dacă nu ținem cont de ipoteza subînțeleasă la care am făcut referire mai sus, textul legal poate conduce la concluzia potrivit căreia în cadrul acestui articol se reglementează competența unor instanțe străine sesizate.

Problema este însă una aparentă, fiindcă în urma unui demers interpretativ având ca scop lămurirea efectelor concrete ale prevederii normative, textul nu are de suferit decât din punct de vedere formal. Este evident că dacă alegerea este făcută în favoarea unei instanțe străine cu încălcarea unui caz de competență exclusivă a instanțelor române, dar este sesizată instanța străină aleasă, aceasta va recurge la propriile reguli de competență pentru a verifica eficacitatea convenției de *electio juris*, fără a prezenta relevanță regula de la art. 1.067 alin. (2) NCPC. Dacă instanța străină sesizată se declară

¹⁰ S. Popovici, *Conflicts in the Regulation of Conflicts of Laws*, în *Applied Social Sciences – Administration and Management*, Ed. Cambridge Scholars Publishing, Cambridge, Marea Britanie, 2013.

¹¹ Pentru detalii privind efectele concrete ale acestor prevederi legale prin raportare la Regulamentul nr. 44/2001, a se vedea S. Popovici, *Procesul civil internațional în reglementarea Noului Cod de procedură civilă – Partea I: Competența internațională a instanțelor române (art. 1064-1069)*, în curs de publicare în RRDA.

totuși competentă, singura problemă se va ridica în momentul invocării acelei hotărâri pe teritoriul României, dacă va fi cazul.

Tot astfel, dacă există o convenție de alegere a forului în favoarea instanțelor române cu încălcarea competenței exclusive a unei instanțe străine, dar reclamantul alege totuși să formuleze acțiunea în străinătate, normele procesuale din NCPC nu prezintă nicio relevanță. Alineatul (3) al art. 1.067 ar fi fost un prilej bun pentru a lămurii aspectul sus-redat, însă și de această dată legiuitorul român folosește noțiunea de „instanța aleasă” la modul generic.

În realitate, „instanța aleasă” la care face referire art. 1.067 alin. (3) NCPC nu poate fi decât „instanța română aleasă”, din moment ce o instanță străină aleasă de părți va putea sau nu va putea să se declare incompetentă exclusiv în baza normelor din propria *lex fori*, nicicum pe temeiul textului legal supus analizei cu această ocazie.

Se poate observa că nu doar în Codul civil, ci și cu ocazia redactării noului Cod de procedură civilă, legiuitorul consacră cu anumite ocazii reguli care ar fi potrivite unui instrument juridic internațional, nu unei reglementări interne a competenței instanțelor din punctul de vedere al procesului civil internațional. Pornind de la ipoteza subînțeleasă: sesizarea unei instanțe române, demersul de interpretare având ca obiect identificarea efectelor concrete ale reglementării cunoaște o importantă simplificare, în sensul celor de mai sus.

§ 10. Art. 1.073 NCPC – „instanța competentă să judece cererea originară este, de asemenea, competentă să judece: a) cererile de intervenție, cu excepția cazurilor când asemenea cereri ar fi fost formulate numai pentru a-l sustrage pe intervenient de la jurisdicția normal competentă; b) cererea reconvențională”

Și cu această ocazie legiuitorul român pare să nu țină cont de faptul că normele pe care le instituie în Cartea a VII-a NCPC au ca premisă de aplicare sesizarea unei instanțe române, utilizând o formulare proprie instrumentelor internaționale. Aparent, textul normativ reglementează generic o extindere a jurisdicției instanței sesizate, competente să judece cererea principală, indiferent că aceasta este română sau străină.

Menționăm că în celelalte situații, cum ar fi chiar art. 1.072 sau 1.074 NCPC, legiuitorul român în mod corect face trimitere la instanța *română* sesizată sau la instanța *română* competentă. Atât conform principiului interpretării sistematice, dar și ținând cont de ipoteza subînțeleasă pentru incidența oricărei norme de procedură din NCPC, art. 1.073 instituie de fapt regula potrivit căreia dacă o instanță *română* este competentă să judece cererea principală, ea devine competentă, în temeiul textului legal supus analizei, să judece și cererile incidentale sau cererea reconvențională.

§ 11. Art. 1.076 NCPC – „când instanța română este sesizată cu judecarea unei cereri, ea este competentă să judece și cererea care este legată de cea dintâi printr-un raport atât de strâns, încât există interesul pentru cercetarea și judecarea acestora în același timp, cu scopul de a evita soluții care nu ar putea fi conciliate dacă cererile ar fi judecate separat”

Potrivit textului legal, instanța română legal sesizată cu o cerere este competentă să judece și cererile conexe cu aceasta, pentru a evita soluții contradictorii.

Legea nu prevede însă în fața căreia instanțe au fost formulate cererile conexe. Dacă au fost formulate în fața instanței române, atunci problema nu este una de conexitate, ci se suprapune peste ipoteza cererilor incidentale, reglementată în cadrul 1.073 NCPC

Dacă însă textul legal face referire la o cerere conexă cu care a fost sesizată o instanță străină, atunci nu produce efecte, conform celor deja argumentate mai sus.

Trebuie subliniat și cu această ocazie că fiecare instanță aplică propriile norme de procedură atunci când judecă procese cu elemente de extraneitate. Faptul că o instanță română, în temeiul art. 1.076 NCPC, apreciază că o cerere aflată pe rolul unei instanțe străine este conexă cu acțiunea introductivă pe care trebuie să o soluționeze, și se declară competentă în acest sens, nu afectează în niciun fel instanța străină sesizată. Putem remarca aici și faptul că reglementarea internă nu introduce nici condiții cu privire la anterioritatea cererii din România.

Instanța străină va recurge în toate cazurile la normele procedurale ale forului de care aparține pentru a determina soarta cererii conexe cu litigiul din România, și nu va fi în niciun fel legată de soluția instanței române. Doar dacă *lex fori* al instanței străine permite acest lucru, atunci cauza poate fi declinată în favoarea instanței române, ceea ce ar ridica însă noi probleme de aplicare concretă, întrucât procedura civilă internă nu reglementează modalitatea în care instanța poate conexe un dosar aflat pe rolul unei instanțe străine.

§ 12. Concluzii

Prin prezenta lucrare am încercat să identificăm, fără pretenția exhaustivității, acele ipoteze în care simpla lectură a unor texte normative din Cartea a VII-a NCC și a NCPC conduce la impresia că incidența lor de aplicare este mult mai extinsă decât cea reală, datorită faptului că normele conflictuale din Codul civil se aplică doar atunci când raportul juridic cu element de extraneitate este dezbătut de o autoritate administrativă sau jurisdicțională română, iar normele de competență internațională din Codul de procedură civilă presupun cu necesitate ca ipoteză de incidență sesizarea unei instanțe române.

În marea majoritate a situațiilor analizate mai sus, formularea legală coroborată cu ipoteza implicată permit identificarea soluției finale corecte, fără a afecta substanța textelor de lege. În cazul reglementării conexității internaționale, însă, legiuitorul român pare că realmente nu a ținut cont de limitele *lex fori*, întrucât art. 1.076 NCPC impune în mod direct soluții de competență pentru instanțe străine sesizate¹², ceea ce face ca aplicabilitatea acestui text normativ să fie cel puțin discutabilă.

¹² Pentru soluții propuse în literatura de specialitate pentru salvagardarea unor efecte ale art. 1076 N.C.P.C., a se vedea S. Deleanu în I. Deleanu, V. Mitea, S. Deleanu, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, vol. II, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 534, F.G. Păncescu în G. Boroș ș.a., *Noul Cod de procedură civilă – Comentariu pe articole*, vol. II, Ed. Hamangiu, București 2013, p. 698.

Cesiunea de creanță în noul Cod civil

Prof. univ. dr. Sevastian CERCEL¹
Universitatea din Craiova
Facultatea de Drept și Științe Sociale

Prof. univ. dr. Ștefan SCURTU²
Universitatea din Craiova
Facultatea de Drept și Științe Sociale



Claim assignment within the New Civil Code

Abstract:

Claim assignment is the ordinary way of transmission, by treaty, of the civil obligations. In principle, any claim can be submitted through the assignment of claim. The assignment of claim can be done only by contract, not being allowed any legal act. Being a contract, it must meet all the substantive requirements of the law (art. 1.179 Civil Code) for the validity of any contract. When it is done through another legal transaction (sale, exchange, donation etc.), the claim assignment must satisfy both the substantive and formal conditions specific to those legal acts. Concerning the form, the claim assignment agreement is consensual, therefore the mere agreement of the parties is enough for the contract to be valid, not being necessary to notify the debtor and the less his consent [art. 1.573 para. (1) of the Civil Code]. As an exception to this rule where “the claim is essentially linked to the person of the creditor” (as in maintenance claim), the consent of assigned debtor is required for the transmission of the valid claim [art. 1.573 para. (2) of the Civil Code]. The claim assignment transfer the right to claim heritage assets of the transferor to the transferee creditor since the time of the agreement will.

Keywords: the claim assignment, another legal transaction, the creditor, the debtor, legal acts, civil obligations.

§ 1. Aspecte preliminare

Obligația civilă trebuie privită nu doar ca legătură juridică între creditor și debitor, ci și ca valoare economică supusă circulației, ca element patrimonial care face parte din activul

¹ Membru al Centrului de Cercetări Juridice de Drept Privat din Craiova.

² Membru al Centrului de Cercetări Juridice de Drept Privat din Craiova.

sau pasivul patrimoniului unei persoane. Codul civil român, intrat în vigoare la 1 octombrie 2011, reglementează transmiterea, pe cale convențională, atât a laturii active a raportului obligațional, adică a dreptului de creanță (transmitere care se face prin operațiuni juridice precum cesiunea de creanță, subrogația personală și cesiunea de contract), cât și a laturii pasive, a datoriei din conținutul raportului de obligație (care se realizează prin operațiunea juridică denumită preluare de datorie). Una dintre modalitățile uzuale de transmitere a activului patrimonial este cesiunea de creanță³, realizată fie printr-o convenție de sine stătătoare, fie prin intermediul altei operațiuni juridice (vânzare, schimb, donație etc.).

§ 2. Noțiune

Legea definește cesiunea de creanță ca fiind convenția prin care creditorul cedent transmite cesionarului o creanță împotriva unui terț (art. 1.566 C. civ.)⁴.

Disecând definiția legală, constatăm următoarele⁵:

a) cesiunea de creanță se poate realiza prin contract; acesta poate fi cu titlu oneros (de exemplu, contract de vânzare, contract de schimb, contractul de rentă viageră, darea în plată) ori cu titlu gratuit (de exemplu, contract de donație);

b) operațiunea implică trei persoane (creditorul cedent este persoana care transmite creanța, cesionarul este cea care o dobândește, iar debitorul cedat este terțul împotriva căruia creditorul cedent are creanța), dar părți ale contractului de cesiune sunt doar creditorul cedent și cesionarul, iar debitorul cedat este terț față de contract;

c) efectele contractului de cesiune de creanță se produc asupra unui terț (debitorul cedat), în sensul că noul creditor al debitorului cedat va fi cesionarul;

d) rolul cesiunii de creanță este de a transmite o creanță de la creditorul cedent la cesionar; creanța se transmite cesionarului așa cum se găsește în patrimoniul creditorului cedent, păstrându-și natura și caracteristicile⁶.

§ 3. Reglementarea cesiunii de creanță

Legiuitorul reglementează cesiunea de creanță în Capitolul I (din Titlul VI, Cartea a V-a), intitulat „Transmisiunea și transformarea obligațiilor”, capitol împărțit în două

³ Referitor la cesiunea de creanță, a se vedea T. R. Popescu în T. R. Popescu, P. Anca, *Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Științifică, București, 1968; p. 387 și urm.; C. Bârsan în C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, ed. a IX-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, 2008, p. 363 și urm.; L. Pop, *Tratat de drept civil: Obligațiile. Volumul I. Regimul Juridic general*, Ed. C.H. Beck, București, 2006; p. 223 și urm.; C. Roșianu, în Fl. A. Baias, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, art. 1-2.264, Ed. C.H. Beck, București, 2012; p. 1663 și urm.; I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012; p. 637; P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, Ed. Hamangiu, 2012; p. 33 și urm.

⁴ În comerțul internațional cesiunea de creanță se mai numește și transport de creanță sau transport-cesiune, T.R. Popescu, în T.R. Popescu, P. Anca, 1968, *op. cit.*, p. 387.

⁵ C. Roșianu, în Fl. A. Baias, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), *op. cit.*, p. 1664; L. Pop, 2006, *op. cit.*, pp. 223-225.

⁶ Doctrina a relevat o situație care face excepție de la această regulă, întrucât creanța cedată își pierde caracteristicile proprii, dobândind trăsăturile specifice creanțelor bugetare; astfel, potrivit art. 13

subsecțiuni: prima este denumită: „cesiunea de creanță în general”, iar a doua: „cesiunea unei creanțe constatate printr-un titlu nominativ, la ordin sau la purtător”.

§ 4. Domeniul de aplicare

Din art. 1.566 C. civ. rezultă că cesiunea de creanță se poate realiza numai prin contract, fiind exclus, în mod implicit, orice alt act juridic.

Dispozițiile referitoare la cesiunea de creanță nu se aplică următoarelor operațiuni:

a) transferului de creanțe în cadrul unei transmisiuni universale sau cu titlu universal [art. 1.566 alin. (2) lit.a) C. civ.]; fie că este vorba de patrimoniul unei persoane fizice care a decedat sau patrimoniul unei persoane juridice implicată într-o operațiune de fuziune sau divizare, transmiterea tuturor elementelor active și pasive se face după reguli speciale, astfel că regimul derogator în cazul acestei operațiuni este justificat⁷;

b) transferului de creanțe în cadrul unei transmisiuni cu titlu particular realizate ca urmare a succesiunii testamentare; deși excepția nu este prevăzută expres de art. 1.566 C. civ., ea rezultă implicit din faptul că o asemenea transmisiune nu are natura unei convenții, condiție cerută de lege pentru orice cesiune de creanță⁸;

c) transferului titlurilor de valoare și altor instrumente financiare (cu excepția cesiunii de creanțe constatate printr-un titlu nominativ, la ordin sau la purtător, care este reglementată în secțiunea a doua a capitolului referitor la cesiunea de creanță), adică transferului de creanțe care constituie obiectul de reglementare al unor legi speciale⁹; o asemenea excepție a fost justificată de doctrină cu argumentul că „formalitățile cerute de legea civilă pentru cesiunea de creanță prezintă dezavantaje serioase în dinamica

din O.U.G. nr. 51/1998, privind valorificarea unor active bancare: „Cesiunea creanțelor bancare neperformante (...) are ca efect principal subrogarea A.V.A.S. în toate drepturile principale și accesorii ale creditorilor cedenti” [alin. (1)]. „În cazul proceselor și al cererilor aflate pe rolul instanțelor judecătorești sau arbitrale, indiferent dacă este vorba de faza de judecată sau de executare silită, A.V.A.S. se subrogă în toate drepturile și obligațiile procesuale ale cedentului și dobândește calitatea procesuală pe care acesta o avea în momentul preluării” [alin. (2)] „Pe data preluării de către A.V.A.S. a activelor bancare contractele de credit ajunse la scadență, încheiate între bănci și persoanele fizice sau persoanele juridice debitoare, constituie de drept titlu executoriu, fără să fie necesară învestirea cu formula executorie. Contractele de cesiune de creanță încheiate între A.V.A.S. și creditorii cedenti pentru preluarea creanțelor nu sunt supuse publicității (...). De asemenea, contractele de cesiune de creanță reglementate de prezenta ordonanță de urgență nu sunt supuse transcrierii” [alin. (4)]. Termenul de prescripție a dreptului de a cere executarea silită a creanțelor preluate de A.V.A.S., constatate prin acte care constituie titlu executoriu sau care, după caz, au fost învestite cu formula executorie, este de 7 ani”, [alin. (5)], C. Roșianu, în Fl. A. Baias, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), 2012, *op. cit.*, p. 1664.

⁷ În categoria acestei excepții nu trebuie inclusă și cesiunea unei universalități de creanțe, reglementată de art. 1.579.

⁸ I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, p. 637.

⁹ De exemplu, transferul instrumentelor financiare; acestea reprezintă titluri negociabile, care se pot tranzacționa pe o piață reglementată și le conferă deținătorilor lor drepturi patrimoniale asupra emitentului, conform legii și condițiilor de emisiune a acestora; titlurile negociabile pot fi primare (acțiuni, obligațiuni etc.), derivate (futures, options etc.) sau alte tipuri de valori negociabile (certIFICATE de investiții sau depozit); transferul instrumentelor financiare este reglementat prin legi ale pieței de capital: Legea nr. 297/2004 privind piața de capital, Legea nr. 253/2004 privind caracterul definitiv al decontării în sistemele de plăți și în sistemele de decontare a operațiunilor cu instrumente financiare etc.

relațiilor dintre profesioniști-societăți comerciale, instituții de credit, entități operând în cadrul pieței de capital”¹⁰.

§ 5. Condițiile cesiunii de creanță.

5.1. Condiții de fond și de formă. Cesiunea de creanță fiind un contract, trebuie să îndeplinească toate condițiile de fond cerute de lege (art. 1.179 C. civ.) pentru validitatea oricărui contract.

În ce privește forma, contractul de cesiune a creanței este consensual, prin urmare simplul acord de voință al părților este suficient pentru încheierea sa valabilă, nefiind necesară notificarea debitorului și cu atât mai puțin consimțământul acestuia¹¹ [art. 1.573 alin. (1) C. civ.].

Prin excepție de la această regulă, în situația în care „creanța este legată în mod esențial de persoana creditorului” (precum în cazul creanței de întreținere) este necesar consimțământul debitorului cedat pentru transmiterea valabilă a creanței [art. 1.573 alin. (2) C. civ.]¹².

Atunci când este realizată prin intermediul altei operațiuni juridice (vânzare, schimb, donație etc.), cesiunea de creanță trebuie să îndeplinească atât condițiile de fond, cât și condițiile de formă specifice acelor acte juridice. Având în vedere acest aspect, legea distinge între cesiunea de creanță cu titlu oneros și cea cu titlu gratuit (art. 1.567 C. civ.), făcând următoarele precizări:

a) dacă cesiunea este cu titlu gratuit, dispozițiile legale referitoare la cesiunea de creanță se completează în mod corespunzător cu cele din materia contractului de donație; așadar dacă cesiunea de creanță este o donație, una dintre cerințele de valabilitate este forma autentică (art. 1.011 C. civ.);

b) dacă cesiunea este cu titlu oneros, dispozițiile legale referitoare la cesiunea de creanță se completează în mod corespunzător cu dispozițiile speciale din materia contractului de vânzare-cumpărare sau, după caz, din materia altei operațiuni juridice în cadrul căreia părțile au convenit ca plata să se facă printr-o cesiune de creanță sau ca operațiunea să cuprindă cu titlu accesoriu o cesiune de creanță.

5.2. Obiectul cesiunii de creanță. Cesiunea poate avea ca obiect orice fel de creanță: creanțe pecuniare sau de altă natură (creanța de a face sau a nu face), creanțe care au ca temei acte juridice (contracte sau acte juridice unilaterale), fapte juridice (delicte sau

¹⁰ C. Roșianu, în Fl. A. Baias, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), 2012, *op. cit.*, p. 1666.

¹¹ Creanța creditorului este o valoare a patrimoniului său și pentru transmiterea ei nu este necesar consimțământul debitorului cedat, care își vede schimbat creditorul independent de voința sa, T.R. Popescu, în T.R. Popescu, P. Anca, 1968, p. 388.

¹² Așa cum s-a remarcat în literatura juridică, ipoteza specială reglementată de legiuitor în art. 1.573 alin. (2) C. civ. ca fiind o excepție de la principiul consensualismului transmiterii creanțelor, este în realitate o condiție de fond cerută pentru valabilitatea cesiunii creanței care „este legată în mod esențial de persoana creditorului” (creanță *intuitu personae* sub aspectul creditorului, precum în cazul creanței de întreținere); în cazul unei asemenea creanțe este necesar acordul expres al debitorului cedat pentru valabilitatea cesiunii de creanță, pentru că în caz contrar operațiunea nu produce efecte nici măcar între părți, I.F. Popa, în L. Popa, I. F. Popa, S. I. Vidu, 2012, *op. cit.*, p. 641.

fapte juridice licite: gestiunea intereselor altei persoane, plata lucrului nedatorat, îmbogățirea fără justă cauză), creanțe simple sau afectate de modalități (termen, condiție), creanțe actuale sau viitoare (art. 1.572 C. civ.)¹³.

Deși doctrina vorbește despre un adevărat principiu al cesibilității creanțelor (corespondentul principiului liberei circulații a bunurilor), în practică numărul cesiunilor de creanță nu este prea numeros; cele mai multe astfel de cesiuni sunt cele afectate de un termen suspensiv, care au ca obiect o sumă de bani și cele rezultate din promisiuni bilaterale de înstrăinare (caz în care poate exista doar o cesiune de creanță sau chiar o cesiune de contract)¹⁴.

Nu pot face obiectul cesiunii de creanță următoarele creanțe:

a) creanțele pe care legea le declară netrasmisibile [art. 1.569 alin. (1) C. civ.], datorită legăturii speciale a creanței cu persoana creditorului (numite de doctrină creanțe *intuitu personae* în privința creditorului); de exemplu, nu pot fi cedate drepturile creditorului întreținerii care are temei contractual (art. 2.258 C. civ.) sau legal [art. 514 alin. (3) C. civ.];

b) creanțele ce au ca obiect o altă prestație decât plata unei sume de bani (a da, a face sau a nu face) nu pot fi cedate, parțial sau în totalitate, dacă cesiunea face ca obligația să fie, în mod substanțial, mai oneroasă [art. 1.569 alin. (2) C. civ.; art. 1.571 alin. (2) C. civ.]; de exemplu, obligația vânzătorului de a transporta mărfurile la sediul cumpărătorului, nu poate fi cedată dacă distanța la care s-ar afla cesionarul ar face ca obligația debitorului să devină mult mai oneroasă; în schimb, prestația ce are ca obiect plata unei sume de bani poate fi cedată, întrucât se prezumă de legiutor că prin cesiune obligația nu poate să devină, în mod substanțial, mai oneroasă (există și opinia că cesiunea unei creanțe pecuniare este acceptată indiferent de consecințe pentru că prevalează principiul liberei circulații a creanțelor¹⁵);

c) creanțele pe care părțile (creditorul și debitorul) le-au declarat, prin clauză contractuală, inalienabile integral sau parțial; astfel de clauze sunt valabile dacă sunt justificate de un interes legitim¹⁶; de la această regulă, legea prevede câteva excepții, în sensul că clauza de inalienabilitate din convenția cedentului cu debitorul nu produce efecte în privința debitorului în următoarele situații [art. 1.570 alin. (1) C. civ.]:

c1) dacă debitorul a consimțit la cesiune, adică a renunțat la clauza de inalienabilitate; consimțământul debitorului poate fi expres (dat înainte sau după cesiune) ori tacit (de exemplu, a executat prestația față de cesionar);

c2) dacă interdicția nu este expres menționată în înscrisul constatator al creanței, iar cesionarul nu a cunoscut și nu trebuia să cunoască existența interdicției în momentul cesiunii; adică clauza de incesibilitate nu a fost făcută publică;

¹³ Legea prevede expres posibilitatea ca obiect al cesiunii să fie o creanță viitoare. În acest caz, actul trebuie să cuprindă toate elementele care permit identificarea creanței cedate, deci singura condiție este ca creanța să fie determinabilă. (art. 1.572 C. civ.).

¹⁴ I.F. Popa, în L. Pop, I. F. Popa, S.I. Vidu, 2012, *op. cit.*, p. 637 și 638.

¹⁵ I.F. Popa, în L. Pop, I. F. Popa, S.I. Vidu, 2012, *op. cit.*, p. 637 și 638.

¹⁶ L. Pop, 2006, *op. cit.*, p. 227. Valabilitatea clauzei de inalienabilitate a creanței este admisă de mai multe sisteme de drept, dar cu efecte diferite de la un sistem de drept la altul; pentru detalii, a se vedea I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, 2012, p. 638, nota 6.

c3) dacă cesiunea privește o creanță ce are ca obiect o sumă de bani; aceasta presupune că legiuitorul nu acceptă excepții convenționale de la principiul liberei circulații (cesibilități) a creanței de a da o sumă de bani.

Nerespectarea de către cedent a obligației contractuale de inalienabilitate a creanței atrage răspunderea lui față de debitor [art. 1.570 alin. (2) C. civ.].

5.3. Opozabilitatea față de terți a cesiunii de creanță. Cesiunea de creanță valabil încheiată produce efecte depline între părțile contractante asemenea oricărui contract.

Cesiunea de creanță devine opozabilă terților (debitor cedat, fideiutor, creditorii cedentului etc.) în condiții care diferă în funcție de calitatea fiecărui terț. Astfel:

a) pentru ca cesiunea de creanță să devină opozabilă față de debitorul cedat trebuie îndeplinite unele formalități de publicitate, și anume (art. 1.578 C. civ.):

a1) acceptarea cesiunii de către debitor printr-un înscris cu dată certă; deci, este suficient un simplu înscris sub semnătură privată, singura condiție cerută de lege fiind ca acesta să aibă dată certă¹⁷ [art. 1.578 alin. (1) lit. a)]; debitorul este obligat să plătească cesionarului creanța ce a făcut obiectul cesiunii din momentul în care acceptă cesiunea printr-un înscris cu dată certă;

a2) notificarea scrisă a cesiunii făcută către debitorul cedat fie de creditorul cedent, fie de cesionar; notificarea poate fi făcută pe suport hârtie sau în format electronic și trebuie să arate identitatea cesionarului, să identifice în mod rezonabil creanța cedată și să solicite debitorului să plătească cesionarului; în cazul unei cesiuni parțiale, trebuie indicată și întinderea cesiunii [art. 1.578 alin. (1) lit. b) C. civ.]; și cesiunea unei universalități de creanțe este opozabilă debitorilor numai din momentul notificării acestora (art. 1.579 C. civ.);

a3) cesionarul creanței poate notifica debitorului cesiunea de creanță și prin cererea de chemare în judecată a debitorului, care încorporează notificarea debitorului cedat [prevăzută de art. 1.578 alin. (1) lit. b) C. civ.] și presupune atașarea la cererea respectivă a contractului de cesiune a creanței¹⁸. Atunci când cesiunea de creanță se comunică odată cu acțiunea intentată împotriva debitorului, acesta nu poate fi obligat la cheltuieli de judecată dacă plătește până la primul termen, afară de cazul în care, la momentul comunicării cesiunii, debitorul se afla deja în întârziere (art. 1.580 C. civ.).

¹⁷ Potrivit art. 278 C. pr. civ.: „Data înscrisurilor sub semnătură privată este opozabilă altor persoane decât celor care leau întocmit, numai din ziua în care a devenit certă, prin una dintre modalitățile prevăzute de lege, respectiv: 1. din ziua în care au fost prezentate spre a se conferi dată certă de către notarul public, executorul judecătoresc sau alt funcționar competent în această privință; 2. din ziua când au fost înfățișate la o autoritate sau instituție publică, făcându-se despre aceasta mențiune pe înscrisuri; 3. din ziua când au fost înregistrate întrun registru sau alt document public; 4. din ziua morții ori din ziua când a survenit neputința fizică de a scrie a celui care la întocmit sau a unuia dintre cei care l-au scris, după caz; 5. din ziua în care cuprinsul lor este reprodus, chiar și pe scurt, în înscrisuri autentice; 6. din ziua în care sa petrecut un alt fapt de aceeași natură care dovedește în chip neîndoielnic anterioritatea înscrisului”.

¹⁸ Și punerea debitorului în întârziere de către creditor (art. 1.522 C. civ.) se poate face prin notificare scrisă sau prin cererea de chemare în judecată (I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, 2012, *op. cit.*, p. 643).

În cazul obligațiilor divizibile cu pluralitate de debitori comunicarea cesiunii trebuie făcută fiecăruia dintre ei; în cazul obligațiilor indivizibile și obligațiilor solidare este suficientă notificarea unuia dintre debitori¹⁹;

b) pentru ca cesiunea de creanță să devină opozabilă față de fideiutor, care este un terț asimilat debitorului cedat, trebuie ca formalitățile prevăzute de lege pentru opozabilitatea cesiunii față de debitor să fie îndeplinite și în privința fideiutorului însuși (art. 1.581 C. civ.); așadar, el trebuie să accepte cesiunea printr-un înscris cu dată certă sau să-i fie făcută comunicarea scrisă a cesiunii fie de creditorul cedent, fie de cesionar; ca și în cazul debitorului cesiunea unei universalități de creanțe este opozabilă fideiutorului numai din momentul notificării lui;

c) în ce privește data de la care cesiunea de creanță este opozabilă față de ceilalți terți (creditorii cedentului, alți cesionari-în cazul cesiunilor succesive etc.) în doctrină s-au formulat două opinii; astfel:

d1) într-o opinie²⁰, momentul din care contractul de cesiune devine opozabil terților, deci inclusiv creditorilor cedentului, este cel al notificării debitorului sau acceptării cesiunii de către acesta;

d2) într-o altă opinie²¹, exceptându-l pe debitor și pe fideiutorul său, contractul de cesiune este opozabil celorlalți terți din momentul încheierii sale, potrivit regulii generale în materia opozabilității efectelor contractului; notificarea debitorului nu mai este o formalitate care să asigure opozabilitatea cesiunii față de terți, în general, precum sub imperiului Codului civil din 1864; ne atașăm acestei opinii cu argumentul că dispoziția din Codul civil din 1864, potrivit căreia dreptul cesionarului era opozabil terților după ce debitorul era notificat sau acceptă cesiunea, nu se mai regăsește în noul Cod civil, situație în care trebuie aplicată regula generală în materia opozabilității contractului, consacrată de art. 1.281 C. civ..

5.4. Măsuri speciale de publicitate în cazul anumitor cesiuni de creanțe. Prin excepție de la regula opozabilității cesiunii de creanță față de terți din momentul încheierii sale, în cazul anumitor cesiuni de creanțe este necesară luarea unor măsuri speciale de publicitate, care constau în înscrierea cesiunii în arhiva electronică sau în cartea funciară. Astfel:

a) cesiunea unei universalități de creanțe, actuale sau viitoare, nu este opozabilă terților decât prin înscrierea cesiunii în arhiva electronică²²; totuși, o asemenea cesiune

¹⁹ I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, 2012, p. 642, nota 2; pentru opinia că în cazul codebitorilor solidari comunicarea trebuie făcută fiecăruia dintre ei, a se vedea C. Roșianu, în Fl.A. Baias, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), 2012, *op. cit.*, p. 1675.

²⁰ În acest sens, a se vedea I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, 2012, *op. cit.*, p. 649, care susține că creditorii cedentului sunt considerați terți față de contractul de cesiune până la notificarea debitorului sau acceptarea cesiunii de către acesta și, prin urmare, pot urmări creanța cedentului față de debitorul cedat, ca făcând parte din gajul lor general; după ce creanța le devine opozabilă, pot cere revocarea ei numai prin acțiune revocatorie, dacă le-au fost fraudate interesele.

²¹ C. Roșianu, în Fl.A. Baias, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), 2012, *op. cit.*, p. 1674.

²² Pentru comentarii în legătură cu înscrierea cesiunii de creanțe în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare, a se vedea C. Bîrsan, în C. Stătescu, C. Bîrsan, 2008, *op. cit.*, p. 364.

nu le este opozabilă debitorilor și fideiusorilor acestora, decât din momentul comunicării ei (art. 1.579 C. civ.)²³;

b) cesiunea de creanță privind chiria, în cazul înstrăinării bunului dat în locațiune, nu poate fi opusă dobânditorului bunului închiriat decât dacă în privința acestuia au fost îndeplinite, înainte ca înstrăinarea să devină opozabilă locatarului, formalitățile de publicitate prin înscrierea în arhiva electronică sau, după caz, în cartea funciară, în funcție de obiectul locațiunii, ori dacă cesiunea a fost cunoscută de dobânditor pe altă cale (art. 1.815 C. civ.);

c) cesiunea de creanță care privește chiriile viitoare este reglementată de art. 902 alin. (2) pct. 6 C. civ., conform căruia sunt supuse notării în cartea funciară, pentru a deveni opozabile terțelor persoane, „locațiunea și cesiunea de venituri”; notarea în cartea funciară asigură opozabilitatea față de terți a unor fapte sau situații juridice care au legătură cu drepturile tabulare, atrăgând invalidarea actelor încheiate de terți cu rea-credință;

d) cesiunea de creanță încheiată în scop de garanție (operațiune asimilată ipotecilor) se supune regulilor speciale de opozabilitate a ipotecilor, adică este necesară înscrierea în registrele de publicitate (arhiva electronică), conform art. 2.347 C. civ.;

e) realizarea unor măsuri speciale de publicitate este cerută de legiuitor și în cazul cesiunilor succesive (art. 1.583 C. civ.). Conflictul dintre cesionarii succesivi ai aceleiași creanțe se soluționează avându-se în vedere realizarea măsurilor de publicitate. Astfel:

e1) atunci când cedentul a transmis aceeași creanță mai multor cesionari succesivi, debitorul se liberează plătind în temeiul cesiunii care i-a fost comunicată mai întâi sau pe care a acceptat-o mai întâi printr-un înscris cu dată certă [art. 1.583 alin (1) C. civ.];

e2) în raporturile dintre cesionarii succesivi ai aceleiași creanțe este preferat cel care și-a înscris mai întâi cesiunea în arhiva electronică, indiferent de data cesiunii sau a comunicării acesteia către debitor [art. 1.583 alin. (2)]; așadar, întrucât legiuitorul face o ierarhizare a mijloacelor de publicitate a cesiunii și înscrierea în arhiva electronică este considerată prioritară față de notificarea debitorului²⁴, cesionarul care a notat primul cesiunea în arhiva electronică are dreptul să pretindă plata cesionarului căruia debitorul i-a făcut o plată valabilă în temeiul art. 1.583 alin. (1) C. civ.²⁵.

§ 6. Efectele cesiunii de creanță

Doctrina a împărțit efectele cesiunii de creanță în două categorii: efecte specifice ale cesiunii de creanță și efecte ale operațiunii juridice care se realizează prin intermediul

²³ Înscrierea în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare este importantă și pentru că în cazul existenței mai multor cesionari succesivi ai aceleiași creanțe, înscrierea cesiunii în arhiva electronică are ca efect crearea unei ordini de prioritate între cesionari; astfel, potrivit art. 1.583 alin. (2) C. civ., în raporturile dintre cesionarii succesivi ai aceleiași creanțe este preferat cel care și-a înscris mai întâi cesiunea la arhivă, indiferent de data cesiunii sau a comunicării acesteia către debitor.

²⁴ În acest sens, a se vedea I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, 2012, *op. cit.*, p. 649.

²⁵ C. Roșianu, în Fl.A. Baias, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), 2012, *op. cit.*, p. 1678.

ei (vânzare, dare în plată, schimb, împrumut, donație etc.), atunci când cesiunea de creanță este cuprinsă într-un contract complex²⁶. Efectele specifice cesiunii de creanță sunt împărțite astfel: efecte care se produc între părți și efecte care se produc față de terți.

6.1. Efecte care se produc între părți.

6.1.1. Transferul dreptului de creanță. Cesiunea de creanță transferă dreptul de creanță din patrimoniul creditorului cedent în patrimoniul cesionarului, încă din momentul realizării acordului de voință²⁷; această operație juridică presupune transferul următoarelor drepturi [art. 1.568 alin. (1) C. civ.]:

a) toate drepturile pe care cedentul le are în legătură cu creanța cedată; cesionarul devine creditor în locul cedentului, subrogându-se în toate drepturile lui (de exemplu, dreptul de a cere rezoluțiunea contractului, de a solicita executarea silită în natură, de a invoca executarea prin echivalent a acestuia etc.²⁸);

b) drepturile de garanție și toate celelalte accesorii ale creanței cedate din categoria accesoriilor legea menționează, cu titlu de exemplu dobânzile și alte venituri aferente creanței, devenite scadente, dar neîncasate încă de cedent; acestea se cuvin cesionarului (dacă părțile nu au convenit altfel), cu începere de la data cesiunii (art. 1576 C. civ.)²⁹.

De la regula instituită de art. 1.568 alin. (1) C. civ. (prin cesiunea creanței se transmit toate drepturile și accesorii aferente creanței cedate), legea creează următoarea excepție: cedentul nu poate să predea cesionarului, fără acordul constituitorului, posesia bunului luat în gaj. În cazul în care constituitorul se opune, bunul gajat rămâne în custodia cedentului [art. 1.568 alin. (2) C. civ.]³⁰.

Pentru că cesiunea de creanță produce efecte între cedent și cesionar chiar din momentul când s-a încheiat contractul (deci înainte de notificarea debitorului), cesionarul poate pretinde tot ceea ce primește cedentul de la debitor, chiar dacă cesiunea nu a fost făcută opozabilă debitorului [art. 1.575 alin. (1) C. civ.]. Cesionarul poate, în aceleași împrejurări, să facă acte de conservare cu privire la dreptul cedat [art. 1.575 alin. (2) C. civ.].

²⁶ C. Bîrsan, în C. Stătescu, C. Bîrsan, 2008, *op. cit.*, p. 365.

²⁷ Și în cazul în care obiectul cesiunii este o creanță viitoare, aceasta se consideră transferată, împreună cu drepturile de garanție și toate celelalte accesorii ale sale, din momentul încheierii contractului de cesiune și nu din momentul nașterii creanței (art. 1.572).

²⁸ I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, 2012, *op. cit.*, p. 644, nota 2.

²⁹ Doctrina include în categoria accesoriilor creanței cedate: dobânzile și veniturile viitoare ale creanței, clauzele contractuale accesorii (clauza penală, clauza privind probele, clauza privind limitarea răspunderii sau majorarea acesteia, clauza de arbitraj, clauza de jurisdicție etc), acțiunile în justiție (acțiunile în răspundere, acțiunile în garanție etc.) (L. Pop, 2006, *op. cit.*, p. 239; I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, 2012, *op. cit.*, p. 644, nota 3).

³⁰ Această excepție are rolul de a proteja interesele debitorului gajist, care a acceptat deposedarea *intuitu personae*, astfel că posesia bunului gajat nu trebuie să se transmită fără acordul debitorului (I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, 2012, *op. cit.*, p. 644).

Prin cesiune, creanța se transmite la valoarea ei nominală, indiferent de prețul pe care l-a plătit cesionarul sau dacă cesiunea a fost cu titlu gratuit³¹.

De regulă, creanța se transmite integral, dar în cazul în care se face o cesiune parțială se aplică regula plății proporționale, adică cedentul și cesionarul sunt plătiți proporțional cu valoarea creanței fiecăruia dintre ei; dacă au fost constituite garanții, acestea protejează deopotrivă executarea ambelor creanțe (art. 1.584 C. civ.).

În caz de cesiune a creanței, cedentul este obligat să remită cesionarului titlul constatator al creanței aflat în posesia sa, precum și orice alte înscrisuri doveditoare ale dreptului transmis (art. 1.574 C. civ.).

În caz de cesiune parțială a creanței, cesionarul are dreptul numai la o copie legalizată a înscrisului constatator al creanței, precum și la menționarea cesiunii, cu semnătura părților, pe înscrisul original. Chiar dacă nu sunt realizate aceste cerințe ale cesiunii, nu este afectată validitatea cesiunii de creanță și pentru realizarea dreptului său cesionarul poate folosi mijloacele legale prevăzute de art. 1.516 și urm. C. civ.³². Dacă cesionarul dobândește și restul creanței, cedentul este obligat să remită cesionarului titlul constatator al creanței aflat în posesia sa, precum și orice alte înscrisuri doveditoare ale dreptului transmis.

6.1.2. Obligația de garanție. Dacă cesiunea de creanță se face cu titlu gratuit cedentul nu garantează nici măcar existența creanței la data cesiunii, exceptând cazul în care există o stipulație contrară [art. 1.585 alin. (5) C. civ.].

Dacă cesiunea de creanță se face cu titlu oneros creditorul cedent are obligația de garanție față de cesionar [art. 1.585 alin. (1) C. civ.], obligație care este de două feluri: legală și convențională³³.

a) *Obligația legală de garanție.* Obligația legală de garanție presupune faptul că cedentul garantează atât existența creanței, cât și existența accesoriilor sale la data cesiunii [art. 1.585 alin. (2) C. civ.], în sensul că anterior acestei date nu a intervenit nicio cauză de stingere a creanței (plată, prescripție, compensație etc.) și debitorul nu poate invoca nicio excepție (bazată pe incapacitate sau vicii de consimțământ), iar cedentul este titularul creanței.

Cedentul nu răspunde pentru garanție dacă dreptul de creanță a fost desființat datorită unor cauze posterioare cesiunii, exceptând cazul în care desființarea s-ar produce retroactiv, având cauze anterioare cesiunii, precum în cazul acțiunii în anulare sau îndeplinirii unei condiții rezolutorii; de asemenea, nu răspunde în cazul cesiunii unui drept aleatoriu care s-a stins datorită realizării elementului aleatoriu³⁴.

Cedentul nu răspunde de drept și de solvabilitatea debitorului cedat și nici de eficiența garanțiilor [art. 1.585 alin. (2) C. civ.].

³¹ C. Bîrsan, în C. Stătescu, C. Bîrsan, 2008, *op. cit.*, p. 365. De exemplu, cesionarul care a cumpărat cu o mie de euro o creanță de șapte sute de euro, are dreptul să pretindă debitorului să-i plătească o mie de euro.

³² I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S. I.Vidu, 2012, *op. cit.*, p. 645.

³³ T.R. Popescu, în T.R. Popescu, P. Anca, 1968, *op. cit.*, p. 389 și 390; C. Bîrsan, în C. Stătescu, C. Bîrsan, 2008, *op. cit.*, p. 366.

³⁴ T.R. Popescu, în T.R. Popescu, P. Anca, 1968, *op. cit.*, p. 389 și 390.

Dacă cedentul cunoștea, la data cesiunii, starea de insolvabilitate a debitorului cedat, sunt aplicabile, în mod corespunzător, dispozițiile legale privind răspunderea vânzătorului de rea-credință pentru viciile ascunse ale bunului vândut [art. 1.585 alin. (4) C. civ.]³⁵.

b) *Obligația convențională de garanție.* Regulile referitoare la obligația legală de garanție sunt supletive, prin urmare, părțile pot să le modifice în anumite limite³⁶. Având în vedere dispozițiile legale privind modificarea sau înlăturarea convențională a garanției în cazul contractului de vânzare (art. 1.698 C. civ.) și pe cele privind limitele clauzei de nerăspundere pentru evicțiune (art. 1.699 C. civ.), putem spune că părțile contractului de cesiune pot să modifice garanția legală a cedentului astfel:

b1) părțile pot conveni să restrângă obligația cedentului de garanție contra evicțiunii; de exemplu, părțile pot să convină ca garantarea creanței să fie numai parțială (de pildă, să nu se garanteze și existența garanțiilor creanței);

b2) părțile pot conveni să extindă, adică să agraveze obligația cedentului de garanție contra evicțiunii; de exemplu, părțile pot conveni ca cedentul să garanteze și solvabilitatea debitorului; dacă cedentul s-a obligat expres, prin clauză contractuală, să garanteze pentru solvabilitatea debitorului cedat, se prezumă, în lipsa unei stipulații contrare, că s-a avut în vedere numai solvabilitatea de la data încheierii contractului de cesiune³⁷ [art. 1.585 alin. (2) C. civ.]; în acest caz cedentul răspunde pentru solvabilitatea debitorului cedat în limita prețului cesiunii (chiar dacă valoarea ei nominală este mai mare), la care se adaugă cheltuielile suportate de cesionar în legătură cu cesiunea [art. 1.585 alin. (3) C. civ.];

b3) părțile pot conveni să îl exonereze pe cedent de orice garanție, caz în care el nu va răspunde nici măcar pentru existența creanței care a făcut obiectul cesiunii.

Stipulația prin care obligația de garanție a creditorului cedent este restrânsă sau înlăturată nu îl exonerează pe acesta de obligația de a restitui prețul cesiunii, cu excepția cazului în care cumpărătorul și-a asumat riscul producerii evicțiunii.

6.1.3. Limitele clauzei de nerăspundere pentru evicțiune (art. 1.586 C. civ.). În toate cazurile (adică atât atunci când părțile au convenit să restrângă sau să agraveze obligația cedentului de garanție contra evicțiunii, cât și atunci când părțile au convenit că creditorul cedent nu va datora nicio garanție sau va datora garanția legală), cedentul răspunde dacă, prin fapta sa proprie, singură ori concurentă cu fapta unei alte persoane, cesionarul nu dobândește creanța în patrimoniul său ori nu poate să o facă opozabilă

³⁵ Potrivit art. 1.712 alin. (1), referitor la întinderea garanției vânzătorului, în situația în care la data încheierii contractului vânzătorul cunoștea viciile bunului vândut și nu l-a informat pe cumpărător despre ele, vânzătorul este obligat la plata de daune-interese, pentru repararea întregului prejudiciu cauzat (regulă al cărei conținut este stabilit de art. 1.531 C. civ.), dacă este cazul, precum și la remedierea situației prin una dintre măsurile prevăzute la art. 1.710 C. civ. (a. înlăturarea viciilor de către vânzător sau pe cheltuiala acestuia; b. înlocuirea bunului vândut cu un bun de același fel, însă lipsit de vicii; c. reducerea corespunzătoare a prețului; d. rezoluțiunea vânzării). În cazul cesiunii de creanță, prin daune-interese se înțelege prețul plătit de cesionar, cheltuielile de perfectare a contractului, cheltuielile de judecată și orice alte daune suportate de acesta.

³⁶ T.R. Popescu, în T.R. Popescu, P. Anca, 1968, *op. cit.*, p. 390; C. Bîrsan, în C. Stătescu, C. Bîrsan, 2008, *op. cit.*, p. 367.

³⁷ O garantare a solvabilității viitoare a debitorului, adică din momentul scadenței, realizată printr-o clauză expresă în acest sens, l-ar transforma pe cedent într-un fideiutor, a cărui garanție este valabilă până la limita prețului primit, T.R. Popescu, în T.R. Popescu, P. Anca, 1968, *op. cit.*, p. 390.

terților (de exemplu, inexistența creanței se poate datora faptului că aceasta s-a stins pentru că cedentul a primit plata de la debitor înainte de încheierea contractului sau după încheierea acestuia, dar anterior comunicării cesiunii către debitorul cedat). Într-un asemenea caz, întinderea răspunderii cedentului se determină potrivit dispozițiilor art. 1.585 alin. (4) C. civ., care face trimitere la dispozițiile legale privind răspunderea vânzătorului de rea-credință pentru viciile ascunse ale bunului vândut³⁸.

6.2. Efecte care se produc față de terți. În cazul cesiunii de creanță au calitatea de terți toate persoanele, cu excepția părților contractante (creditorul cedent și cesionarul) și a succesorilor lor universali sau cu titlu universal, care, în virtutea raportului pe care-l au cu autorul actului, sunt părtași la efectele actului ca și când ar fi fost încheiat de ei înșiși³⁹.

Având în vedere formalitățile de publicitate care trebuie făcute pentru ca cesiunea de creanță să le fie opozabilă unora dintre terți, aceștia sunt împărțiți în două categorii: debitorul cedat (cărui îi este asimilat fideiutorul său) și ceilalți terți (creditorii cedentului și cesionarului, alți creditori ai debitorului, cesionarii ulteriori și succesivi ai aceleiași creanțe). Așa cum am precizat anterior, exceptându-l pe debitor și pe fideiutorul său, contractul de cesiune este opozabil terților din momentul încheierii sale. În cazul debitorului cesiunea creanței produce efecte în următoarele condiții:

a) *Efectele cesiunii față de debitorul cedat înainte de acceptarea sau comunicarea cesiunii.* Dacă între părți cesiunea produce efecte din momentul încheierii contractului [art. 1.575 alin. (1) C. civ.], față de debitorul cedat cesiunea creanței produce efecte, din momentul când a acceptat cesiunea sau aceasta i-a fost comunicată; înainte de acceptarea cesiunii sau de primirea comunicării scrise privind existența cesiunii, debitorul nu se poate libera de obligația sa decât plătind creditorului cedent [art. 1.578 alin. (2) C. civ.], chiar dacă ar avea cunoștință de existența cesiunii. Până la data respectivă debitorul poate să opună cedentului toate mijloacele de apărare pe care are dreptul să le invoce, precum compensația sau prescripția extinctivă;

b) *Efectele cesiunii față de debitorul cedat după acceptarea sau comunicarea cesiunii.* Din momentul acceptării cesiunii sau comunicării acesteia [în condițiile art. 1.578 alin. (1) C. civ.] cesionarul devine creditorul debitorului, cu următoarele consecințe:

b1) debitorul este obligat să plătească cesionarului creanța; momentul nașterii acestei obligații este următorul:

i) dacă debitorul cedat a acceptat cesiunea, este obligat să plătească creanța cesionarului din momentul acceptării [art. 1.578 alin. (1) lit. a) C. civ.];

ii) dacă notificarea cesiunii a fost făcută de creditor, debitorul este ținut să plătească cesionarului din momentul în care a primit notificarea [art. 1.578 alin. (1) lit. b) C. civ.];

iii) când comunicarea cesiunii este făcută de cesionar, debitorul îi poate cere acestuia să îi prezinte dovada scrisă a cesiunii și poate să suspende plata până la primirea unei asemenea dovezi [art. 1.578 alin. (3) și (4) C. civ.]; comunicarea cesiunii nu produce efecte dacă dovada scrisă a cesiunii nu este comunicată debitorului [art. 1.578 alin. (5) C. civ.];

³⁸ Pentru comentariu privind această soluție a legiuitorului, a se vedea I.F. Popa, în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, 2012, *op. cit.*, p. 646, nota 1.

³⁹ M.B. Cantacuzino, *Curs de drept civil*, ed. a II-a, Ed. „Ramuri”, Craiova, p. 482.

b2) debitorul poate să opună cesionarului toate mijloacele de apărare pe care le-ar fi putut invoca împotriva cedentului [art. 1.582 alin. (1) C. civ.]; astfel, el poate să opună plata făcută cedentului înainte ca cesiunea să îi fi devenit opozabilă, indiferent dacă are sau nu cunoștință de existența altor cesiuni, precum și orice altă cauză de stingere a obligațiilor survenită înainte de acel moment (compensația, confuziunea, darea în plată, remiterea de datorie, imposibilitatea fortuită de executare, prescripția împlinită); face excepție de la regula de mai sus, cazul în care cesiunea i-a devenit opozabilă debitorului prin acceptare; atunci debitorul cedat nu mai poate opune cesionarului compensația pe care o putea invoca în raporturile cu cedentul [art. 1.582 alin. (3) C. civ.];

b3) de asemenea, debitorul poate să opună cesionarului plata pe care el însuși ori fideiussorul său a făcut-o cu bună-credință unui creditor aparent (de exemplu, o persoană care se afla în posesia titlului de creanță⁴⁰), chiar dacă au fost îndeplinite formalitățile cerute pentru a face opozabilă cesiunea debitorului și terților [art. 1.582 alin. (2) C. civ.]; cesionarul are drept de regres împotriva creditorului aparent pentru restituirea prestației încasată necuvenit (după regulile art. 1.645 C. civ.).

b4) debitorul are dreptul să fie despăgubit de cedent și de cesionar pentru orice cheltuieli suplimentare cauzate de cesiune (art. 1.577 C. civ.).

§ 7. Cesiunea unei creanțe constatate printr-un titlu de valoare⁴¹

Titlul de valoare a fost definit de doctrină ca fiind un înscris care încorporează un drept de creanță sau un drept real și care îndreptățește pe posesorul său legitim să exercite contra debitorului, la o dată determinată, dreptul arătat în înscris⁴².

Titlurile de valoare sunt clasificate după mai multe criterii⁴³: după conținutul lor (efecte de comerț, valori mobiliare, și titluri reprezentative ale mărfurilor)⁴⁴, după cauza

⁴⁰ C. Roșianu, în Fl. A. Baias, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), 2012, *op. cit.*, p. 1677.

⁴¹ Pentru desemnarea titlurilor care încorporează anumite valori patrimoniale, în dreptul german este folosită noțiunea generică de „titlu de valoare”, iar în dreptul neolatin noțiunea de „titlu de credit”; doctrina românească oscilează între utilizarea uneia sau alteia dintre cele două noțiuni; majoritatea autorilor consideră că titlurile de credit sunt cuprinse în sfera titlurilor de valoare; legiuitorul însuși este nehotărât; totuși, în Codul civil, în capitolul care reglementează cesiunea de creanță, utilizează noțiunea de „titlu de valoare”.

⁴² S.D. Cârpenaru, *Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil*, Ed. Universul Juridic, 2012, p. 602; G. Piperea, *Drept comercial*, vol. II, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 129.

⁴³ Pentru detalii, a se vedea S. Cârpenaru 2012, *op. cit.*, pp. 603-605.

⁴⁴ Efectele de comerț (cambia, biletul la ordin și cecul) sunt înscrisuri care dau posesorilor legitimi dreptul la plata unei sume de bani; valorile mobiliare (acțiunile și obligațiunile emise de societățile comerciale) sunt înscrisuri în temeiul cărora titularii dobândesc drepturi patrimoniale și personal nepatrimoniale; astfel, acțiunile recunosc titularilor calitatea de deținători ai unei părți din capitalul social al societății emitente și le conferă drepturile stabilite prin lege și prin actul constitutiv; obligațiunile conferă titularului calitatea de creditor al sumei de bani împrumutată societății în condițiile indicate în prospectul de emisiune; titlurile reprezentative ale mărfurilor (conosamentul, recipisa de depozit și warantul) sunt înscrisuri care conferă un drept real de proprietate sau de garanție asupra unor mărfuri aflate pe nave sau în depozite, antrepozite etc., S. Cârpenaru 2012, *op. cit.*, p. 603 și 604.

lor (titluri cauzale și titluri abstracte)⁴⁵, după modul în care circulă (titluri nominative, titluri la ordin, titluri la purtător).

Titlul nominativ indică nominal pe titularul drepturilor care rezultă din cuprinsul său, adică pe creditor; titlul la ordin presupune că emitentul lui dă „ordin” (dispoziție) unei alte persoane sau se obligă personal să facă o plată în favoarea unui beneficiar, la scadență sau la ordinul acestuia; titlul la purtător nu nominalizează pe creditor, simpla posesie creând prezumția de legitimitate.

Regimul juridic al titlurilor de valoare nominative, la ordin sau la purtător și al altor titluri de valoare, inclusiv modul în care sunt transmise drepturile pe care le încorporează, este reglementat prin legi speciale: Legea nr. 58/1934 asupra cambiei și biletului la ordin, Legea nr. 59/1934 asupra cecului, Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, Legea nr. 297/2004 privind piața de capital etc.

În capitolul care reglementează cesiunea de creanță legiuitorul face o reglementare sumară, minimală a transmisiunii drepturilor încorporate în titlurile de valoare nominative, la ordin sau la purtător, stabilind un regim juridic special al transmisiunii acestora în raport cu regimul juridic general al transmisiunii drepturilor de creanță⁴⁶.

Astfel, legiuitorul a stabilit următoarele reguli în materia modalităților de transmitere a titlurilor de valoare:

a) creanțele încorporate în titluri nominative, la ordin sau la purtător nu se pot transmite prin simplul acord de voință al părților (art. 1.587 C. civ.), ci în cazul fiecăruia dintre cele trei tipuri de titluri de valoare trebuie îndeplinite anumite formalități pentru transmiterea lor valabilă; această regulă specifică cesiunii titlurilor de valoare este de fapt o excepție de la regula generală în materia cesiunii de creanță potrivit căreia „creanța este cedată prin simpla convenție a cedentului și cesionarului” [art. 1.573 alin. (1) C. civ.];

b) în cazul titlurilor nominative, orice transmitere se consimte de debitor, care o menționează atât pe înscrisul respectiv, cât și în registrul ținut pentru evidența acestora [art. 1.588 alin. (1) C. civ.]; această regulă se completează cu normele speciale care reglementează transmiterea diferitelor categorii de titluri nominative (cambii, bilete la ordin, cecuri, acțiuni necotate la societăți comerciale, conosamente, warante etc.)⁴⁷;

⁴⁵ Titlul cauzal este un înscris care menționează cauza obligației (de exemplu, acțiunile societăților comerciale, conosamentele); titlul abstract este un înscris care încorporează obligația și dreptul corelativ fără să menționeze cauza obligației (de exemplu, cambia, biletul la ordin), S. Cârpenaru 2012, *op. cit.*, p. 605.

⁴⁶ Titlurile de valoare au câteva note de specificitate în raport cu celelalte înscrise ce încorporează drepturi de creanță, care justifică regimul juridic special stabilit de legiuitor pentru cesiunea creanțelor încorporate în aceste titluri; astfel: a) înscrisul este constitutiv de drepturi, deci dreptul încorporat în titlu nu există fără înscrisul respectiv; b) înscrisul are caracter formal, adică pentru a fi valabil înscrisul trebuie să fie întocmit cu respectarea condițiilor de formă cerute de lege și să cuprindă elementele care îi sunt proprii; c) înscrisul are caracter literal, în sensul că existența și întinderea drepturilor posesorului legitim al titlului sunt determinate exclusiv de mențiunile cuprinse în titlul respectiv, neputând fi completate sau interpretate cu ajutorul altor înscrise sau al unor împrejurări de fapt; d) înscrisul conferă autonomie drepturilor cuprinse în el, independență față de raportul juridic fundamental, iar în cazul transmisiunii titlului dobânditorul va deveni titularul unui drept nou, originar, deci nu derivat din dreptul transmitătorului, S.D. Cârpenaru 2012, *op. cit.*, p. 603; în același sens, G. Piperea, 2009, p. 131.

⁴⁷ De exemplu, potrivit art. 98 din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale „Dreptul de proprietate asupra acțiunilor nominative emise în formă materială se transmite prin declarație făcută în registrul acționarilor și prin mențiunea făcută pe titlu, semnată de cedent și de cesionar sau de mandatarii

c) transmiterea titlurilor la ordin (de exemplu, cambia, biletul la ordin) se face prin gir⁴⁸, efectuat potrivit dispozițiilor aplicabile în materia cambiilor [art. 1.588 alin. (2)], adică potrivit art. 13-23 din Legea nr. 58/1934 asupra cambiei⁴⁹ și biletului la ordin; pentru transmiterea titlurilor la ordin nu este necesar concursul debitorului;

d) creanța încorporată într-un titlu la purtător se transmite prin remiterea materială a titlului, adică prin simpla tradițiune a titlului, fără îndeplinirea vreunei formalități de opozabilitate, precum în cazul cesiunii de creanță. Orice stipulație contrară se consideră nescrisă [art. 1.588 alin. (3) C. civ.]; de exemplu, potrivit art. 5 din Legea nr. 59/1934 asupra cecului, cecul poate fi stipulat plătitibil „la purtător”; este considerat cec la purtător și cecul stipulat plătitibil unei anumite persoane, cu mențiunea „sau la purtător”, ori o altă expresie echivalentă, precum și cecul fără arătarea beneficiarului; orice cec la purtător se transmite prin simpla tradițiune a titlului.

Debitorul care a emis titlul la purtător este ținut să plătească creanța constatată prin acel titlu oricărui deținător care îi remite titlul, neputând să invoce niciun motiv pentru a refuza plata (nici chiar dacă ar cunoaște faptul că deținătorul titlului nu este adevăratul titular), întrucât posesia titlului creează prezumția legitimității ei; excepție de la această regulă este cazul în care debitorului i se comunică o hotărâre judecătorească prin care este obligat să refuze plata (art. 1.590 C. civ.).

lor. Dreptul de proprietate asupra acțiunilor nominative emise în formă dematerializată se transmite prin declarație făcută în registrul acționarilor, semnată de cedent și de cesionar sau de mandatarii lor. Prin actul constitutiv se pot prevedea și alte forme de transmitere a dreptului de proprietate asupra acțiunilor. Dreptul de proprietate asupra acțiunilor emise în formă dematerializată și tranzacționate pe o piață reglementată sau în cadrul unui sistem alternativ de tranzacționare se transmite potrivit prevederilor legislației pieței de capital”; de asemenea, potrivit art. 1.901 C. civ., privind transmiterea părților de interes, „Transmiterea părților de interes se face în limitele și condițiile prevăzute de lege și de contractul de societate. Transmiterea părților de interes către persoane din afara societății este permisă cu consimțământul tuturor asociaților. Părțile de interes se pot transmite și prin moștenire, dacă prin contract nu se dispune altfel”. Cu privire la transmiterea acțiunilor în dreptul român, a se vedea S.D. Cârpenaru, S. David, C. Predoiu, G. Piperea, *Legea societăților comerciale: Comentariu pe articole*, ed. a IV-a, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 348 și urm.

⁴⁸ Girul, conceput de legiuitor ca instrument juridic specific de transmitere a drepturilor cambiale, a fost definit de doctrină ca fiind un act juridic prin care posesorul titlului, numit girant, transmite altei persoane, numită giratar, printr-o declarație scrisă și semnată pe titlu și prin predarea titlului, toate drepturile izvorând din titlul respectiv; prin gir, posesorul cambiei dă ordin trasului (obligatul principal) să plătească suma menționată în titlu persoanei în favoarea căreia a transmis cambia, S.D. Cârpenaru, 2012, *op. cit.*, p. 623.

⁴⁹ Drepturile conferite prin cambie sunt drepturi de creanță care pot fi transmise prin cesiunea de creanță, reglementată de Codul civil sau prin gir (acesta fiind un mod specific de transmitere a drepturilor cambiale care prezintă siguranță pentru dobânditor, spre deosebire de cesiunea de creanță obișnuită); doctrina a scos în evidență importante deosebiri între cesiunea de creanță și gir; astfel: a) dacă în cazul cesiunii de creanță cesionarul dobândește drepturile pe care le-a avut cedentul și, prin urmare, excepțiile pe care debitorul le putea invoca cedentului pot fi opuse și cesionarului, prin gir giratarul dobândește un drept propriu și autonom, fără să i se poată opune excepțiile care puteau fi opuse girantului; b) dacă în cazul cesiunii de creanță cedentul garantează numai existența creanței, nu și solvabilitatea debitorului, în cazul girului girantul garantează plata de către tras a sumei de bani față de giratar; c) dacă în cazul cesiunii de creanță, pentru opozabilitatea transmiterii dreptului de creanță este necesară notificarea debitorului, în cazul girului, acesta fiind trecut pe titlu, nu mai este necesară o altă formalitate pentru ca transmiterea dreptului de creanță să fie opozabilă trasului (debitorului); (S. Cârpenaru, 2012, *op. cit.*, p. 623 și 624).

În cazul în care un titlu la purtător este pus în circulație fără voia emitentului, legea face distincție între deținătorul de bună-credință și cel de rea-credință; astfel, dacă deținătorul titlului este de bună-credință, debitorul care a emis titlul la purtător nu poate refuza plata, chiar dacă demonstrează că titlul a fost pus în circulație împotriva voinței sale (art. 1.591 C. civ.); dacă deținătorul este de rea-credință debitorul poate refuza plata, invocând excepția că titlul a fost pus în circulație fără voia emitentului.

Deținătorul unui titlu de valoare la purtător care a fost deposedat în mod nelegitim nu îl poate împiedica pe debitor să plătească creanța celui care îi prezintă titlul decât prin comunicarea unei hotărâri judecătorești. În acest caz, instanța se va pronunța pe cale de ordonanță președințială (art. 1.592 C. civ.).

În ce privește mijloacele de apărare ale debitorului unui titlu de valoare, legiuitorul pleacă de la axioma că un titlu de valoare conferă deținătorului său un drept autonom față de raportul juridic fundamental; emitentul titlului de valoare nu este obligat în temeiul raportului juridic originar (vânzare, împrumut, un fapt juridic etc.), ci în temeiul semnării titlului; fiecare nou posesor al titlului este considerat că are un drept nou, originar, independent față de dreptul transmitătorului, prin urmare noului dobânditor nu îi sunt opozabile excepțiile care puteau fi opuse transmitătorului. În consecință, debitorul nu poate opune deținătorului titlului alte excepții decât cele care privesc titlul însuși, precum nulitatea titlului, viciile titlului (adică excepțiile care reies neîndoiește din cuprinsul titlului)⁵⁰; de asemenea, debitorul poate opune excepții care pot fi invocate personal împotriva deținătorului, precum compensația, prescripția [art. 1.589 alin. (1) C. civ.]. Face excepție de la această regulă cazul în care deținătorul a dobândit titlul în fraudă debitorului; debitorul care dovedește fraudă poate să invoce împotriva deținătorului toate excepțiile întemeiate pe raportul juridic cu transmitătorul sau cu posesorii anteriori ai titlului, adică orice fel de excepții, precum la cesiunea de creanță obișnuită⁵¹.

⁵⁰ Deci, debitorul nu va putea să invoce excepții legate de raportul juridic fundamental, adică de contractul sau faptul juridic din care s-a născut obligația, precum nulitatea relativă pentru neîndeplinirea unor condiții de validitate a actului juridic civil.

⁵¹ Această idee era deja consacrată de legiuitor în art. 19 din Legea nr. 58/1934 asupra cambiei și biletului la ordin, potrivit căruia „Persoanele împotriva cărora s-a pornit acțiune cambială nu pot opune posesorului excepțiunile întemeiate pe raporturile lor personale, cu trăgătorul sau cu posesorii anteriori, afară numai dacă posesorul dobândind cambia a lucrat cu știință în paguba debitorului”.

Reformarea căilor de atac de reformare în noul Cod de procedură civilă

*Conf. univ. dr. Daniel GHIȚĂ¹
Facultatea de Drept și Științe Sociale
Universitatea din Craiova*



Reform of appeals within the new Code of civil procedure

Abstract:

Regulation appeal reform, appeal and recourse, suffered conceptions influence specific to historical periods crossed by the old Code of civil procedure, representing the object of constant concern of the legislature. Restructuring appeals reform in our civil procedure is important landmarks changes in 1948 and 1952 followed, naturally, for the years 1993, 2000 and 2010, representing significant moments in the modernization of our civil procedure, as well as a necessary reform process. Hovering between different conceptions of the legislature on the classification appeal or incidence of the double degree of jurisdiction or on the distribution of material competence, regulatory solutions in this field were varied and not always substantiated.

The solutions proposed by the draft new Code of Civil Procedure are subsumed objectives that have characterized all previous interventions legislature, related in particular to reduce process time and reasonable assurance, through a joint appeal, the practice unit.

Procedural provisions contained in the new Code of Civil Procedure corresponding need quick resolving of the process and, more recently, the need for predictability in legal proceedings. These imperatives are firstly, along with the desire of jurisprudence requires, a proper structuring reform remedies.

Keywords: new Code of civil procedure, appeals, recourse.

Repere ale procesului de reformă. Asigurarea realizării dezideratelor specifice justiției civile – soluționarea cauzelor cu celeritate, o durată rezonabilă a proceselor, asigurarea unei jurisprudențe unitare și a unei practici judiciare previzibile – impune, în primul rând, o intervenție a legiuitorului asupra a două instituții fundamentale – competența instanțelor și căile de atac.

¹ Membru al Centrului de Cercetări Juridice de Drept Privat din Craiova.

Tocmai de aceea, în procesul de reformare a Codului de procedură civilă, modificările în materia competenței și a căilor de atac se înscriu ca repere, determinând, întotdeauna, o nouă configurare a procesului civil.

Pe de altă parte însă, redistribuirea competenței funcționale a instanțelor trebuie corelată cu restructurarea căilor de atac, pentru a se realiza un mecanism unitar și integrat, apt să asigure eficient realizarea scopurilor asumate de o adevărată reformă legislativă în materia procedurii judiciare. Ori de câte ori o asemenea sincronizare a modificărilor nu a existat, consecințele asupra fluidizării procedurii au fost nefaste, iar finalitatea s-a dovedit a fi chiar contrară obiectivelor vizate.

În egală măsură, intervențiile în aceste materii trebuie să fie caracterizate de prudență și, mai ales, temporizate, întrucât se repercutează, direct și imediat, asupra circuitului procesual.

Cu privire la căile de atac, Codul de procedură civilă din 1865 a beneficiat de reforme, *mai mici sau mai mari*, corelate cu modificări în materia competenței sau doar subsumate unei concepții de moment a legiuitorului cu privire la gradele de jurisdicție necesare.

Astfel, au reprezentat reforme importante ale procedurii civile modificările aduse materiei căilor de atac sau competenței funcționale în anii 1948 și 1952, urmate, după o perioadă de timp de stagnare în privința intervenției asupra căilor de atac, de cele din anii 1993, 2000, 2003-2005, 2010 și 2013.

În raport de concepția legiuitorului cu privire la gradele de jurisdicție, dintr-un anumit moment istoric, subsecvent unor importante reforme constituționale ori în considerarea materiilor în care actul de justiție trebuie eficientizat, în materia căilor de atac elementul constant de reformă, a fost reprezentat fie de suprimarea unei căi de atac de reformare, fie, dimpotrivă, de suplimentarea materiilor în care controlul judiciar este asigurat prin două căi de atac de reformare.

Suprimarea unei căi de atac de reformare s-a realizat, la rândul său, prin abrogarea dispozițiilor care o reglementează, așa cum s-a întâmplat cu apelul în anul 1952, ori prin limitarea materiilor în care pot fi exercitate două căi de atac, soluție pentru care s-a optat, limitat, în Codul de procedură civilă din 1865, cât și în noul Cod, diferite fiind căile de atac ce pot fi exercitate.

Reglementat, inițial, prin legile succesive de organizare a instanței supreme, în mod similar actualei proceduri, ca o cale de atac extraordinară, de reformare, dată în competența de drept comun a Curții de Casație, în anul 1948, prin Legea nr. 18/1948, recursul, a fost integrat în Codul de procedură civilă, și transformat în cale de atac ordinară, subsecventă apelului². De altfel, prin Legea nr. 18/1948 au fost aduse modificări substanțiale Codului de procedură civilă, fiind reformate competența, procedura contencioasă și necontencioasă, inclusiv căile de atac, iar Codul a fost republicat. Structurarea competenței și a căilor de atac, astfel rezultată, cu două căi de atac ordinare, asemănătoare celei ce va urma, în perioada 1993-2000, coroborată cu existența unor motive de casare care vizau și aspecte de netemeinicie, inducea ideea existenței a trei grade de jurisdicție, susținere propagată până în prezent.

² Pentru dezvoltări, a se vedea, V.M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. II, Ed. Național, București, 1997, pp. 362-364; V.M. Ciobanu, în V.M. Ciobanu, M. Nicolae (coord.), *Noul Cod de procedură comentat și adnotat. vol. I - art. 1-526*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 1101.

În anul 1952, prin Decretul nr. 132, calea de atac a apelului a fost suprimată, iar recursul a rămas singura cale de atac ordinară, de reformare, până la modificările aduse prin Legea nr. 59/1993. Prin Legea pentru organizarea judecătorească nr. 5/1952 au fost desființate curțile de apel, iar noua organizare judiciară a fost menținută prin Legea pentru organizarea judecătorească nr. 58/1968. În această perioadă recursul putea fi exercitat pentru motive de nelegalitate, dar și de netemeinicie, iar soluționarea sa era dată în competența instanței imediat superioare celei care a pronunțat hotărârea recurată, ceea ce făcea din tribunale instanțe de recurs de drept comun, în condițiile în care judecătorii aveau plenitudine de competență în primă instanță.

Urmând, în mod firesc Legii nr. 92/1992 de organizare judecătorească prin care au fost înființate curțile de apel, prin Legea nr. 59/1993 a fost reintrodus apelul în procedura noastră, recursul fiind menținut, în continuare, ca o cale de atac ordinară, deși putea fi exercitat numai pentru motivele expres prevăzute în art. 304, din care unele vizau și netemeinicia hotărârii atacate. Abia prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 138/2000 pentru modificarea și completarea Codului de procedură civilă recursul este reglementat ca o cale extraordinară de atac, iar motivele de netemeinicie au început a fi reduse.

Introducerea apelului și calificarea recursului ca o cale extraordinară de atac nu rezolva situațiile de practică neunitară generate de modul de distribuire a competenței între instanțe și anume, menținerea judecătorilor cu plenitudine de competență în primă instanță, a tribunalelor ca instanțe de apel de drept comun, cu consecința atribuirii curților de apel a competenței de drept comun în ce privește judecarea recursurilor. Astfel, curțile de apel deveneau *instanțe supreme* în materie civilă în majoritatea cazurilor, putând fi sursă a unor soluții neunitare, iar Înalta Curte de Casație și Justiție, judecând numai în mod excepțional recursuri, își exercita limitat atributul de unificare a practicii prin intermediul unei căi de atac de reformare.

Nefiind lipsită de critici³, reglementarea competenței funcționale a format obiect al unui substanțial proces de reformă inițiat prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 58/2003, aprobată și modificată prin Legea nr. 195/2004, după ce prin revizuirea Constituției în același an denumirea instanței supreme a fost schimbată, atribuindu-i-se chiar prin titulatură competența de a judeca în casație.

S-a încercat, în mod similar reglementării anterioare anului 1948, atribuirea competenței de drept comun în materia recursului instanței supreme pentru ca aceasta să își poată exercita pe deplin rolul său în asigurarea unei jurisprudențe unitare. Prevăzându-se expres că recursul se soluționează de către Înalta Curte de Casație și Justiție, s-a încercat aducerea cvasitotalității recursurilor în fața instanței supreme. Totodată, curțile de apel judecau apelurile împotriva hotărârilor date în primă instanță de judecătorii și tribunale, adică dobândeau competență deplină în materia apelului.

Soluția legislativă nu a fost însoțită însă și de redistribuirea competenței materiale între tribunale și judecătorii, menită să asigure existența unei "competențe ierarhice" în soluționarea căilor de atac⁴, acest fapt generând, pe de o parte, o fracturare a cursului

³ V.M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. I, Ed. National, București, 1996, pp. 419-422; V.M. Ciobanu, *op.cit.*, vol. II, 1997, pp. 317 și 363-365.

⁴ I. Stoenescu, S. Zilberstein, *Tratat de drept procesual civil*, vol. I, București, 1973, p. 139.

procesului, iar, pe de altă parte, o reducere excesivă a competenței materiale a tribunalelor prin transformarea acestora în instanțe de excepție în ceea ce privește judecata în primă instanță și judecata ca instanță de apel.

Astfel, deși elementele de reformă au fost subordonate unui scop adecvat, soluțiile legislative nu au fost adecvate realităților procesuale, determinând chiar efecte contrare unor principii ale procesului civil.

În mod firesc, soluția atribuirii recursului în competența instanței supreme și a apelurilor în competența curților de apel, ar fi fost eficientă dacă ar fi fost determinată de deplasarea competenței în primă instanță de la judecătoria la tribunal, așa cum s-a realizat și prin noul Cod de procedură civilă, și nu de atragerea în fața instanțelor superioare a tuturor apelurilor și recursurilor, fapt ce a determinat, evident, supraaglomerarea acestora și degrevarea inutilă a tribunalelor⁵.

Încercându-se o atenuare a efectelor produse de atribuirea cvasiexclusivă de competență în materia apelurilor și recursurilor, după mai puțin de un an, prin legea de aprobare a ordonanței, au fost introduse dispoziții care readuc în competența instanțelor superioare celor care au pronunțat hotărârea atacată judecarea unor apeluri sau recursuri, tribunalele revenind să judece ca instanțe de apel, apelurile declarate împotriva hotărârilor pronunțate de judecătoria în primă instanță, în anumite cazuri expres prevăzute de lege și ca instanțe de recurs, recursurile în cazurile expres prevăzute de lege, iar curțile de apel, ca instanțe de recurs, recursurile în cazurile expres prevăzute de lege. Pe lângă cazurile expres prevăzute de lege, se introduce și o prevedere prin care se revine, parțial, la situația anterioară încercării de reformă: “în situațiile în care, potrivit dispozițiilor prezentului cod sau ale legii speciale, încheierile sau alte hotărâri pronunțate de instanțele judecătorești sunt supuse numai recursului, judecarea acestei căi de atac este de competența instanței imediat superioare celei care a pronunțat hotărârea în cauză sau, după caz, de competența instanței expres prevăzute de lege”.

Ulterior, cu o motivare parțial justificată de realitatea procesuală - “actuala încărcare în materie civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție determină întârzieri în activitatea de judecată” - dar și cu argumente ușor desuete - *apropierea cetățeanului de instanță* - prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 65/2004, aprobată cu modificări prin Legea nr. 493/2004, se revine la reglementarea anterioară Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 58/2003, recursurile fiind date în competența curților de apel, iar prin Legea nr. 219/2005 de aprobare a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 138/2000 se reactivează regula soluționării recursului de instanța imediat superioară celei care a pronunțat hotărârea în apel.

Limitarea materiilor în care pot fi exercitate ambele căi de atac de reformare a reprezentat, de asemenea, o tendință constantă a legiuitorului, sub imperiul ambelor Coduri de procedură civilă, fiind justificată de necesitatea soluționării mai rapide a unor categorii de litigii.

Dacă, în vechea reglementare, opțiunea legiuitorului s-a îndreptat spre soluția suprimării căii de atac a apelului, configurându-se un recurs “hibrid”, care împrumuta

⁵ Pentru o soluție în sensul desființării unei instanțe, realizându-se astfel o distribuție echilibrată a competenței, a se vedea, I. Leș, *Noile modificări aduse Codului de procedură civilă prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 58/2003*, Dreptul nr. 10/2003, p. 12.

caracterul devolutiv al apelului, dar era supus exigențelor probatorii specifice recursului, în noul Cod apelul reprezintă principala cale de atac, preferându-se suprimarea recursului ca o a doua cale de atac de reformare ce poate fi exercitată.

Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor, având scopul declarat de a pregăti implementarea noilor Coduri procedurale, anticipează o serie de soluții în materia căilor de atac și cu privire la incidentele în materia competenței, însă nu introduce modificările majore preconizate de noul Cod legate de distribuirea competenței și de regimul de exercitare a căilor de atac de reformare.

În ceea ce privește soluțiile date în apel și recurs se instituie caracterul de excepție al anulării hotărârii cu trimiterea cauzei spre rejudecare, respectiv al casării cu trimitere, iar trimiterea se poate dispune o singură dată. Așa cum vom vedea, noul Cod de procedură civilă menține aceleași soluții.

Modificările ce au fost aduse prin legea *micii reforme* lărgeau obiectul recursului, prin extinderea cazurilor enumerate de art. 282¹ din Codul anterior, eliminând astfel calea de atac a apelului pentru o serie întregă de hotărâri⁶.

Legat de suprimarea unei căi de atac, prin Legea nr. 202/2010 s-au atribuit în competența judecătorei de primă și ultimă instanță, procesele și cererile privind creanțe având ca obiect plata unei sume de bani de până la 2.000 lei inclusiv, iar printr-o dispoziție specială se arată că hotărârile pronunțate în aceste litigii nu sunt supuse recursului. Această soluție, deși introdusă în tendința de eliminare a aglomerării instanțelor, a suportat critici de natură constituțională și convențională încă de la momentul introducerii în Codul anterior⁷ și nu s-a regăsit în forma inițială a proiectului noului Cod, fiind introdusă abia prin legea de punere în aplicare. Ca urmare a declarării neconstituționale a respectivelor dispoziții⁸, acestea sunt abrogate prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 4/2013.

De asemenea, o soluție introdusă în anul 2010, menținută și în noul Cod, a fost reprezentată de eliminarea căii de atac a recursului, împotriva hotărârii prin care se admite excepția de necompetență (mai puțin în cazul necompetenței generale sau a necompetenței instanțelor române).

Existența a două căi de atac de reformare – apelul și recursul – a indus ideea existenței, în sistemul nostru procesual, a trei grade de jurisdicție și aceasta atât în perioada în care recursul era, alături de apel, calificat ca o cale ordinară de atac, cât și ulterior, după ce recursul a fost inclus în categoria căilor extraordinare de atac. Mai mult, existența a trei grade de jurisdicție – fond, apel, recurs – este susținută și în sistemul noului Cod de procedură civilă și aceasta în ciuda condiționării exercitării sale de motive pure de nelegalitate și a adaptării soluțiilor pe care le poate pronunța instanța de recurs la specificul

⁶ În materia Legii nr. 10/2001, având în vedere că tribunalul are competență în primă instanță, eliminarea căii de atac a apelului, cu consecința judecării recursurilor de curțile de apel, va însemna, pe de o parte, degrevarea instanței supreme de judecarea numeroaselor recursuri în aceste cauze, iar, pe de altă parte, reducerea semnificativă a duratei proceselor într-o materie care a generat o jurisprudență constantă a Curții Europene a Drepturilor Omului de condamnare a statului român.

⁷ I. Leș, *Reflecții – parțial critice – asupra modificărilor și completărilor aduse Codului de procedură civilă prin Legea nr. 202/2010 pentru accelerarea soluționării proceselor*, Dreptul nr. 1/2011, p. 13; C. Roșu, A. Fanu-Moca, *Modificările aduse recursului civil prin Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor*, Dreptul nr. 3/2011, p. 23.

⁸ Decizia Curții Constituționale nr. 967 din 20 noiembrie 2012.

controlului exercitat.

Necondiționat de calificarea dată de lege recursului, considerăm, în acord cu opiniile avizate din doctrină⁹, că nu se poate vorbi de existența a trei grade de jurisdicție în situația în care este deschisă atât calea de atac a apelului, cât și a recursului. Criteriul de determinare a gradelor de jurisdicție ar trebui să fie caracterul devolutiv sau nedevolutiv al controlului declanșat printr-o cale de atac și nu ciclurile procesuale determinate de judecata în primă instanță, în apel și în recurs¹⁰. Astfel, neavând caracter devolutiv și neprovocând o rejudecare a fondului, recursul nu poate constitui un al treilea grad de jurisdicție.

În condițiile reglementării apelului ca o cale de atac devolutivă, care declanșează o a doua judecată în fond, putem vorbi de dublul grad de jurisdicție, iar un eventual recurs, dacă este prevăzut de lege, nu declanșează decât un control de legalitate. Eram în prezența dublului grad de jurisdicție și în perioada în care, în anumite materii, apelul era suprimat, putând fi exercitat doar un recurs care, prin dispoziție expresă a legii, nu era ținut de motivele de casare prevăzute de lege, cauza putând fi examinată sub toate aspectele. Nu aceeași este situația în noul Cod, care renunțând la așa-numitul recurs hibrid, reglementat de fostul art. 304¹, prevede câteva situații în care se poate exercita numai recursul, însă fără a mai elimina condiționarea încadrării criticilor în motivele de casare. De asemenea, în perioada 1952-1993, fiind singura cale de atac de reformare, recursul asigura un al doilea grad de jurisdicție, putând viza și netemeinicia hotărârii atacate¹¹.

Noutăți privind regulile generale de exercitare a căilor de atac de reformare. În sistemul noului Cod de procedură civilă, căile de atac de reformare sunt apelul și recursul, prin intermediul lor realizându-se controlul judiciar de către o instanță ierarhic superioară celei care a pronunțat hotărârea atacată.

Cu caracter de noutate noul Cod prevede expres regulile generale și principiile în materia exercitării căilor de atac. Desigur, acestea încorporează soluțiile doctrinei și statuările constante din practica judiciară, însă, prin reglementarea lor expresă se anihilează orice posibilă controversă viitoare care altfel ar fi putut fi alimentată de eventualele opinii sau soluții minoritare.

Dintre regulile instituite, elemente de noutate, la nivel reglementativ, se regăsesc în materia legalității căii de atac, a ordinii de exercitare a căilor de atac, cu privire la partea din hotărâre care se atacă și cu privire la excepțiile de la principiul neînfruntării situației în propria cale de atac.

Legalitatea căii de atac, reglementată de noul Cod în art. 457 este dedusă din principiul legalității, principiu fundamental al sistemului de drept, precum și din principiul consacrat de art. 129 din Constituție. Astfel, o hotărâre judecătorească este supusă numai căilor de atac stabilite de lege, indiferent de mențiunea din dispozitivul hotărârii atacate cu privire la calea de atac. Aceeași este soluția cu privire la termenele de exercitare a căilor de atac și momentul de la care acestea încep să curgă.

⁹ V.M. Ciobanu, în V.M. Ciobanu, M. Nicolae (coord.), *op. cit.*, p. 1035.

¹⁰ A. Dumitrescu, *Apelul și recursul în noul Cod de procedură civilă*, <http://www.juridice.ro/210023/apelul-si-recursul-in-noul-cod-de-procedura-civila.html>.

¹¹ I. Stoenescu, G. Porumb, *Drept procesual civil român*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1966, p. 289; totuși, autorii citați susțin existența a trei grade de jurisdicție în sistemul primă instanță, apel, recurs.

Textul legal prevede expres că mențiunea inexactă din dispozitivul hotărârii cu privire la calea de atac nu produce niciun efect asupra dreptului de a exercita calea de atac prevăzută de lege, soluție consacrată și în jurisprudența anterioară.

În practica judiciară sub imperiul Codului anterior s-a decis că mențiunea greșită făcută în dispozitivul hotărârii cu privire la calea de atac nu deschide părții dreptul de a declara o cale de atac pe care legea nu o prevede, deoarece căile de atac sunt determinate de lege, după cum, dacă instanța a omis să treacă în dispozitiv mențiunea că hotărârea este susceptibilă de a fi atacată prin intermediul unei căi de atac, partea va putea exercita calea de atac prevăzută de lege¹².

Trebuie avute în vedere și dispozițiile art. 152, conform cărora „cererea de chemare în judecată sau pentru exercitarea căii de atac este valabilă făcută chiar dacă poartă o denumire greșită”. Astfel, denumirea greșită dată unei căi de atac nu atrage respingerea acesteia ca inadmisibilă, ea urmând a fi calificată corect de instanță.

Dacă, încrezându-se în mențiunea greșită din dispozitiv, partea declara o cale de atac neprevăzută de lege, sub imperiul Codului anterior soluțiile instanțelor au fost diferite, fie de respingere ca inadmisibilă fie, mai frecvent, de recalificare a căii de atac. În această din urmă variantă dacă se punea problema motivării în termen (a recursului, de regulă), soluțiile au fost de constatare a nulității sau, dimpotrivă, de repunere în termenul de motivare, situația asimilându-se unei împrejurări mai presus de voința părții.

Noul Cod cuprinde dispoziții exprese și soluții cu caracter de nouitate pentru situația în care în dispozitivul hotărârii se menționează greșit calea de atac.

În situația în care în dispozitiv s-a făcut o mențiune greșită cu privire la calea de atac și partea a exercitat calea de atac indicată de judecător, iar instanța superioară respinge ca inadmisibilă calea de atac – neprevăzută de lege – exercitată de partea interesată, în considerarea mențiunii inexacte din cuprinsul hotărârii cu privire la calea de atac, hotărârea pronunțată de instanța de control judiciar va fi comunicată, din oficiu, tuturor părților care au luat parte la judecata în care s-a pronunțat hotărârea atacată, iar de la data comunicării începe să curgă, dacă este cazul, termenul pentru exercitarea căii de atac prevăzute de lege.

Prin ipoteză, soluția prevăzută de noul Cod vizează numai cazul respingerii ca inadmisibilă a căii de atac, ceea ce nu exclude, în continuare, posibilitatea instanței de a recalifica o cale de atac neprevăzută de lege, după punerea în discuția contradictorie a părților. Dacă după respingerea ca inadmisibilă a căii de atac declarate și comunicarea respectivei hotărâri, ne aflăm în situația în care legea nu prevede nicio cale de atac exercitabilă, pentru părți nu mai începe să curgă termenul pentru exercitarea căii de atac.

De menționat că, așa cum rezultă din textul legal, după comunicarea, din oficiu, a hotărârii de respingere ca inadmisibilă, toate părțile care au luat parte la judecata în care s-a pronunțat hotărârea atacată, au dreptul de a exercita calea de atac prevăzută de lege, chiar dacă inițial nu își exercitaseră acest drept.

Deși soluția din noul Cod se dorește a reprezenta, așa cum s-a apreciat, un corectiv pentru partea care s-a încrezut în mențiunea judecătorului¹³ și încearcă să găsească un echilibru între două principii – *iura novit curia* și *nemo censetur ignorare legem* – totuși,

¹² *Ibidem*.

¹³ V.M. Ciobanu, în V.M. Ciobanu, M. Nicolae (coord.), *op. cit.*, p. 1036.

partea nu rămâne chiar total neprejudiciată prin exercitarea unei căi de atac neprevăzute de lege în condițiile în care se pune problema achitării taxelor de timbru aferente celor două cereri de declarare a căilor de atac.

Noul Cod stabilește expres și ordinea exercitării căilor de atac, problematică abordată în doctrină, până la intrarea sa în vigoare, prin tratarea ierarhiei căilor de atac și clarificată de practica judiciară prin interpretarea diferitelor texte din Cod, în special a celor care reglementau condițiile de exercitare a căilor de atac de retractare.

Astfel, se stabilise, de principiu, că nu se poate exercita o cale de atac extraordinară cât timp există posibilitatea utilizării unei căi de atac ordinare, după cum recursul nu poate fi exercitat *omisso medio*¹⁴.

În mod similar, în noul Cod, conform art. 459, *căile extraordinare de atac nu pot fi exercitate atât timp cât este deschisă calea de atac a apelului, iar, în cazul hotărârilor susceptibile de apel, dacă acesta nu a fost exercitat, recursul este inadmisibil*. Desigur, ultima teză vizează și cazurile deduse pe cale jurisprudențială, în care apelul a fost exercitat, însă a fost anulat (de exemplu, ca netimbrat) sau în care apelul a vizat numai anumite critici față de hotărârea primei instanțe, iar recursul este inadmisibil dacă motivele sale conțin alte critici¹⁵. Astfel, dacă o parte nu exercită apel contra unei hotărâri, nu poate exercita direct recurs, acesta fiind inadmisibil, după cum este inadmisibil recursul prin care se formulează critici care nu au fost invocate în apel.

De asemenea în concordanță cu statuările anterioare, se consacră și posibilitatea exercitării concomitente a căilor extraordinare de atac, cu mențiunea că recursul, fiind o cale de atac de reformare, se judecă cu prioritate. În cazul exercitării simultane a recursului și a unei căi de atac de retractare, chiar și în lipsa unei dispoziții exprese, s-a apreciat că judecata căii de atac extraordinare de retractare se va suspenda¹⁶.

Ca excepție, cu caracter de noutate, noul Cod permite exercitarea recursului *sărint* peste apel, cu condiția ca părțile să consimtă expres asupra acestui aspect, prin înscris autentic sau prin declarație verbală, dată în fața instanței a cărei hotărâre se atacă și consemnată într-un proces-verbal. Astfel, dacă o hotărâre este susceptibilă de apel și de recurs, ea poate fi atacată, înăuntrul termenului de apel, direct cu recurs, la instanța care ar fi fost competentă să judece recursul împotriva hotărârii date în apel. Fără a reprezenta un caz tipic de renunțare la apel, această posibilitate a fost reglementată pentru a scurta cursul procesului, dacă părțile nu înțeleg să se mai judece, cu caracter devolutiv, în apel. Tocmai de aceea, recursul astfel exercitat poate fi formulat numai pentru un singur motiv din cele opt prevăzute de lege, și anume încălcarea sau aplicarea greșită a normelor de drept material. Termenul de exercitare directă a recursului este termenul de exercitare a apelului. Nerespectarea acestui termen atrage ca sancțiune respingerea recursului astfel formulat ca inadmisibil, acesta fiind, în acest caz, exercitat cu adevărat, *omisso medio*.

Prin dispozițiile cuprinse în art. 461, noul Cod de procedură civilă rezolvă o problemă generatoare de dispute în doctrină și jurisprudență privind partea din hotărâre care poate fi atacată. Mai exact, redactorii Codului fructifică, prin reglementarea introdusă,

¹⁴ I. Leș, *Tratat de drept procesual civil*. Ed. All Beck, București, 2001, pp. 534 și 535.

¹⁵ I. Leș, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 616.

¹⁶ V.M. Ciobanu, în V.M. Ciobanu, M. Nicolae (coord.), *op.cit.*, p. 1044.

argumentele de teorie și practică, cu caracter de noutate fiind soluția concretă dată căii de atac.

Situația premisă nu este reprezentată de lipsa motivării sau de o motivare fără legătură cu dispozitivul, aspect care poate fi invocat ca o critică în apel ori este incident motivul corespunzător de recurs, ci aceea în care, prin considerente, instanța face anumite aprecieri juridice asupra unor fapte ori statuează în drept, iar aceste aprecieri sau statuări pot fi invocate ulterior cu autoritate de lucru judecat.

După expunerea dispoziției de principiu conform căreia, calea de atac se îndreaptă împotriva soluției cuprinse în dispozitivul hotărârii, este prevăzută și situația particulară în care o parte ar putea să exercite o cale de atac numai împotriva considerentelor hotărârii: dacă prin acestea s-au dat dezlegări unor probleme de drept ce nu au legătură cu judecata acelui proces sau care sunt greșite ori cuprind constatări de fapt ce prejudiciază partea. Pornind de la situațiile deduse din practica instanțelor, care justificau interesul promovării unei căi de atac numai împotriva considerentelor, noul Cod le determină concret, referindu-se la considerentele ce nu au legătură cu judecata, care sunt greșite sau prejudiciază partea.

Incidența acestor cazuri ar justifica interesul ca o parte, care nu atacă soluția din dispozitiv, fie motivat de lipsa interesului în exercitarea căii de atac, fie că, deși soluția îi este nefavorabilă, nu înțelege să uzeze de o cale de atac, să poată ataca totuși considerentele. Justificarea constă în aceea că acestora le poate fi atașată autoritatea de lucru judecat, iar aceasta ar putea fi invocată ulterior contra părții.

Este importantă justificarea acestui interes, întrucât, fără a detalia controversele din literatura juridică privind partea din hotărâre ce se atacă, acceptarea posibilității atacării considerentelor era condiționată de existența unui astfel de interes. Altfel, în esență, se susținea că motivarea nu face altceva decât să explice sau să completeze înțelegerea dispozitivului, iar partea care a avut câștig de cauză nu ar mai avea interes să atace hotărârea chiar dacă motivarea este greșită sau ar leza-o moral. Ceea ce dobândește autoritate de lucru judecat este dispozitivul și, eventual, considerentele care explică dispozitivul sau își găsesc corespondent în acesta, nu și considerentele izolate, care nu au acest caracter. Tocmai de aceea, se susținea că partea care a pierdut procesul nu ar avea interes să atace considerentele, întrucât acestea nu intră în autoritatea de lucru judecat¹⁷.

Cu toate acestea, în practică au fost identificate situații în care se impunea cu evidentă interesul atacării considerentelor, în mod similar celor statuate în noul Cod. Diferită era soluția ce se dădea cu privire la calea de atac. Astfel, deși o anumită motivare era considerată ca sursă a autorității de lucru judecat și se justifica exercitarea unei căi de atac, soluția era, totuși, respingerea căii de atac și înlocuirea considerentelor cu unele adecvate dispozitivului. Întrucât această soluție genera dificultăți în ceea ce privește obligarea la cheltuielile de judecată, în acord cu propunerile formulate¹⁸, în noul Cod se prevede expres soluția admiterii căii de atac. Instanța, admitând calea de atac, va înlătura acele considerente care prejudiciază partea și le va înlocui cu propriile considerente, menținând soluția cuprinsă în dispozitivul hotărârii atacate.

¹⁷ A se vedea, inclusiv pentru exemplificări, I. Stoenescu, G. Porumb, *op. cit.*, 1966, p. 292.

¹⁸ V.M. Ciobanu, *op. cit.*, vol. II, 1997, p. 370.

Analiza privind partea de hotărâre ce poate fi atacată este indisolubil legată și de alte dispoziții exprese din noul Cod legate de partea din hotărâre care are autoritate de lucru judecat.

În acest sens, art. 430 dispune că *autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă*.

În general, autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul hotărârii, fapt ce determină și regula conform căreia calea de atac se îndreaptă împotriva soluției cuprinse în dispozitiv.

Se admite însă, că acele considerente care explică dispozitivul și se reflectă în acesta – *pe care acesta se sprijină* (așa-numitele considerente decisive) – făcând corp comun cu acesta, dobândesc autoritate de lucru judecat. Pentru identitate de rațiune și considerentele prin care se rezolvă un aspect litigios și conțin o soluție dată unei probleme de drept, dar nu figurează în dispozitiv (numite considerente decizorii), au autoritate de lucru judecat¹⁹. Nu beneficiază de autoritate de lucru judecat, așa cum a rezultat din cele expuse, considerentele numite indiferente. Tocmai de aceea, se consideră că o cale de atac îndreptată împotriva dispozitivului va viza, în mod implicit, și considerentele decisive sau decizorii²⁰.

Calea de atac poate fi îndreptată, conform soluției din noul Cod, numai împotriva considerentelor prin care s-au dat dezlegări unor probleme de drept ce nu au legătură cu judecata acelui proces (numite nenecesare sau supraabundente) sau care sunt greșite ori cuprind constatări de fapt ce prejudiciază partea²¹, în ipoteza în care și acestea, dobândind autoritate de lucru judecat, ar putea fi invocate în alt proces.

Principiul *non reformatio in peius*, recunoscut constant de doctrină și jurisprudență, beneficiază de reglementare expresă în noul Cod, atât în materia apelului, cât și în materia recursului. Potrivit art. 481, „apelantului nu i se poate crea în propria cale de atac o situație mai rea decât aceea din hotărârea atacată, în afară de cazul în care el consimte expres la aceasta sau în cazurile anume prevăzute de lege”, iar conform art. 502, „la judecarea recursului, precum și la rejudecarea procesului după casarea hotărârii de către instanța de recurs, dispozițiile art. 481 sunt aplicabile în mod corespunzător”. Principiul nu se opune desigur, ca apelantului sau recurentului să i se poată crea o situație mai grea în apelul sau recursul părții adverse, fie că acesta este principal sau incident.

În mod similar unei dispoziții existente, la un moment dat, în Codul anterior, se prevăd și excepțiile în care părții i se poate crea o situație mai grea în propria cale de atac: atunci când există consimțământul expres al părții sau atunci când legea prevede expres aceasta. Prima situație este întemeiată pe natura normei ce reglementează principiul, aceasta fiind de ordine privată, iar partea poate renunța la beneficiul aplicării principiului²². Pentru a doua situație, un caz în care legea anihilează expres principiul *non reformatio in peius* este cel prevăzut de art. 432, conform căruia, ca efect al aditerii

¹⁹ M. Tăbârcă, *Drept procesual civil*, vol. II, Ed. Universul juridic, București, 2013, pp. 586-587.

²⁰ C. Negrilă, în G. Boroș (coord.), *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, vol. I, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 858.

²¹ *Ibidem*, p. 859.

²² V.M. Ciobanu, G. Boroș, Tr.C. Briciu, *Drept procesual civil. Curs selectiv*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 363.

exceptiei autorității de lucru judecat, părții i se poate crea în propria cale de atac o situație mai rea decât aceea din hotărârea atacată.

Noutăți privind căile de atac de reformare. În materia căilor de atac de reformare legiuitorul noului Cod a introdus acele elemente de noutate menite să asigure, de data aceasta în mod adecvat, spre deosebire de încercările de reformă anterioare, funcția acestora, de control judiciar și de aplicare unitară a legii. Modificările au fost corelate cu o justă redistribuire a competenței materiale a instanțelor astfel încât să se evite unele dintre consecințele negative ale intervențiilor legislative anterioare asupra Codului de procedură civilă.

Este de remarcat reușita corelării în noul Cod a modificărilor din materia căilor de atac de reformare cu redistribuirea competenței între judecătorii și tribunale, cu rezultatul firesc al respectării competenței ierarhice în exercitarea apelului și recursului și, mai ales, cu consecința aducerii în fața instanței supreme a recursului.

Competența materială a fost structurată între instanțe astfel încât să asigure o redistribuire justă a cauzelor și să se realizeze o accelerare a cursului judecătii, precum și o practică unitară. Respectându-se acest deziderat propus de legiuitor chiar în faza incipientă a proiectului noului cod, așa cum reiese din expunerea de motive ce l-a însoțit, s-a urmărit reasezarea competenței materiale, astfel încât judecătorii să judece cauzele de valoare mică, de complexitate redusă, dar frecvente în practică, tribunalele să devină instanțe cu plenitudine de competență pentru judecata în primă instanță, curțile de apel să judece în principal apelurile, iar Înalta Curte de Casație și Justiție să devină instanță de recurs de drept comun, putând astfel asigura o practică unitară la nivel național.

Prin deplasarea competenței de primă instanță dinspre judecătorii spre tribunale, se realizează și o deplasare a competenței funcționale, de judecare a apelului, spre curțile de apel, în condițiile în care apelul este calea de atac obișnuită. În egală măsură, prin corelarea dispozițiilor care reglementează competența în primă instanță a tribunalelor cu cele privind obiectul recursului, se realizează posibilitatea judecării recursurilor de către instanța supremă în materii importante, prin natura cauzelor sau valoarea obiectului. Prin reglementarea motivelor de casare, care exclud orice aspect de netemeinicie și prin atribuirea cvasiexclusivă în competența instanței supreme, recursul a devenit o cale de atac extraordinară prin care se exercită un control de legalitate și se asigură interpretarea și aplicarea unitară a legii.

Calificând apelul ca principala cale de atac de reformare, singura cale de atac ordinară și devolutivă, ce poate fi exercitată, în condițiile art. 458 alin. (1) și art. 466 alin. (1), cu prioritate față de căile de atac extraordinare și ori de câte ori legea nu o suprimă în mod expres, legiuitorul l-a transformat în calea de atac de drept comun, menită să asigure principiul dublului grad de jurisdicție. Totodată, spre deosebire de vechea reglementare, au fost diminuate considerabil categoriile de hotărâri de primă instanță care nu pot fi atacate cu apel, renunțându-se la limitarea obiectului apelului, prin dispoziții exprese, de natura celor cuprinse în art. 282¹, precum și la recursul, pe bună dreptate numit în doctrină *hibrid*, reglementat de art. 304¹ din Codul anterior²³. Atunci când s-a considerat

²³ *Ibidem*, p. 335, pentru critica adusă tendinței legiuitorului de a sustrage apelului categorii întregi de litigii; pentru dezvoltări privind calificarea apelului în noul Cod, a se vedea, L. Zidaru, *Noua reglementare a apelului în Proiectul de lege privind Codul de procedură civilă*, Curierul Judiciar nr. 9/2009, Supliment, pp. 7-9.

necesar, din rațiuni ce țin de scurtarea duratei procesului și eficientizarea actului de justiție, în noul Cod a fost suprimată calea de atac a recursului și nu a apelului, asigurându-se astfel, o dublă judecată în fond a cauzelor.

Caracterul de cale de atac comună al apelului, respectiv, regula exercitării apelului împotriva hotărârii primei instanțe, precum și principiul soluționării apelului de instanța imediat superioară rezultă și din dispozițiile art. 7 din Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Codului, deși acestea se referă, în particular, la prevederi privind căile de atac conținute în legi speciale. Astfel, dacă printr-o lege specială se prevede că hotărârea judecătorească de primă instanță este definitivă (în sensul prevăzut în Codul anterior) sau că este supusă numai recursului, de la data intrării în vigoare a Codului de procedură civilă, aceasta va fi supusă numai apelului la instanța ierarhic superioară. De altfel, din modul de reglementare a competenței funcționale a tribunalelor și curților de apel în materia apelului rezultă aceeași regulă a soluționării apelului de către instanța imediat superioară celei care a pronunțat hotărârea apelată.

Cazurile în care hotărârile primei instanțe sunt exceptate de la exercitarea apelului și împotriva lor poate fi exercitat numai recursul sunt limitate în noul Cod și vizează, de regulă, incidente procedurale, cum ar fi: hotărârea prin care se admite excepția de necompetență și se respinge cererea ca inadmisibilă ori ca nefiind de competența instanțelor române – art. 132 alin. (4); hotărârea prin care se constată renunțarea la judecată (cu excepția renunțării în fața Înaltei Curți de Casație și Justiție) – art. 406 alin. (6); hotărârea prin care se respinge cererea în fond ca urmare a renunțării la dreptul pretins – art. 410; hotărârea prin care se constată perimarea – art. 421 alin. (2); hotărârea dată în baza recunoașterii pretențiilor – art. 437 alin. (1); hotărârea care consfințește tranzacția – art. 440. În toate aceste situații recursul este judecat de instanța superioară celei care a pronunțat hotărârea atacată cu recurs (dacă incidentul apare în fața instanței supreme, recursul va fi judecat de completul de 5 judecători).

În schimb, sunt mai numeroase categoriile de litigii în care apelul este singura cale de atac, fără posibilitatea de a se exercita și recurs împotriva hotărârii pronunțate în apel, așa cum expres prevede art. 483 (când legea prevede că hotărârile de primă instanță sunt supuse numai apelului). Dacă excluderea căii de atac a recursului în materiile prevăzute inițial în proiectul noului Cod a fost considerată rezonabilă față de scopul degrevării instanței supreme, în schimb tendința legiuitorului, accentuată chiar înainte de intrarea în vigoare a noului Cod, de a sustrage de la controlul de legalitate pe calea recursului (și implicit, de la controlul realizat de instanța supremă), o serie întregă de litigii a fost pertinent criticată²⁴. Practic, neajunsurile reglementării anterioare a competenței materiale funcționale, care, în esență, erau legate de finalizarea procesului în recurs în fața curților de apel, subzistă și în noua reglementare, prin numeroasele excepții stabilite de legiuitor cu privire la exercitarea recursului împotriva hotărârilor pronunțate de instanțele de apel. Cumulând materiile în care singura cale de atac este apelul²⁵, cu categoria

²⁴ V.M. Ciobanu, în V.M. Ciobanu, M. Nicolae (coord.), *op. cit.*, p. 1036.

²⁵ Hotărâri care pot fi atacate numai cu apel: în cazul contestației la executare [cu excepțiile prevăzute de art. 717 - hotărârile pronunțate în temeiul art. 711 alin. (4), al art. 714 alin. (4) și al contestației la titlu]; în cazul partajului judiciar – art. 994 alin. (2); în materia ordonanței președințiale – art. 999 alin. (1); în materia acțiunilor posesorii – art. 1.003 alin. (3); în materia ofertei de plată – art. 1.009 alin. (2); în procedura cererilor cu valoare redusă – art. 1.032 alin. (1); în evacuare – art. 1.041 alin. (5); în materia opoziției la cererea de uzucapiune – art. 1.051 alin. (8).

hotărârilor pronunțate de judecătoria în primă instanță²⁶ sau de tribunale în primă instanță²⁷, care sunt susceptibile numai de apel [caz în care, conform art. 483 alin. (2) teza a doua, nici hotărârile date în apel nu sunt supuse recursului], se ajunge la o importantă categorie de litigii în care judecata se va finaliza fie în fața tribunalelor, ca instanțe de apel, fie în fața curților de apel, care vor judeca în apel, fără posibilitatea exercitării unui recurs în fața instanței supreme. Această soluție, deși are avantajul fragil al apropierei justiției de destinatarul său, va putea constitui sursă a unei jurisprudențe neunitare²⁸, iar mecanismele de unificare a practicii, chiar ameliorate prin noua reglementare, vor trebui să își dovedească eficiența, într-o măsură mult mai consistentă decât vor fi făcut-o până în prezent.

La acestea se adaugă categoria hotărârilor pronunțate în cereri evaluabile în bani, care date fiind în competența judecătorilor în primă instanță²⁹ sau în competența tribunalelor, sunt supuse numai apelului la instanța imediat superioară, recursul putând fi exercitat numai împotriva hotărârilor pronunțate de curțile de apel în judecarea apelului, dacă valoarea obiectului depășește 500.000 lei, conform art. 483 alin. (1). Prevederea acestui prag valoric a urmărit degrevarea instanței supreme, mărinț însă, considerabil, sfera litigiilor evaluabile în bani judecate în primă instanță de tribunale și în apel de curțile de apel, fără posibilitatea exercitării recursului. Deși delimitarea raportată la această sumă a suportat critici, în aceeași tendință de a diminua încărcătura instanței supreme, legiuitorul a intervenit cu câteva zile înainte de intrarea în vigoare a noului Cod, prin Legea nr. 2/2013 privind unele măsuri pentru degrevarea instanțelor judecătorești, precum și pentru pregătirea punerii în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă³⁰, mărinț pragul valoric de la care poate fi exercitat recursul la 1.000.000 lei³¹.

Pe lângă aceste aspecte care țin de competența de soluționare a căilor de atac de reformare și de obiectul acestora, noul Cod, pe de o parte, consolidează reglementările anterioare cu privire la cererea de apel sau recurs, depunerea acesteia, probele în apel sau recurs, apelul sau recursul incident și provocat, procedura de judecată și soluțiile pronunțate de instanța de control judiciar, iar pe de altă parte, introduce soluții statuate constant în jurisprudență.

O serie de noutăți în materia căilor de atac au fost anticipate prin legea *micii reforme*, încă din anul 2010, modificările din acea vreme fiind determinate de necesitatea pregătirii implementării noului cod și subordonate aceluiași scopuri declarate – eficientizarea procedurilor judiciare și soluționarea cu celeritate a litigiilor.

Aspecte comune celor două căi de atac de reformare legate de elementele cererii, depunerea cererii sau procedura de regularizare sunt supuse noilor exigențe impuse încă

²⁶ Conform art. 483 alin. (1) nu sunt supuse recursului hotărârile pronunțate în cererile prevăzute la art. 94 pct. 1 lit. a)-i).

²⁷ Hotărârile pronunțate în cele privind navigația civilă și activitatea în porturi; hotărârile pronunțate în conflictele de muncă și de asigurări sociale; hotărârile pronunțate în materie de expropriere; hotărârile pronunțate în cererile privind repararea prejudiciilor cauzate prin erori judiciare.

²⁸ În același sens, a se vedea, G.-L. Zidaru, în V.M. Ciobanu, M. Nicolae (coord.), *op. cit.*, p. 284.

²⁹ Conform art. 94 pct. 1 lit. j), judecătorii judecă cereri evaluabile în bani în valoare de până la 200.000 lei inclusiv, indiferent de calitatea părților, profesioniști sau neprofesioniști.

³⁰ M. Of. nr. 89 din 12 februarie 2013.

³¹ Pentru procesele pornite începând cu data intrării în vigoare a legii și până la data de 31 decembrie 2015.

din faza pregătitoare a procesului din primă instanță. Noul Cod prevede o procedură de verificare a cererii de apel sau recurs și de regularizare a acesteia, similară procedurii instituite pentru cererea de chemare în judecată, cu diferențele specifice date de ciclul procesual în care aceasta intervine.

O noutate în materie o constituie pregătirea dosarului de apel sau, după caz, de recurs de către instanța a cărei hotărâre se atacă, prevedere instituită în scopul degrevării instanțelor de control judiciar de această procedură, asigurându-se și o judecată mai rapidă în căile de atac. Însă, așa cum s-a procedat din rațiuni ce țin, probabil, de logistica instanțelor cu dispozițiile privitoare la cercetarea procesului în camera de consiliu, Legea nr. 2/2013 a amânat aplicarea dispozițiilor privind pregătirea dosarului de către instanța a cărei hotărâre se atacă, până la data de 1 ianuarie 2016, urmând ca până atunci să se aplice dispozițiile din lege care le substituie pe cele din Cod. Procedura instituită provizoriu prin legea de degrevare este diferită în condițiile în care regularizarea cererii de apel sau recurs se face de instanța ce o judecă. Astfel, nu mai putea fi menținută dispoziția referitoare la completarea sau modificarea cererii înăuntrul termenului de apel sau recurs, prevăzută de art. 471 din Cod, întrucât, în ipoteza ajungerii dosarului la instanța superioară, întotdeauna termenul este împlinit. De aceea, legea prevede un termen de 10 zile pentru completarea sau modificarea cererii, calculat de la data comunicării lipsurilor de către completul căruia i s-a repartizat dosarul. De asemenea, specificul procedurii de regularizare în căile de atac, față de regularizarea cererii introductive, este dat de anularea cererii la primul termen de judecată, soluție impusă de concepția Codului cu privire la instanța care realizează pregătirea dosarului. Termenele de depunere a întâmpinării în apel și recurs sunt diferite față de termenul stabilit de art. 201, de 25 de zile de la data comunicării cererii de chemare în judecată, pentru depunerea întâmpinării în primă instanță. Dacă în cazul întâmpinării față de cererea de apel termenul este de 15 zile, în materia recursului acest termen se dublează, motivat de ceea ce constituie o altă mare noutate, și anume obligativitatea redactării și semnării întâmpinării de avocatul sau consilierul juridic al intimatului și a răspunsului la întâmpinare de avocatul sau consilierul juridic al recurentului.

O serie de dispoziții din noul Cod instituie, dat fiind specificul motivelor de recurs, obligativitatea redactării recursului și a asistării sau reprezentării în recurs prin avocat sau consilier juridic. Astfel, conform art. 13 alin. (2), în recurs, cererile și concluziile părților nu pot fi formulate și susținute decât prin avocat sau, după caz, consilier juridic, cu excepția situației în care partea sau mandatarul acesteia, soț ori rudă până la gradul al doilea inclusiv, este licențiată în drept, iar potrivit art. 82, la redactarea cererii și a motivelor de recurs, precum și în exercitarea și susținerea recursului, persoanele fizice vor fi asistate și, după caz, reprezentate, sub sancțiunea nulității, numai de către un avocat, în condițiile legii, cu excepția cazurilor în care partea sau mandatarul este soț sau rudă în gradul prevăzut de lege. În mod similar, la redactarea cererii și a motivelor de recurs, precum și în exercitarea și susținerea recursului, persoanele juridice vor fi asistate și, după caz, reprezentate, sub sancțiunea nulității, numai de către un avocat sau consilier juridic, în condițiile legii. Legea nr. 2/2013 a instituit și o altă excepție, în cazul instanțelor judecătorești și parchetelor, ale căror cereri și concluzii, în recurs, pot fi formulate și susținute de către președintele instanței sau de către conducătorul parchetului, de către consilierul juridic ori de către judecătorul sau procurorul desemnat, în acest scop, de președintele instanței ori de conducătorul parchetului.

Soluția depunerii apelului sau recursului la instanța a cărei hotărâre se atacă a fost menținută în noul Cod, sub sancțiunea nulității, chiar dacă textul similar din Codul anterior a format obiect al unei excepții de neconstituționalitate admise, prin Decizia nr. 303/2009. Conformarea față de criticile de neconstituționalitate, legate și de lipsa unei culpe a apelantului sau a recurentului, a fost realizată prin prevederea obligativității menționării în dispozitivul hotărârii a instanței la care se depune cererea de apel sau recurs³². Pe de altă parte, menținerea soluției este justificată în condițiile în care pregătirea dosarului se face de aceeași instanță la care se depune cererea.

Motivele de recurs au fost revizuite prevăzându-se numai motive de casare de nelegalitate. Noul Cod, în art. 488 reglementează opt motive de recurs, continuând tendința de reducere a acestora și de eliminare a aspectelor care vizau netemeinicia, începută prin O.U.G. nr. 138/2000, așa cum am arătat. Astfel, au fost eliminate două dintre motivele prevăzute de art. 304, în reglementarea ulterioară anului 2005: instanța a acordat mai mult decât s-a cerut ori ceea ce nu s-a cerut (acesta regăsindu-se printre motivele de revizuire) și, instanța, interpretând greșit actul juridic dedus judecătii, a schimbat natura ori înțelesul lămurit și vădit neîndoielnic al acestuia. Totodată a fost introdus un motiv nou, vizând încălcarea autorității de lucru judecat. Un alt motiv legat de încălcarea principiului continuității, în interpretarea sa strictă – dacă hotărârea a fost pronunțată de alt judecător decât cel care a luat parte la dezbaterile pe fond a procesului a fost extins și cu privire la încălcarea regulilor privind repartizarea aleatorie a cauzelor și cu privire la încălcarea continuității completului, în sens larg – dacă hotărârea a fost pronunțată de un alt complet de judecată decât cel stabilit aleatoriu pentru soluționarea cauzei ori a cărui compunere a fost schimbată, cu încălcarea legii.

Dacă motivarea recursului și-a menținut același regim juridic, cu privire la motivarea apelului a fost eliminată posibilitatea formulării motivelor de fapt și de drept și a propunerii probelor până la prima zi de înfățișare. Indicarea în cuprinsul cererii de apel a motivelor de fapt și de drept pe care se întemeiază apelul și a probelor invocate în susținerea apelului este prevăzută sub sancțiunea decăderii, menținându-se soluția din vechea reglementare conform căreia instanța de apel se va pronunța, în fond, numai pe baza celor invocate la prima instanță în cazul în care apelul nu se motivează ori motivarea apelului nu cuprinde motive, mijloace de apărare sau dovezi noi.

Soluțiile date căilor de atac se mențin în aceleași coordonate determinate de modificările aduse materiei prin Legea nr. 202/2010, cu mențiunea că soluțiile în recurs au fost adaptate specificului de cale extraordinară de atac și instanței cu competența de drept comun să îl soluționeze. Soluția anulării hotărârii în apel cu trimiterea cauzei spre rejudecare și a casării cu trimitere în recurs, ce poate fi dispusă o singură dată și numai în cazul în care părțile au solicitat în mod expres luarea acestei măsuri, se menține în noul Cod tot ca o excepție, justificarea ținând de necesitatea asigurării celerității chiar dacă, aparent, părțile sunt lipsite de un grad de jurisdicție. Pentru instanța supremă, se păstrează regula casării cu trimitere în cazul admiterii recursului, renunțându-se la dispozițiile din Codurile anterioare care dădeau posibilitatea statuării asupra fondului în cazul casării pentru aplicarea corectă a legii la împrejurări de fapt deplin stabilite. O serie

³² A se vedea pentru argumente, V.M. Ciobanu, în V.M. Ciobanu, M. Nicolae (coord.), *op. cit.*, p. 1068.

de modificări au fost fundamentate pe specificul controlului exercitat pe calea recursului³³. Astfel, s-a renunțat la soluția modificării hotărârii ca o consecință a admiterii recursului, păstrându-se doar soluția casării, după cum s-a renunțat la mențiunea obligativității pentru instanța de trimitere a statuărilor instanței de recurs asupra necesității administrării de noi probe. Potrivit art. 501, numai statuările instanței de recurs asupra problemelor de drept dezlegate sunt obligatorii pentru instanța care judecă fondul. Totodată, pentru a se simplifica și efortul de redactare, hotărârea instanței de recurs va cuprinde în considerente numai motivele de casare invocate și analiza acestora, iar în cazul în care recursul se respinge fără a fi cercetat în fond ori se anulează sau se constată perimarea lui, hotărârea de recurs va cuprinde numai motivarea soluției fără a se evoca și analiza motivelor de casare.

Punând capăt unor soluții diferite din practica judiciară, care au determinat chiar promovarea unui recurs în interesul legii – deși proiectul noului Cod tranșase problema – s-a prevăzut expres că după casarea cu reținere sau cu trimitere, în rejudecare sunt admisibile orice probe prevăzute de lege.

După încercarea de introducere a unei proceduri de filtrare a recursurilor prin O.U.G. nr. 58/2003 și renunțarea aproape imediată la aceasta, prin legea de aprobare a ordonanței³⁴, noul Cod introduce un astfel de filtru, cu o reglementare mai riguroasă. Scopul reglementării îl constituie tot degrevarea instanței supreme de judecarea unor recursuri informale, cu precizarea că, în această verificare, dacă constată că recursul este vădit nefondat, completul de filtru îl poate respinge, după cum, dacă se apreciază că recursul este admisibil, iar problema de drept care se pune în recurs nu este controversată sau face obiectul unei jurisprudențe constante a Înaltei Curți de Casație și Justiție, completul se poate pronunța asupra fondului recursului, fără citarea părților.

În concluzie, în acord cu opiniile exprimate în perioada anterioară intrării în vigoare a noului Cod, determinate, mai ales, de modificările aduse proiectului prin acte normative ulterioare apariției legii de punere în aplicare, observăm, pe de o parte, tendința justificată a legiuitorului de a aduce în fața instanței supreme judecarea recursului în cauze importante din punct de vedere al obiectului sau care ar putea genera probleme de interpretare a legii, iar, pe de altă parte, instituirea unor mecanisme procesuale menite să compenseze eventuala încărcare a instanței supreme și să înlesnească judecarea recursurilor. Cu toate acestea, inserarea cu caracter definitiv sau doar temporar a unor numeroase excepții care determină finalizarea judecății în fața tribunalelor sau a curților de apel au ca efect tocmai anihilarea dezideratelor care au fundamentat reforma normelor procedurale în materia căilor de atac și a competenței funcționale, expuse în cuprinsul studiului de față.

³³ Pentru considerații cu privire la reglementarea recursului prin proiectul Codului, a se vedea, V.M. Ciobanu, *Aspecte noi privind recursul în procesul civil în lumina Proiectului Codului de procedură civilă*, Revista română de drept privat nr. 1/2009, *passim*.

³⁴ Dispozițiile cuprinse în art. 308 alin. (3)-(5), privind raportul asupra recursului au fost abrogate prin Legea nr. 219/2005; dispozițiile privind admisibilitatea în principiu a recursului, introduse prin O.U.G. nr. 58/2003, au fost abrogate prin Legea nr. 195/2004 pentru aprobarea O.U.G. nr. 58/2003.

The theory of unforeseeability in Romanian and German law

Asist. univ. dr. Mădălin SAVU-TICU¹

University of Craiova, Faculty of Law and Social Sciences



The theory of unforeseeability in Romanian and German law

Abstract:

In the present time the fact that there is no unity in the perception of the regulations of European countries concerning the unforeseeability theory shows the difficulty of the lawmaker which is called to make a compromise between the generalisation of the principle *pacta sunt servanda* and accepting the rule *rebus sic standibus*.

Even if we refer to the regulation of this theory through the Draft Common Frame of Reference or through the Art. 313 of B.G.B. or through Articles 1467-1468 of the Italian Civil Code (*eccessiva onerosita*) or even through the new Romanian Civil Code, or if we analyze the Spanish, Belgian, Swiss and French regulations which are partisans of the generalisation of the principle *pacta sunt servanda*, we need to accept the necessity to (at least!) try to unify this legal problem in one way or the other.

Honouring on the letter the principle of good faith excludes, at an ideal level, the intervention of a third party (even of the judge), as long as, such an unforeseeable circumstance occurs in a way that seriously and fundamentally affects the balance of the contract, the creditor of the excessive onerous obligation, should be acting in good faith and in the spirit (not the letter!) of the contract in order to “salvage” it.

Keywords: *rebus sic standibus*, unforeseeability, the effects of the agreement, the principle of binding force, new Romanian Civil code, compared law.

§ 1. Introductory notes on unforeseeability: legal definition; historical background

1.1. Any valid agreement produces effects, which represent, in the end, the rights and obligations such agreements create, modify or end². We cannot imagine an agreement

¹ E-mail: ticu_madalin@yahoo.com.

² Carmen Tamara Ungureanu, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, ed. a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 182.

which does not produce any effects and for this reason, the purpose, the goal of any agreement must be analyzed from the perspective of the effects it produces.

Identifying the effects of a civil agreement means establishing the rights and the correlative obligations it generates, modifies or ends. Thus, determining the content of an agreement supposes two steps:

a) *to produce proof of the agreement* – if the existence of an agreement is not proven, then establishing the effects of such document cannot be an issue anymore (*idem est non esse et non probari*);

b) *interpreting the content of an agreement*, step that can aim at:

- either qualifying the document, which means determining the type, the genre of the agreement;

- either establishing the meaning of one/more provision/s of the agreement;

- or both determining the type of the agreement and the meaning of its provision/s.

The principles of the effects of the agreement represent those rules which show the way that these effects produce, more specific, in which conditions and towards whom they may be produced. In this respect, the theory of the effects of the agreement lays down three principles:

- the principle of binding force (*pacta sunt servanda*);

- the principle of the irrevocability of the civil contract;

- the principle of the relativity of the effects of the civil contract.

From the perspective of this study, the first principle is the most relevant, as far as by its exceptions, it comprises, includes the theory of unforeseeability.

1.2. The principle of binding force (*pacta sunt servanda*) is the most significant of the three principles mentioned above, a real crossroad between the execution of the civil contracts and the manifestation of the free will. According to this principle, the agreement is the law of the parties – Article 1270 of the Civil Code: “**The binding force** (1) *The valid contract is considered the law of the contracting parties.*” A similar regulation was set down by Art. 969 of the Civil code of 1864.

As it was stressed, the notion of “law of the parties” “*is to be understood only metaphorically, because we cannot put the equal sign between the law and the contract*”³.

The very existence of this principle has its origins both in a moral, ethical rule which implies the obligation of respecting one’s word and of the commitment one made and also in the need of ensuring the stability of the civil relations and of the entire contractual circuit⁴.

In its capacity of social being (*zoon politikon* – Aristotle), the individual person respects its commitments (*pacta sunt servanda*) for the very reason that he must take into consideration the good of the community, society he is part of.

What is important is that the binding force extends beyond the parties of a contract, taking into consideration the fact that the national and even international courts called

³ G. Boroi, C.A. Anghelescu, *Curs de drept civil. Partea generala*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 194.

⁴ *Noul Cod civil - comentarii, doctrină, jurisprudență*, colectiv de autori, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 582.

to resolve a dispute resulted from a contract are held by the terms of the agreement and are bound to respect the sovereign will of the parties (if, of course, their agreement is within the limits of the law, the public policy or to accepted principles of morality)⁵.

1.3. The rule *rebus sic standibus* has its origins in the roman law and it comprises a relatively simple idea: as long as the circumstances taken into consideration by the parties in the moment they concluded the contract remain unchanged, the contract produces its effects exactly as they were laid down by the parties in the terms of the agreement.

Interpreting *per a contrario*, if, when executing the contract, there is a situation that imposes the re-evaluation/renegotiation of the contract, the parties must have an active role, with the respect of the principle of good faith and re-think the contractual situation in a way that it corresponds better to their initial will.

“Depending on the effect it has on the initial operation, we will either have a new contract, which will take the place of the first, or we will have the same contract, but an amended one. In any case, we need the agreement of both parties; if one of the parties refuses any modifications, excepting the case of force majeure, the other party is “at the mercy” of the first one”⁶.

1.4. Whenever the effects of an agreement are not the ones taken into consideration by the parties, we enter the domain of exceptional situations which may depart from the principle of the binding force of the agreement. We shall encounter two types of special situations:

a) The cases when the binding force is restricted, which are those situations expressly regulated by law, when the agreement ceases its effects before the established term because one of its elements may have disappeared. For example:

- the termination of the rental agreement because of the total or considerable disappearance of the good [art. 1818 paragraph (1) Civil Code];

- the termination of the residence rental agreement (a special case of rental agreement regulated for the spaces having as destination the place of residence of a person) within 30 days from the registration of the decease of the tenant [art. 1834 paragraph (1) Civil Code];

- the termination of the tenant farming contract by the decease, incapacity of bankruptcy of the tenant farmer (art. 1850 Civil Code) etc.

b) The cases when the binding force is extended

- extension of the effects of the contract by law, over the time established by the parties (for example the prorogation of the rental agreements as per the special laws: art. 1 of the

⁵ Pentru dezvoltări a se vedea C.T. Ungureanu, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, ed. a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 182; G. Boroș, C.A. Angheliescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 194.

⁶ *Noul Cod civil - comentarii, doctrină, jurisprudență*, colectiv de autori, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 583, precum și F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, Editions Dalloz, Paris, 2009, p. 490.

Law no. 17/1994, Art. 7 paragraph (1) of the Law no. 112/1995, Art. 1 of the O.U.G. (Government Emergency Ordinance) no. 40/1999, O.U.G. no. 8/2004 etc.)

- extension of the effects of the contracts with successive execution because of the temporary suspension of the contract – in this case, the duration of the contract is extended with a period equal to the duration of the suspension of the contract (for ex.: a situation of *force majeure*) etc.

Another exception from the principle *pacta sunt servanda*, is due to “the rupture of the contractual equilibrium following a change of the conditions taken into consideration by the parties the moment they concluded the agreement (the so-called *unforeseeability theory – rebus sic standibus*), because it comes to a point where the effects of the agreement are different than those the parties, when they concluded the agreement, have understood to set down and agreed to bind them”⁷.

We are in the situation where the effects of an agreement have to be revised whenever its execution becomes too burdensome for one of the parties. It’s the case where the contractual equilibrium is broken because of the exceptional changes of the conditions taken into consideration by the parties when they concluded the agreement, as per Art. 1271 of the Civil Code.

1.5. The application of the unforeseeability theory is usually restricted to the synallagmatic, onerous, commutative and with successive execution contracts. Nevertheless, the doctrine has stated that the *uno actu* contracts are also submitted to the unforeseeability theory, provided that “*the circumstance that breaks the contractual equilibrium intervenes after its conclusion, but before the obligations of the parties are due to be executed.*”⁸

The intervention of the contractual disequilibrium is always situated after the moment the contract is concluded. If this disequilibrium existed before the date of the conclusion of the contract, the applicable institution would not be the unforeseeability, but the lesion, as a defect in the intention to contract⁹.

1.6. The old Romanian regulation (the Civil code of 1864) does not contain any express provisions concerning the unforeseeability, this theory being developed only by the doctrine and case-law. However, there were known certain applications of the theory in certain specific cases:

- according to Art. 43 paragraph 3 of the Law of Law 8/1996 regarding Authors’ Copyright and Related Rights which provides that “*in case of an obvious disproportion between the remuneration of the author of a work and the benefits of the person who has obtained the transfer of patrimonial rights, the author may petition the competent jurisdictional bodies to revise the contract or to conveniently increase the remuneration*”;

- Article 54 of Emergency Government Ordinance No. 54/2006 concerning the concession of public property which provides that “*the contractual relations between the*

⁷ G. Boroi, C.A. Anghelescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 197 și 198.

⁸ *Ibidem*, p. 198.

⁹ C.T. Ungureanu, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, ed. a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 185.

conceder and the concessionaire are based on the principle of financial balance of the concession, between the rights which are granted to the concessionaire and the obligations which are imposed upon him. As a consequence, the concessionaire shall not be bound to bear the increment of its duties concerning the execution of its obligations if this increment is due to: a) a measure ruled by a public authority; b) a case of force majeure.”.

- and also the case of voluntary service, which is a contract without payment - Article 14 of Law 195/2001 on voluntary service, provides that “*if during the execution of a contract on voluntary service there arises a situation independent of the contracting parties that can burden the execution of the obligations incurred by the volunteer, the contract shall then be renegotiated. If the situation renders further execution of the contract impossible, then it is completely terminated”.*

1.7. The theory of unforeseeability in force is laid down in the New Civil Code, Fifth Book, Obligations, Second Title, The Origins of the Obligations, First Chapter – The Contract, Sixth Section, The Effects of the Contract, Article 1271, being regulated by three paragraphs, as follows:

*(1) The parties are bound to fulfill their obligations **even if their fulfillment has become more onerous**, either due to the increase in the costs of fulfilling their own obligations or due to the decrease of the value of counter performance”.*

*(2) However, **if the execution of the contract has become excessively onerous due to an exceptional change of circumstances**, which would render the binding of the debtor to fulfill the obligation evidently unjust, the courts of law may order:*

a) the revision of the contract in order to equitably distribute between the parties the losses and benefits resulting from the change in circumstances;

b) the termination of the contract from the moment and under the conditions it shall establish.

(3) The provisions of paragraph 2 are applicable only if:

a) the change in circumstances has occurred after the conclusion of the contract;

b) the change in circumstances as well as their extent were not and could not have been reasonably considered by the debtor at the moment when the contract was concluded;

c) the debtor did not undertake the risk of the change in circumstances and it could not have been reasonably considered that he had undertaken that risk;

d) the debtor tried, within reasonable term and in good faith, to negotiate the reasonable and equitable revision of the contract”.

The first paragraph of the Article 1271 restates the principle of binding force of any legally concluded agreement, even in more difficult situations, where the fulfillment of the parties' obligations has become more difficult if compared with the moment they concluded the contract.

Restating the rule already provided by Article 1270 (the binding force of the agreement) means in fact that the lawmaker prepares the terrain in order to introduce the exception laid down in the second paragraph of the article.

However, in order to benefit from the provisions of the second paragraph, two conditions must be simultaneously fulfilled:

- an exceptional change of the circumstances taken into consideration by the debtor in the moment the contract was concluded

- the consequence of this change is the excessive burdensome of the contract for one of the parties.

The simultaneous fulfillment of the two conditions allows the court to act on one of the two possibilities:

- either to intervene as a mediator, negotiator, in a way that keeps the contract active, but the court rules in order to equitably distribute between the parties the loss and the gain (benefit) that may result from the contract;

- or to rule the termination of the contract “*from the moment and under the conditions it shall establish*”. Regarding the moment from which the court may rule the termination of the contract, it is obvious that this term may be only a future one.

In order for the judge to substitute the will of the parties with a will that leans more towards the principle of equity between the contractual relations, four conditions must be met:

- The change of the circumstances must be posterior to the conclusion of the contract. Otherwise, if it was anterior to the conclusion of the contract, it would mean that the debtor knew it and had taken it into consideration and has undertaken the risk deriving from that circumstance;

- The debtor could not foresee the change of the circumstances nor the extent of the change at the moment he concluded the contract;

- The debtor did not assume the risk of the change of the circumstance. *Per a contrario*, the theory of the unforeseeability would not be applicable;

- Before addressing to the court, the debtor tried to renegotiate the contract, acting in good faith and within a reasonable term.

According to the Art. 107 of the Law no. 71/2011 (the law which sets the conditions under which the New Civil Code entered into force), “*The provisions of Art. 1271 of the Civil Code regarding the unforeseeability apply only to the contracts concluded after the Civil Code enters into force*”, in other words, the express regulation of this theory shall produce its effects only *ex nunc* (from now on), and not for the contracts concluded under the Civil Code of 1864 but for which the excessive onerous situations have occurred after the New Civil Code entered into force.

The article 148 of the same law allows the theory to be applied also to a special type of hazardous contracts – the life annuity contract – but only “*concerning the circumstances arisen during the execution of the contract, which are not determined by the duration of the life of the person in favour of which the annuity has been established.*”

§ 2. Unforeseeability in the German Law System

2.1. On the Codification in Germany¹⁰ (*Bürgerliches Gesetzbuch*)

Not even Germany is excerpted from the discussions that arose at the end of the 19th Century between the partisans and the adversaries of the codification, amongst whom we mention the most significant ones like Thibaut¹¹ and Savigny.

¹⁰ Această subsecțiune a fost prezentată și publicată în cadrul tezei de doctorat susținută public în 5 iulie 2011 de către autor (titlu teza doctorat: “Fundamentele filosofice ale legislației civile”, autor: Ticu Madalin-Savu).

¹¹ Pentru detalii asupra disputei între Thibaut (exponentul Scolii fondată pe dreptul rațiunii) și Savigny (exponentul concepției istorice și organice asupra dreptului), a se vedea Michel Pédamon, *Le*

“The first, seduced by the French example, has turned himself into the supporter of a general civil codification in Germany”¹². On the other hand, as the most important representative of the historic school, Savigny sustained that “the law is in its essence change, as well as the very civilisation and the aspirations of the people from which it arises [...], the codification cannot but disturb the market of the law, to distort it, to limit its progress”¹³.

In between these two directions, two civil code projects have been conceived, one in 1887 which it was said that “it had a too dogmatic approach, had a very hermetical and had a predominant technical character”¹⁴ and another project proposed in 1985, which was conceived only to “temperate the distinctive characters of the first one”¹⁵. Practically, the German Civil Code has been adopted on the 1st of July 1896 and it wanted to be an alternative of the French Civil Code, presenting another vision of the civil law, more thorough, more elaborate and more technical.

It must be taken into consideration and reminded here also the purpose of national unification, which was accompanied by the introduction of the German civil code, being said that “The unification of the German regions is hereby accompanied by the adoption of the civil code, presented as a federalising factor”¹⁶, a symbol of the idea of national unity accomplished by the law – “Thus, BGB has been known as, if not a symbol of national unity, at least its fruit”¹⁷.

Destined for the professionals, very technical, with a very savant and abstract expression at the same time, “BGB is the code of the practitioners of law. It is not thus a popular code. It is firstly intended for the professionals; all of its configuration is a testament of this purpose”¹⁸.

Ever since 2002 we are witnessing an important development if the German Civil Code, in areas like non-execution of the contracts, prescription, introducing of new concepts that were already recognised and applied by the case-law, as *culpa in contrahendo* etc. “Thus, on the 1st January 2002 an important reform of the German Civil code entered into force, which targets the right to not execute the contract, including here the sale contract, the undertaking contract, the prescription and other developments”¹⁹.

Code civil et la doctrine juridique allemande du XIX^e siècle, dans l'oeuvre collective „1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir”, Dalloz, Paris, 2004, p. 810-815.

¹² Fauvarque-Cosson B., Patris-Godechot S., *Le Code civil face à son destin*, La Documentation française, Paris, 2006, p. 38.

¹³ Cl. Witz, *Droit privé allemand, actes juridiques, droits subjectifs*, Litec, 1992, no. 3, apud Fauvarque-Cosson B., Patris-Godechot S., *Le Code civil face à son destin*, La Documentation française, Paris, 2006, p.38.

¹⁴ Fauvarque-Cosson B., Patris-Godechot S., *op. cit.*, p. 39.

¹⁵ *Ibidem*, p. 39.

¹⁶ *Ibidem*, p. 39.

¹⁷ Spellenberg U., *Les expériences allemandes du Code civil français*, dans *Le Code civil, une leçon de légistique?*, sub coordonarea lui Bernard Saintourens, Economica, Paris, 2006, p. 171.

¹⁸ Fauvarque-Cosson B., Patris-Godechot S. *op. cit.*, p. 52.

¹⁹ Philippe D., *La réforme du Code civil allemand: une source d'inspiration pour une révision du Code Napoléon?*, în lucrarea colectivă *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, Bruxelles, 2005, studii reunite și prezentate de Alain Wijffels, p. 93 și 94.

§ 2.2. Regulation of the unforeseeability theory in the German law

Regulation of the unforeseeability theory in the German law has been known to have multiple steps of evolution²⁰.

In a first step, „*the basis for applying this theory consists in suggesting the rebus sic standibus clause in the contract, which, at that moment, represented the influence of natural law. The conditions of application as well as the effects were modern: the adaptation or the termination of a mandatory legal relation*”²¹.

A second step supposed only a partial regulation of the unforeseeability theory, through the Articles 321 and 610 of the B.G.B., which was regulated only for those contracts which have not yet been honored and only taking into consideration the situation of the creditor but „the German Civil Code of 1900 no longer acknowledged the theory of unforeseeability, which was also rejected by jurisprudence”²².

„Section 321 Defence of uncertainty

(1) *A person who is bound to perform in advance under a reciprocal contract may refuse to render his performance if, after the contract is entered into, it becomes apparent that his entitlement to consideration is jeopardised by the inability to perform of the other party. The right to refuse performance is not applicable if consideration is rendered or security is given for it.*

(2) *The person required to perform in advance may specify a reasonable period in which the other party must, at his choice, render consideration or provide security reciprocally and simultaneously against performance. If the period ends without result, the person required to perform in advance may revoke the contract. Section 323 applies with the necessary modifications.*”

A third step is represented by the theory of loss of the contractual basis, “Wegfall der Geschäftsgrundlage”, theory that belongs to Paul Oertmann. According to this theory, the highest German court between 1879-1945 (Reichsgericht), “*has interpreted in an unorthodox manner the provisions of Article 242²³ of B.G.B., thus detaching itself from the rule of intangibility of the contract and building a progressive system for the contract revision based on the change of circumstances*”²⁴.

We hereby witness the emergence of the unforeseeability theory using the praetorian way, in the 1920s²⁵.

²⁰ R. Duminica, C. Aleca, *Considerations concerning the regulation of the theory of unforeseeability in comparative law*, in *Issues of Business and Law*, vol. 4 (2012), p. 63- <http://ibl.ttvam.lt/index.php/ibl/article/view/39>.

²¹ *Ibidem*, p. 63.

²² *Ibidem*, p. 63.

²³ “Section 242 Performance in good faith. An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration”.

²⁴ D. Dobrev, *O cutie a Pandorei în noul Cod civil – Impreviziunea*, p.1, sursa internet: <http://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CDcQFjAC&url=http%3A%2F%2Fdumitrudobrev.files.wordpress.com%2F2010%2F10%2Fimpreviziunea-dd-corectat.doc&ei=zn5uUtO2COzt4gTThYCYCg&usq=AFQjCNETcRlc9TEWlYsiA0rS-9R9PtT6oQ&bvm=bv.55123115,d.bGE>.

²⁵ *Ibidem*, p. 1.

In order for this theory to be applicable, two conditions must be met simultaneously²⁶:

- “it has to be the only means of avoiding enduring extremely severe consequences which are incompatible with law and justice and which, in accordance with equity, may not be left in their charge;

- the modification must not be included among the risks in a contract”.

As soon as these two conditions are met simultaneously, the judge is given the possibility to adapt the contract. Only in the case which the contract loses its basis, the judge shall rule its termination.

The German obligations’ theory has given the unforeseeability theory a push to a fourth step, through the law concerning the modernisation of the obligations of the 26th of November 2001, which “*explicitly adopted and transformed this theory in the new article 313 of the B.G.B. (Störung der Geschäftsgrundlage)*”²⁷, according to which:

“Section 313 Interference with the basis of the transaction

(1) If circumstances which became the basis of a contract have significantly changed since the contract was entered into and if the parties would not have entered into the contract or would have entered into it with different contents if they had foreseen this change, adaptation of the contract may be demanded to the extent that, taking account of all the circumstances of the specific case, in particular the contractual or statutory distribution of risk, one of the parties cannot reasonably be expected to uphold the contract without alteration.

(2) It is equivalent to a change of circumstances if material conceptions that have become the basis of the contract are found to be incorrect.

(3) If adaptation of the contract is not possible or one party cannot reasonably be expected to accept it, the disadvantaged party may revoke the contract. In the case of continuing obligations, the right to terminate takes the place of the right to revoke”.

This way, the German law in force regulates and recognises explicitly the unforeseeability theory, keeping the main idea of adapting the contract and accepting the termination of the contract only in exceptional situations.

§ 3. The Unforeseeability Theory in the European Civil Code

The regulation of the unforeseeability theory in the new Romanian Civil Code (art. 1271) has its basis in the article 6:111 of the first version in 2008 of “a Draft Common Frame of Reference”, paper published by the Study Group on a European Civil Code, under the coordination of the Professor Christian von Bar²⁸.

The revised version of unforeseeability (pct. III-1:110) of the Draft Common Frame of Reference provides the following:

²⁶ R. Duminica, C. Aleca, *Considerations concerning the regulation of the theory of unforeseeability in comparative law*, in *Issues of Business and Law*, volume 4 (2012), p. 63 - <http://ibl.ttvam.lt/index.php/ibl/article/view/39>.

²⁷ D. Dobrev, *O cutie a Pandorei în noul Cod civil – Impreviziunea*, p. 2, sursa internet citată anterior.

²⁸ *Ibidem*, p. 3. Pentru detalii asupra Grupului de Studiu pentru un Cod civil European a se vedea website-ul <http://www.sgecc.net/>.

“Variation or termination by court on a change of circumstances

(1) *An obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished.*

(2) *If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may:*

(a) *vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or*

(b) *terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court.*

(3) *Paragraph (2) applies only if:*

(a) *the change of circumstances occurred after the time when the obligation was incurred;*

(b) *the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances;*

(c) *the debtor did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances; and*

(d) *the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation”.*

This content has been adopted by the new Romanian Civil Code, even the Romanian doctrine has argumentatively criticized²⁹ these provisions for the following reasons:

- because there is no common approach between the European countries on this theory;

- because instead of regulating the theory, the parties are free to provide their own renegotiation provisions, similar to the hardship clauses in international commercial law;

- because the main model of the Romanian civil legislation – the French model – rejects the theory of unforeseeability, admitting it only in the domain of administrative law;

- because there are projects to regulations that are more realistic, as is the case of the project of the New French Civil Code³⁰: *“If a change of the circumstances, unforeseeable and insurmountable, renders the execution too onerous for a party who did not undertake the risk, the latter may demand his co-contractant the renegotiation, but must comply with his obligations during the renegotiations. If the renegotiation is refused or if it fails, the judge can, if the parties agree, adapt the contract or, if not possible, to rule its termination within the conditions that he establishes.”*

²⁹ D. Dobrev, *O cutie a Pandorei în noul Cod civil – Impreviziunea*, p. 5, sursa internet citată anterior.

³⁰ *Ibidem*, p. 6.

§ Conclusions:

In the present time the fact that there is no unity in the perception of the regulations of European countries concerning the unforeseeability theory shows the difficulty of the lawmaker which is called to make a compromise between the generalisation of the principle *pacta sunt servanda* and accepting the rule *rebus sic standibus*.

Even if we refer to the regulation of this theory through the Draft Common Frame of Reference or through the Art. 313 of B.G.B. or through Articles 1467-1468 of the Italian Civil Code (*eccessiva onerosita*) or even through the new Romanian Civil Code, or we analyze the Spanish, Belgian, Swiss and French regulations which are partisans of the generalisation of the principle *pacta sunt servanda*, we need to accept the necessity to (at least!) try to unify this legal problem in one way or the other.

The problem that arises within the Romanian regulation of this rule is how shall we be able to conciliate the unforeseeability theory, whose target is to re-establish a certain contractual/binding lost (Proustian?!?) equilibrium, with the fact that the individualism must come first before the community/society's interest, as long as the Romanian Civil code states that "*The interest and the well-being of the human individual must come before the unique interest of the society or science*" (art. 61 paragraph 2).

Personally, we consider that a possible and acceptable solution may be to always bear in mind the principle of good faith when dealing with unpredictable exceptional circumstances which generate an excessive onerous situation for one party of the contract, principle that was regulated by the Dutch civil law (art. 6258 of Burgerlijk Wetboek).

Within the Romanian legislation, the new Civil Code sets down the good will principle as follows: "*The parties must act in good faith both when negotiating and concluding the contract, as well as during its execution. The parties may not render non applicable or limit the applicability of this rule*".

Honouring on the letter the principle of good faith excludes, at an ideal level, the intervention of a third party (even of the judge), as long as, such an unforeseeable circumstance occurs in a way that seriously and fundamentally affects the balance of the contract, the creditor of the excessive onerous obligation, should be acting in good faith and in the spirit (not the letter!) of the contract in order to "salvage" it.

However, if this principle of good faith was followed by all legal actors, than the rest of the civil legal system would be rendered unnecessary...The intervention of the judge in order to adapt/terminate the contract is in fact the intervention of an arbitrator who shall rule in equity and understand the profound meaning of Cicero's dictum: *summus ius, summa iniuria*.

The sequestration

Granit SHAHU,
Prosecutor, Ph.D. Candidate
University of Tirana, Faculty of Law



The sequestration

Abstract:

The sequestration under cases a) and b) (case a – by Court Decision and case b – by attorney decision) is carried out once the criminal procedure is under way and the Court or the Attorney decides on a sequestration that would be relevantly executed by the judicial police. In this case, once the criminal procedure is under way, a decision could also be taken, in the investigative framework, to execute the sequestration. So, this is a standard procedure carried out normally, for no pressing reason and in the framework of a justified sequestration decision taken by the court or the attorney, aimed at collecting and preserving material evidence, documents or even computer data.

Keywords: sequestration, criminal procedure, documents, decision, attorney, the material evidences.

The sequestration is a means to seek for the proof; it consists in collecting and preserving the material evidence, documents, and items by the proceeding institution which by the amendments of 2008 and the computer data (article 208/a of the Code of Criminal Procedure) pertain to the criminal act and serve to verify specific facts in a penal process.

The subjects that order, carry out or implement a sequestration decision and the ways the sequestration is executed.

- a) By court decision;
- b) By attorney decision;

c) In virtue of article 300 of the Code of Criminal Procedure the sequestration is carried out by the judiciary police officers when the traces and evidence are at risk of being contaminated or destroyed and the attorney cannot intervene immediately. The report compiled on this occasion is delivered to the attorney within 48 hours. Within the next 48 hours the attorney validates the act of sequestration.

Evidently, the sequestration under cases a) and b) is carried out once the criminal procedure is under way and the Court or the Attorney decides on a sequestration that would be relevantly executed by the judicial police. In this case, once the criminal procedure gets under way, a decision could also be taken, in the investigative framework, to execute

the sequestration. So, this is a standard procedure carried out normally, for no pressing reason and in the framework of a justified sequestration decision taken by the court or the attorney, aimed at collecting and preserving material evidence, documents or even computer data.

Further on, in the virtue of law, the judicial police should execute the sequestration by themselves (article 30 of the Code of Criminal Procedure states the judicial police should pursue the wrongdoers and carry out the investigation). After the judicial police have arrived at the crime scene following a criminal or an attempted criminal offence, they should adopt measures to protect the scene, stabilize the location and preserve the material evidence which should remain undisturbed until the attorney's arrival. In this case only and empowered with the attributes of the leading investigation body, the judicial police perform the execution of the sequestration in order to avoid the risk of any evidence contamination or destruction. The judicial police perform it through a written report, a copy of which is made available to the person whose items and material evidence have been sequestered and a copy to the attorney within 48 hours. Within the upcoming 48 hours the attorney should decide on the validation of the sequestration act executed by the judicial police (*the attorney should be careful in the validation; he has to see whether or not the sequestered items pertain to the criminal offence, or if they help to prove it happened or not, or whether or not these items were at risk of contamination or destruction prior to the attorney's arrival*).

Once all the above conditions are met, the attorney could decide on the validation of the judicial police sequestration. Otherwise, he does not validate the act and asks for the immediate return of the items to the person whom they were sequestered from.

Problematics in practical activity:

There are cases of the judicial police executing the sequestration of items, such as vehicles which prove to be stolen as per Interpol report or confirmation on the part of the Regional Road Directorate Department, as well. In such cases, with no criminal procedure under way, the judicial police find the stolen vehicle in the street and execute its sequestration followed by a report to the attorney in order to commence the criminal procedure.

This is a wrong practice. These items cannot be sequestered at a proper scene and not in the conditions when such items (vehicles) could be modified or lost prior to the attorney's intervention. Therefore, the sequestration is not executed in the terms envisaged by article 300 of the Criminal Code.

Another issue is that of the evidence the judicial police refer to the attorney on a criminal offence with a sequestration report being part of it. The judicial police in such a case have not asked the attorney whether or not the latter could be present at the scene and despite of that, they execute the sequestration of some evidence pertaining to the misdeed. The malpractice furthers on with the delivery of material evidence and sequestration report not within 48 hours.

In such instances, the attorney should declare the invalidity (relative) of the sequestration (report) executed by the judicial police and should return the item to the person it belongs to. Afterwards, in case the study of the material concludes that the sequestration of the item proves indispensable for the investigation process, the attorney could by all means issue a justified decision on the sequestration of the item in question.

Just like in the first instance, (cases *a and b*) even in the second one (case *c*) the proofs supporting a sequestration should relate by all means to the misdeed and should be indispensable for the verification of facts. The sequestration could be executed by the institution issuing the sequestration decision or the judicial police officers delegated with that task.

The sequestration of correspondence

The correspondence privacy is one of the basic human rights of protected by the European Convention of the Human Rights, Albania's Constitution and the Criminal Code of the Republic of Albania. The interference with the privacy necessarily demands that some conditions are to be held in respect. The article 8 of the European Convention of the Human Rights states: a) the interference should be in accordance with the law, b) it should be deemed necessary in a democratic society

The article 209 of the Code of Criminal Procedure of Albania defines: "*When the court has reasonable grounds to think that in the postal or telegraphic offices there are letters, envelopes, boxes, telegrams and other items of correspondence sent by or to the defendant, even under other name or through another person, their seizure is ordered*".

Therefore, the best guarantee in such a case is that the Court decides on the correspondence sequestration. The Court decision should be the only means of enacting censorship over this basic and constitutional human right. That decision is executed by the judicial police officers entitled to hand over the correspondence material to the Court unopened and unread. Once the correspondence is seized, the sequestered objects that are not part of sequestrable correspondence shall be restituted to the one they belong and may not be used.

But there is an exception to the correspondence sequestration as mentioned in article 299, paragraph 2:

"For letters, envelopes, packages, patrimonial and monetary values, telegrams or other means of correspondence for which sequestration is permitted, the officers of the judicial police, in case of urgency, order the person on duty in the post office to suspend the dispatching. In case within forty eight hours from the order of the judicial police the attorney does not order the sequestration, the objects of the correspondence shall be forwarded to the destination".

As exclusively indicated above, the correspondence sequestration can be executed by the attorney's order, as per the literal interpretation of this provision.

As the privacy of correspondence is protected by the article 8 of the Convention and article 17 of the Constitution of the Republic of Albania, I think, the article 299 of the Code of Criminal Procedure should have envisaged that in similar cases the attorney could decide on the sequestration in some emergency situation without opening or going through the content of the envelopes or letters; afterwards, guarantees similar to those of the communication surveillance should have been foreseen, by means of which the attorney could inform the Court within 24 hours following the sequestration. On its part, the Court could decide within the next 48 hours on the validation of the sequestration and opening of correspondence to know its content. Let's still remain in the assumption of a likely situation. In case the "unattentive" attorney would have validated the judicial

police order to seize the correspondence of someone (the accused, the interrogated or a person who keeps contacts with the accused) and then, would have opened the seized correspondence at a time those letters, envelopes or packages could contain information or data related to someone else's private life, irrelevant to the criminal offence or its perpetrator, he (the attorney) would have consequently violated a basic and constitutional human right. Therefore, the attorney's 24 hour notification limit of the Court (with envelopes still unopened and their contents still unknown) and the latter's response to it, would be indispensably important to avoid such situations.

The same guarantee should be applied as regards the sequestration of the convicts' correspondence. Despite serving sentences, they are entitled to all the other rights. Their basic rights could be denied but by always adhering to the principle of proportionality and in line with the paragraph 2 of article 8 of the European Convention on Human Rights.

Attachment in the bank

(The issuing and implementing authority and the attorney's role)

The Court decides on the attachment in the bank, upon the attorney's request. In emergency situations, the decision can be taken by the attorney. The Code of Criminal Procedure does not define the meaning of the term "case of emergency". I think such a term applies when the delay in a Court decision on the attachment in bank would immeasurably harm the investigation process. That would be the case of a person facing money laundering charges. Reliable resources inform the attorney that the indicted is transferring monetary assets to another country, where they could unlikely be frozen. The Court delay in issuing the attachment order would immeasurably and irreparably destroy the investigation process. Under such circumstances, the attorney should immediately get involved.

Therefore, the Court is defined as the authority issuing the attachment order but, as an exception to the rule, even the attorney is empowered to so act in an emergency situation. The provision does not stipulate however whether or not the attorney should notify the Court in the wake of his intervention in emergency situations, as he equally does in the case of the communication surveillance. On the other hand, the right of the correspondence privacy is admittedly respected more than that pertaining to the attachment in banks.

The documents, the bonds and the deposits should by all means pertain to the criminal offence.

The decision on the freezing of the assets is taken even when they do not belong to the indicted but supposedly relate to the criminal offence.

In both cases (the correspondence sequestration and the attachment in banks), the person involved is duly informed of the decision. He has the right of appeal within the deadline, which even though not envisaged in the Code should be there and applied as defined under the appeals section. Despite that, the appeal does not inhibit the execution of the decision. In case the Attorney Office has decided on the sequestration or attachment, the appeal is filed to the Court. In case the decision has been taken by the Court, then the appeal should be filed to the Court of Appeal.

The District Court of Tirana by its decision of 18.01.2002 accepted the request of the Attorney Office to execute the attachment of all the bank accounts belonging to the Arab citizen Yassin Kadi and also the accounts of the "Karavan" company in which the citizen Yassin Kadi owned 55% of the shares. Yassin Kadi was under charges of money laundering and the Court had taken the right decision to freeze those monetary assets supposedly related to the criminal offence and deemed indispensable to verify the facts.

"Karavan" company appealed to that decision claiming that the company's accounts could not be attached.

The article 210 of the Code of Criminal Procedure envisages the attachment not only in the defendant's accounts but also those which are not in his name if they pertain to the criminal offence.

As regards the sequestrable items, the ones falling under the state secret and profession related secret categories go through additional verification by the competent authorities. The article 211 of the Code of Criminal Procedure specifies that the proceeding body should confirm the sequestration of these items. When the secret is confirmed by the competent authority and the proof is essential for the solution of the case the proceeding authority decides to take the proof. If the competent authority does not confirm the secret within 30 days from the request, the proceeding authority orders the attachment.

The amendments to the law no. 10054 date 29.12.2008 envisage the sequestration of the computer data in the Code of Criminal Procedure.

The article 208/a of the Code of Criminal Procedure defines that in case of offences in the IT field, the Court, upon attorney's request, decides on the sequestration of computer data and systems. The Court decision indicates the right to enter search and collect the data in the computer system and also to prohibit further activity or the data security or of the computer system. As the scope of activity under this decision demands competent skills in this field, the cooperation with a field expert is indispensable. In regard to such amendments, concrete practical examples are yet to come.

Câteva considerații de doctrină și practică judiciară privind răspunderea penală a persoanei juridice în lumina noului Cod penal

*Conf. univ. dr. Ruxandra RĂDUCANU
Universitatea din Craiova,
Facultatea de Drept și Științe Administrative*



Some considerations of doctrine and judicial practice concerning the criminal liability of legal person in the light of New Criminal Code

Abstract:

The criminal liability of the legal person is a relatively new institution in the Romanian criminal law. There is no rich jurisprudence in this respect, due to the fact that only in 2006, by the amendment of the Criminal Code, was it possible that legal persons might become criminally liable and be punished for committing offences.

The criminal liability of the legal person does not exclude the criminal liability of the natural person who contributed in any way to the commission of the same offence. In this sense, in the judicial practice it was decided that the judicial bodies, notified with the commission of certain offences by a natural person, who acted for himself and as a representative of a legal person, must decide with regard to that natural person, as well as to the involved legal person.

Keywords: legal person, criminal liability, penalty under criminal law.

§ 1. Considerații introductive privind răspunderea penală a persoanei juridice

Problema angajării răspunderii penale a persoanei juridice a fost mult discutată și a generat numeroase controverse. Deși responsabilitatea penală a persoanei juridice nu este nicidecum o instituție nouă și ea a fost cunoscută și aplicată încă din antichitate, totuși, în dreptul penal modern a existat reticență în stabilirea unui cadru legislativ adecvat privind angajarea răspunderii penale în sarcina persoanei juridice.

Principalul argument potrivit căruia persoanele juridice nu pot avea calitatea de subiecți activi ai infracțiunii se întemeia pe faptul că persoanele juridice nu au o existență proprie, ci sunt o creație a legii și, ca urmare a absentei vinovăției, ele nu pot săvârși infracțiuni. Lipsa elementului subiectiv a constituit mult timp principalul argument ce a vizat imposibilitatea angajării răspunderii juridice a entităților colective¹.

Introducerea răspunderii penale a persoanei juridice era însă imperios necesară. Astfel, în preambulul Convenției privind protecția mediului prin intermediul dreptului penal (Strasbourg, 4 noiembrie 1998) se subliniază utilitatea și necesitatea sancțiunilor penale și administrative pronunțate împotriva persoanelor juridice care pot juca un rol eficace în prevenirea atingerilor aduse mediului înconjurător. Potrivit art. 9 alin. (1) din Convenție, statele contractante se obligă să adopte măsurile necesare în vederea instituirii posibilității de aplicare a unor sancțiuni și măsuri penale sau administrative persoanelor juridice în contul cărora a fost comisă de către organele sau reprezentanții lor, o infracțiune din cele vizate de art. (2) sau (3) din Convenție.

În plan jurisprudențial, Comisia Europeană a Drepturilor Omului a decis că deși Convenția europeană a drepturilor omului (CEDO) nu face nicio referire la o eventuală răspundere penală a persoanelor juridice, nici nu exclude în mod explicit o asemenea răspundere. Pe cale de consecință, atunci când împotriva unei persoane juridice există o acuzație în materie penală, ea se bucură de garanțiile unui proces echitabil, conferite de art. (6) din CEDO. Această jurisprudență este în concordanță cu orientarea doctrinei europene care apreciază că art. (6) și (7) din CEDO protejează persoana, indiferent dacă este vorba despre o persoană fizică sau o persoană juridică.

§ 2. Reglementarea răspunderii penale a persoanei juridice în legislația română

În Codul penal român² adoptat în 2004 a fost conturată pentru prima dată ideea răspunderii penale a persoanei juridice prevăzându-se condițiile care antrenează angajarea răspunderii penale a persoanei juridice. Întrucât intrarea în vigoare și aplicarea aceluși Cod penal a fost amânată, actualul Cod penal a fost modificat³, iar din 2006 persoanele juridice pot fi declarate responsabile pentru infracțiunile comise în activitatea lor, instituindu-se, de asemenea, un sistem de sancțiuni și măsuri adaptate persoanelor juridice, în scopul realizării unei sancționări eficiente a activităților ilicite, a prevenirii comiterii de infracțiuni și a reparării prejudiciilor cauzate.

În noul Cod penal⁴ răspunderea penală a persoanei juridice a fost reglementată în titlul VI, păstrându-se principiile pe care se fundamentează această răspundere în actualul Cod penal. Astfel, persoana juridică, cu excepția statului și a autorităților publice, răspunde penal, pentru infracțiunile săvârșite în realizarea obiectului de activitate sau în interesul ori în numele persoanei juridice. De asemenea, răspunderea penală a persoanei juridice

¹ A se vedea F. Streteanu, R. Chiriță, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 85 și urm.

² Adoptat prin Legea nr. 301/2004, publicată în M. Of. nr. 575 din 29 iunie 2004.

³ Prin Legea nr. 278/2006, publicată în M. Of. nr. 601 din 12 iulie 2006.

⁴ Adoptat prin Legea nr. 286/2009, publicată în M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009.

nu exclude răspunderea penală a persoanei fizice care a participat la săvârșirea aceleiași fapte. Aceasta înseamnă că persoana fizică nu este exonerată de angajarea răspunderii penale, ci, în funcție de contribuția sa (autor, instigator, complice) la săvârșirea infracțiunii va răspunde pentru fapta și vinovăția proprie⁵. Cu privire la instituțiile publice, noul Cod penal prevede, la fel ca și Codul penal anterior, că acestea nu răspund penal pentru infracțiunile săvârșite în exercitarea unei activități care nu face obiectul domeniului privat.

În acest sens, în practica judiciară⁶ s-a considerat în mod corect că la plata cheltuielilor judiciare către stat trebuie obligați atât inculpatul – persoană fizică ce a fost condamnat pentru înșelăciune cu file CEC și consecințe deosebit de grave, dar și persoana juridică al cărei administrator era inculpatul care, prin aceeași hotărâre fusese condamnată pentru săvârșirea infracțiunii de înșelăciune și evaziune fiscală.

De asemenea, în mod constant practica judiciară⁷ a sancționat omisiunea cercetării faptei săvârșite de persoana juridică în condițiile în care fusese antrenată răspunderea penală pentru fapta săvârșită de administratorul acesteia ca reprezentant al persoanei juridice. Astfel, în cazul în care, în timpul urmăririi penale au fost efectuate cercetări doar față de persoana fizică, urmează a se dispune desființarea ordonanței de scoatere de sub urmărire penală, dispunându-se trimiterea cauzei procurorului în vederea redeschiderii urmăririi penale și efectuarea de cercetări în ceea ce privește săvârșirea infracțiunii și de către persoana juridică. În astfel de situații însă este necesar ca instanța să stabilească doar acele persoane care au contribuit prin fapta lor în orice mod la săvârșirea faptei de către persoana juridică. După cum s-a arătat în literatura juridică⁸ nu orice legătură de fapt sau de drept între persoana fizică și persoana juridică are aptitudinea de a angaja răspunderea penală a persoanei juridice pentru fapta persoanei fizice, ci este necesar ca fapta să fie comisă în realizarea obiectului de activitate al persoanei juridice, în interesul ori în numele ei și cu acordul persoanei juridice.

§ Sancționarea persoanei juridice în dreptul penal românesc

Răspunderea penală a persoanei juridice poate fi antrenată atunci când organele sau reprezentanții ei – ce exprimă în plan juridic voința societății – au săvârșit în realizarea obiectului de activitate sau în interesul ori în numele persoanei juridice, elementul material al infracțiunii.

Sancționarea persoanei juridice se realizează prin pedepse principale și pedepse complementare. Pedepșa principală este pecuniară și este reprezentată de amendă.

Pedepsele complementare sunt:

- a) dizolvarea persoanei juridice;
- b) suspendarea activității sau a uneia dintre activitățile persoanei juridice pe o durată de la 3 luni la 3 ani;

⁵ D.M. Costin, *Răspunderea persoanei juridice în dreptul penal român*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 375.

⁶ C. Ap. Ploiești, s. pen., dec. nr. 105 din 18 noiembrie 2009, www.avocatura.com.

⁷ C. Ap. Iași, s. penală, decizia nr. 69 din 28 ianuarie 2010 comentată de A.R. Ilie în *Curierul Judiciar* nr. 12/2010, pp. 695-697; în același sens a se vedea C. Ap. Ploiești, s. penală și pentru cauze cu minori și de familie, decizia nr. 261 din 10 aprilie 2009, www.avocatura.com.

⁸ C. Mitrache, C. Mitrache, *Drept penal român – partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 124.

- c) închiderea unor puncte de lucru ale persoanei juridice pe o durată de la 3 luni la 3 ani;
- d) interzicerea de a participa la procedurile de achiziții publice pe o durată de la unu la 3 ani;
- e) plasarea sub supraveghere judiciară;
- f) afișarea sau publicarea hotărârii de condamnare.

În ceea ce privește pedeapsa principală, stabilirea și aplicarea acesteia pentru fiecare infracțiune concretă săvârșită de persoana juridică se va realiza ținând cont de gravitatea infracțiunii săvârșite și de pericolozitatea infractorului, care se evaluează după criteriile generale de individualizare a pedepsei⁹. După cum se observă pentru sancționarea persoanei juridice a fost prevăzută doar o singură pedeapsă principală. Deși a fost exprimată ideea ca pedeapsa dizolvării sau a suspendării activității să fie prevăzută ca pedeapsă principală, o astfel de reglementare ar conduce la ineficiența aplicării pedepsei amenzii pentru că în urma dizolvării patrimoniul persoanei juridice se împarte asociaților¹⁰.

În ceea ce privește pedepsele complementare, aplicarea lor este facultativă. Aplicarea uneia sau mai multor pedepse complementare se dispune atunci când instanța constată că, față de natura și gravitatea infracțiunii, precum și față de împrejurările în care a fost săvârșită, aceste pedepse sunt necesare.

În practica judiciară¹¹, în cazul în care persoana juridică a fost condamnată pentru săvârșirea infracțiunii de înșelăciune prin file CEC și consecințe deosebit de grave în concurs cu infracțiunea de evaziune fiscală, instanța a condamnat persoana juridică la pedeapsa amenzii, aplicând totodată și pedeapsa complementară a dizolvării persoanei juridice.

Aplicarea uneia sau mai multor pedepse complementare este obligatorie când legea prevede această pedeapsă. O astfel de situație de aplicare obligatorie a pedepsei complementare se întâlnește în cazul infracțiunilor privind falsificarea de monede, timbre sau alte valori. În cazul falsificării de monede, timbre sau alte valori sancționarea persoanei juridice se realizează, pe lângă aplicarea pedepsei amenzii, prin aplicarea pedepsei complementare a dizolvării persoanei juridice sau a suspendării activității ori a uneia dintre activitățile persoanei juridice, după caz.

§ Concluzii

Consacrarea și reglementarea răspunderii persoanei juridice își găsesc legitimarea în necesități de ordin practic, impuse de realitățile vieții economico-sociale contemporane. Instituția răspunderii penale a persoanei juridice se dovedește necesară și eficientă în lupta împotriva criminalității.

⁹ Potrivit dispozițiilor art. 74 din noul Cod penal.

¹⁰ D.M. Costin, *op. cit.*, p. 399.

¹¹ C. Ap. Ploiești, dec. pen. nr. 105 din 18 noiembrie 2009, www.avocatura.com.

Percheziția domiciliară în reglementarea noului Cod de procedură penală

Dr. Ionel GRIGORIE¹

Judecător Curtea de Apel Craiova



House searches in the regulation of the new Code of criminal procedure

Abstract:

The aim of the present article is to analyze the legal provisions of the new Romanian Code of Criminal Procedure in regard to the procedure of the Home Search. The Home Search is a criminal procedure during which the judiciary authorities perform certain searches of residential premises in order to obtain physical evidence of certain offences. Searches require being “lawful” and attended by adequate procedural safeguards against arbitrariness and abuse in order to comply with the human rights enshrined in the Romanian Constitution and also in the European Convention on Human Rights, especially with the right to respect for private and family life. We try to analyze to what extent the new legal provisions fall within the safeguards required by the human rights law. In order to do that, we look at the search warrant procedure and also at the legal conditions that judiciary authorities have to follow during the home search procedure. During the final part of this paper we describe the proportionality test which has to be applied in every single practical case in order to determine if the home search procedure does not unlawfully interfere with the article 53 of the Romanian Constitution, in other words, to see if the interference with the right to respect for private and family life falls within the constitutional limitation of rights and freedoms.

Keywords: home search, the new code of criminal procedure, search warrant, limitations of rights and freedoms, the proportionality test.

§ I. Reglementarea percheziției domiciliare în Codul de procedură penală în vigoare

Intrarea în vigoare la 1 februarie 2014 a noului Cod penal și a Codului de procedură penală ne determină să procedăm la o analiză a reglementărilor ce prezintă elemente de

¹ Autorul este doctorand al Facultății de Drept și Științe Sociale din Craiova din cadrul Universității din Craiova și Judecător la C. Ap. Craiova.

noutate în noul Cod de procedură penală raportat la dispozițiilor procedurale din vechiul Cod de procedură penală privind percheziția domiciliară.

În sistemul vechiului Cod de procedură penală, percheziția domiciliară² constituia un procedeu de descoperire a mijloacelor materiale de probă. Deosebit de importantă în investigarea infracțiunilor a căror latură obiectivă se caracterizează prin elementul deținere, percheziția asigura procurarea probelor indispensabile stabilirii adevărului privind săvârșirea faptei prevăzute de legea penală.

Luând în considerare importanța percheziției ca mijloc procedural de aflare a adevărului în cauzele penale, iar pe de altă parte, necesitatea respectării principiului inviolabilității domiciliului, Constituția României revizuită a prevăzut în art. 27 alin. (2) situațiile în care se poate deroga prin lege de la prevederile alin. (1): pentru executarea unui mandat de arestare sau a unei hotărâri judecătorești, înlăturarea unei primejdii privind viața, integritatea sau bunurile unei persoane, apărarea securității naționale sau a ordinii publice, prevenirea răspândirii unei epidemii. Dacă până la revizuirea Constituției procurorul putea dispune în faza de urmărire penală efectuarea percheziției domiciliare, constituantul a atribuit judecătorului această competență, considerând că acesta îndeplinește condițiile stabilite de Curtea Europeană a Drepturilor Omului privind independența magistratului față de puterea executivă.

Obiectele sau înscrisurile ce pot servi ca mijloc de probă în procesul penal trebuiau să fie ridicate de organul de urmărire penală sau de instanța de judecată.

Orice persoană fizică sau juridică în posesia căreia se afla un înscris sau un obiect ce putea servi ca mijloc de probă, era obligată să-l prezinte și să-l predea, sub luare de dovadă, organului de urmărire penală sau instanței de judecată, la cererea acestora.

În situația în care persoana tăgăduia existența sau deținerea acestora și ori de câte ori există indicii temeinice că efectuarea unei percheziții este necesară pentru descoperirea și strângerea probelor se putea dispune efectuarea unei percheziții domiciliare de către instanța de judecată.

Art. 100 alin. (1) din vechiul Cod de procedură penală reglementa două situații premisă în care se putea solicita și dispune percheziția domiciliară.

În prima situație era necesar ca organul de urmărire penală sau instanța de judecată să fi solicitat persoanei predarea înscrisului sau obiectului iar aceasta să fi refuzat acest lucru sau să susțină că nu există ori nu-l deține. Numai în această împrejurare instanța putea autoriza efectuarea percheziției.

În cazul celei de-a doua situații trebuia să fie îndeplinită o singură condiție și anume percheziția să fie considerată ca necesară pentru descoperirea și strângerea mijloacelor de probă. Legiuitorul a lăsat însă la aprecierea instanței de judecată constatarea necesității de a se efectua percheziția, fără a îngreuna libertatea de apreciere prin impunerea unei alte condiții.

Problema pentru instanță era de a aprecia în această a doua situație asupra respectării principiului proporționalității între măsura dispusă, percheziția domiciliară și mijloacele de probă ce urmau a fi obținute pentru că în vechea reglementare, procurorul nu era obligat să indice probele ce urmează a fi obținute în această modalitate.

² Reglementată în articolul 100 și următoarele din Codul de procedură penală din 1969.

Atât ridicarea de obiecte și înscrisuri cât și percheziția fiind procedee accesorii în efectuarea activității de descoperire și strângere a mijloacelor de probă, recurgera la folosirea lor poate avea loc numai când aceasta este admisibilă. Admisibilitatea este determinată de necesitatea folosirii acestor procedee și limitată de oportunitatea și tempestivitatea efectuării lor³. Necesitatea este determinată de împrejurări de fapt pe care atât procurorul ce solicită încuviințarea percheziției domiciliare dar și judecătorul ce dispune în cauză, sunt în măsură să le cunoască și să le aprecieze corect, având în vedere că legiuitorul folosește termenul „poate”, când se referă la autorizarea de către judecător a efectuării percheziției.

Recurgera la această măsură este oportună atunci când descoperirea și strângerea probelor nu este posibilă prin folosirea altor procedee de natură să nu aducă atingere drepturilor și libertăților fundamentale. Măsura nu este de asemenea oportună când există suficiente indicii că rezultatul ar fi negativ. Trebuie de aceea ca procurorul să indice în referatul adresat instanței probele ce dovedesc că mijloacele de probă se află în locul respectiv. Articolul 103 din vechiul Cod de procedură penală reglementa timpul în care se efectuează percheziția domiciliară, între orele 6-20, iar pe timpul nopții numai în caz de infracțiune flagrantă sau atunci când se efectuează într-un local public ori se prelungeste după ora 20,00.

Legiuitorul a urmărit prin aceste dispoziții să protejeze nu numai dreptul la viața privată sau de familie a persoanei percheziționate și a celor care locuiesc împreună cu aceasta dar și să ofere o protecție împotriva eventualelor abuzuri din partea organelor de cercetare penală.

Dispozițiile art. 493³ alin. (1) lit. c) din C. pr. pen. permiteau de asemenea efectuarea percheziției domiciliare în scopul identificării, localizării și prinderii persoanelor date în urmărire în scopul aducerii acestora în fața organelor judiciare ori punerii în executare a anumitor hotărâri judecătorești.

§ II. Reglementarea percheziției domiciliare în noul Cod de procedură penală

1. Considerații generale

Deoarece percheziția reprezintă o activitate procesuală prin intermediul căreia se pot procura în cursul procesului penal probe indispensabile, legiuitorul a permis folosirea constrângerii reale sau personale în efectuarea acesteia, având ca efect restrângerea unor drepturi sau libertăți fundamentale constituționale, precum libertatea individuală, inviolabilitatea domiciliului, inviolabilitatea secretului corespondenței ori dreptul de proprietate personală⁴.

Regulile instituite pentru percheziția domiciliară prezintă garanții de procedură pentru siguranța persoanei, prin instituirea unor limite procedurale ale acțiunii autorităților care ar putea-o afecta. Acestea implică controalele exercitate asupra persoanei sau în zona ei de viață privată și acțiunile care pot afecta chiar și provizoriu libertatea persoanei⁵.

³ V. Dongoroz, G. Antoniu, S. Kahane, C. Bulai, *Explicații Teoretice ale Codului de procedură penală vol. I, Partea generală*, Ed. Academiei RSR, București, 1975, p. 246.

⁴ N. Volonciu, A. Barbu, *Codul de procedură penală comentat, Art. 62-135, Probele și mijloacele de probă*, Ed. Hamangiu, 2007, p. 194.

⁵ D.C. Dănișor, *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. Sitech, Craiova, 2006, p. 640.

Capitolul VI, Secțiunea 1 din noul Cod de procedură penală⁶ reglementează percheziția domiciliară ce se regăsește în articolul 156 printre tipurile de percheziții ce pot fi efectuate respectiv: corporală, informatică⁷ sau a unui vehicul.

Efectuarea percheziției domiciliare se menționează în alin. (2) al art. 156, se realizează cu respectarea demnității, fără a constitui ingerință disproporțională în viața privată.

Demnitatea omului este una din valorile supreme înscrise în art. 1 alin. (3) din Constituția României, împreună cu drepturile și libertățile cetățenilor, libera dezvoltare a personalității umane, dreptatea și pluralismul politic. Demnitatea ființei umane este o prerogativă care exclude orice atingere publică sau privată. Conceptul de demnitate este însă unul meta-juridic ce este greu de definit într-o manieră generală. O primă tendință este aceea de a privi demnitatea ca atare, ca valoare supremă, și apărarea ei ca un obiectiv constituțional în timp ce drepturile sunt doar consecințele concrete ale acestei valori: dreptul la viață și la integritate psihică, dreptul la egalitate, dreptul la libertate și siguranță⁸. O altă tendință este conferirea unui caracter juridic demnității însăși nu doar consecințelor sale⁹.

Respectarea demnității în cazul efectuării percheziției domiciliare, impune în opinia noastră respectul față de ființa umană ce nu poate fi redusă la un obiect în mâinile autorității statului¹⁰, demnitatea fiind un element al vieții private, drept fundamental ocrotit de art. 26 din Constituție. Respectarea vieții private a persoanei intră în conflict cu ingerința necesară pentru realizarea instrucției penale.

Proportionalitatea ingerinței în viața privată trebuie apreciată în raport de scopul percheziției domiciliare respectiv dacă mijloacele de probă obținute în acest fel, justifică o astfel de ingerință luând în considerare gravitatea faptei ce formează obiectul anchetei penale sau al judecății. Este cu deosebire evident respectat principiul proporționalității în cazul infracțiunii de deținere de materii explozive având ca obiect o cantitate mai mare de 1 kg de trotil [art. 280 alin. (3) C. pen.], al infracțiunii de deținere de droguri de mare risc [art. 2 alin. (2) din Legea nr. 143/2000 privind combaterea traficului și consumului ilicit de droguri], al infracțiunilor privitoare la regimul armelor și munițiilor, materialelor nucleare și al materiilor radioactive (art. 279 - art. 279¹ din Codul penal) și al altor infracțiuni cu grad ridicat de pericol public, fapte care, nu ar putea fi urmărite și sancționate, cu riscuri inacceptabile pentru interesul general al societății și pentru apărarea ordinii de drept.

Legea spune că în instrucția penală o percheziție este valabilă numai în măsura în care este necesară pentru aflarea adevărului răspunzând de asemenea unei exigențe constituționale pentru toate măsurile coercitive¹¹.

⁶ Publicat în M. Of. nr. 486 din 15 iulie 2010.

⁷ Pentru detalii suplimentare privind percheziția informatică a se vedea I. Grigorie, *Scurte considerații privind percheziția informatică. Propuneri de lege ferenda*, Revista Română de Dreptul Proprietății Intelectuale nr.1/2010.

⁸ D.C.Dănișor, *Constitutia României, titlul I Principii generale*, Ed. Universul Juridic, București 2009, p. 58.

⁹ D.C.Dănișor, *op.cit.*, p.59.

¹⁰ Avem aici în vedere situațiile în care sunt puse persoanele percheziționate ce sunt încătusate în timp ce sunt sumar îmbrăcate iar aceste imagini filmate de organele de cercetare penală ajung să fie difuzate în media, sau aspecte privind viața intimă a persoanelor percheziționate ajung la cunoștința opiniei publice.

¹¹ Serge Guinchard, Jacques Buisson, *Procedure Penale*, Ed. Litec 2000, p. 646.

2. Cazurile și condițiile în care se poate dispune percheziția domiciliară

Articolul 157 reglementează cazurile și condițiile în care se poate dispune de către judecătorul de drepturi și libertăți percheziția domiciliară sau a bunurilor aflate în domiciliu.

Cele două cazuri în care se poate autoriza percheziția domiciliară se referă la existența unei suspiciuni rezonabile cu privire la săvârșirea unei infracțiuni de către o persoană ori la deținerea unor obiecte sau înscrisuri ce fac obiectul unei infracțiuni.

Noțiunea de „suspiciune rezonabilă” sau motive verosimile a fost interpretată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului¹² în sensul existenței unor date, informații care să convingă un observator obiectiv că este posibil ca persoana să fi săvârșit infracțiunea respectivă. Aceste date nu trebuie să aibă aceeași forță ca cele care ar putea conduce ulterior la formularea unei acuzații, sau la trimiterea în judecată. Dacă în primul caz este vorba de săvârșirea unei infracțiuni de către o persoană, în cel de-al doilea caz persoana în posesia căreia se află obiectele sau înscrisurile ce fac obiectul unei infracțiuni, nu a săvârșit infracțiunea respectivă.

Percheziția poate conduce la descoperirea și strângerea probelor cu privire la infracțiunea pentru care există suspiciunea că a fost săvârșită, la conservarea urmelor săvârșirii infracțiunii sau la prinderea suspectului sau inculpatului acestea fiind cele două condiții în care se poate încuviința percheziția domiciliară.

Problema este însă că în noul Cod de procedură penală există și alte dispoziții procedurale ce pot fi aplicate pentru prinderea suspectului ori inculpatului, respectiv mandatul de aducere.

Potrivit art. 265 alin. (2) suspectul sau inculpatul poate fi adus cu mandat de aducere chiar înainte de a fi fost chemat prin citație, iar atunci când mandatul este emis de judecătorul de drepturi și libertăți sau de instanța de judecată, organele ce execută mandatul pot pătrunde în locuința sau sediul oricărei persoane, în care există indicii că se află cel căutat. În acest sens sunt mai cuprinzătoare dispozițiile privind mandatul de aducere decât cele privind percheziția domiciliară, întrucât dacă în primul caz se poate pătrunde în locuința sau sediul oricărei persoane în cel de-al doilea caz mandatul de percheziție este valabil doar pentru locul indicat în autorizație și locurile învecinate în care acesta s-a ascuns.

Noțiunea de domiciliu este definită în articolul 157 alin. (2) ca fiind o locuință sau orice spațiu care aparține sau este folosit de o persoană fizică sau juridică indiferent dacă acestea sunt folosite temporar sau permanent. Percheziția se poate dispune astfel cu privire la domiciliul, reședința, locuința secundară, casa de vacanță, camera de hotel ce aparține sau este folosită de suspect, inculpat sau altă persoană ori la sediul unei societăți comerciale sau autorități publice.

În dreptul constituțional prin domiciliu se înțelege de fapt locul unde trăiește o persoană și familia sa, fără însă a se confunda cu cea de proprietate sau proprietar.

Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului acordă un sens larg noțiunii de domiciliu ce nu se limitează la locuința statornică și principală a persoanei ci s-a extins la locul unde o persoană își desfășoară activitatea profesională, iar recent ea a decis că în anumite limite, noțiunea de domiciliu poate privi sediile și agențiile unei societăți comerciale¹³.

¹² CEDO, *Cauza De Jong, Baljet, Van den Brink c. Olandei*, 22.05.1984.

¹³ C. Bîrsan, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului*, Ed. All Beck, București 2005, p. 658.

3. Procedura de emitere a mandatului de percheziție domiciliară

Procedura de emitere a mandatului de percheziție domiciliară este reglementată în articolul 158, pentru prima oară fiind prevăzută obligativitatea pentru procuror de a indica în cuprinsul referatului pe care îl întocmește: descrierea locului unde urmează a se efectua percheziția iar dacă există suspiciuni rezonabile privind existența sau posibilitatea transferării probelor, datelor sau persoanelor căutate în locurile învecinate unde există posibilitatea transferării probelor, datelor sau persoanelor căutate dar în special de a indica probele ori datele din care rezultă suspiciunea rezonabilă cu privire la săvârșirea unei infracțiuni sau a obiectelor ori a înscrisurilor ce fac obiectul infracțiunii.

În cursul urmăririi penale percheziția domiciliară poate fi dispusă la cererea procurorului, de judecătorul de drepturi și libertăți de la instanța căreia i-ar reveni competența să judece cauza în primă instanță sau de la instanța corespunzătoare în grad acesteia în a cărei circumscripție se află sediul parchetului din care face parte procurorul care efectuează sau supraveghează urmărirea penală. Se aplică astfel principiul separării funcțiilor judiciare consacrat de art. 3 din noul Cod de procedură penală, prin încuviințarea percheziției domiciliare de către judecătorul de drepturi și libertăți ce exercită funcția de dispoziție asupra drepturilor și libertăților fundamentale ale persoanei în faza de urmărire penală. Acesta nu poate participa la judecarea aceleiași cauze, întrucât nu satisface cerințele imparțialității obiective de a participa la judecarea cauzei respectiv funcția de judecată.

Dispozițiile procedurale sunt în acest sens în acord cu norma constituțională, care prevede în art. 27 alin. (3) că percheziția domiciliară se dispune de judecător. Autorizarea percheziției domiciliare de către judecător, magistrat independent și imparțial constituie în același timp o garanție instituțională reglementată de legiuitor.

În cursul judecării, percheziția se dispune din oficiu sau la cererea procurorului, de către instanța investită cu judecarea cauzei în două cazuri: în vederea punerii în executare a mandatului de arestare preventivă a inculpatului și în cazul în care există suspiciuni rezonabile că în locul în care se solicită efectuarea percheziției există mijloace materiale de probă care au legătură cu infracțiunea ce face obiectul cauzei.

În primul caz, respectiv punerea în executare a mandatului de arestare preventivă, considerăm că dispoziția nu era necesară cât timp potrivit art. 231 din același Cod, ce reglementează executarea mandatului de arestare preventivă în lipsa inculpatului, organul de poliție poate pătrunde în domiciliul sau reședința oricărei persoane fizice, fără învoirea acesteia precum și în sediul oricărei persoane juridice fără învoirea reprezentantului legal al acesteia, dacă există indicii temeinice din care să rezulte bănuiala rezonabilă, că persoana din mandat se află în domiciliul sau reședința respectivă¹⁴.

Dacă în cursul urmăririi penale percheziția domiciliară are ca scop descoperirea și strângerea probelor sau conservarea urmelor infracțiunii, în al doilea caz, în cursul judecării măsura se dispune doar pentru descoperirea mijloacelor materiale de probă atunci când există suspiciuni rezonabile despre existența acestora în locul în care se solicită efectuarea percheziției. Cererea prin care se solicită efectuarea percheziției domiciliare se soluționează, în termen de 24 de ore, în camera de consiliu fără citarea părților, cu

¹⁴ Conform art. 238 NCPC, dispozițiile art. 225, 226 și 228-232 se aplică în mod corespunzător în cazul arestării preventive dispuse în cursul judecării.

participarea obligatorie a procurorului. Încheierea de respingere a cererii nu este supusă căilor de atac¹⁵. Legiuitorul nu a reglementat nicio cale de atac având în vedere că încheierea este dispusă de un judecător independent și imparțial, controlul de legalitate fiind încorporat.

Încheierea instanței și mandatul de percheziție trebuie să cuprindă, potrivit alin. (7) al art. 158: denumirea instanței, data, ora și locul emiterii, numele prenumele și calitatea persoanei care a emis mandatul de percheziție, perioada pentru care s-a emis mandatul ce nu poate depăși 15 zile, scopul emiterii, descrierea locului unde urmează a se efectua și a locurilor învecinate, numele sau denumirea persoanei la domiciliul, reședința ori sediul căreia se efectuează percheziția dacă este cunoscută, numele făptuitorului, suspectului sau inculpatului dacă este cunoscut, descrierea acestora, indicarea urmelor săvârșirii infracțiunii sau a altor obiecte ce se presupune că se află în locul percheziționat. Mandatul de percheziție poate fi folosit o singură dată.

Toate aceste mențiuni obligatorii ale încheierii instanței și mandatului de percheziție domiciliară constituie garanții procedurale pentru persoana percheziționată, care poate verifica ulterior dacă efectuarea percheziției domiciliare s-a realizat cu respectarea dispozițiilor judecătorului.

4. Efectuarea percheziției domiciliare art. 159 C. pr. pen.

Mandatul de percheziție se comunică procurorului. Percheziția se efectuează de procuror sau de către organul de cercetare penală însoțit după caz de lucrătorii operativi. Percheziția domiciliară nu poate începe înainte de ora 6,00 sau după ora 20,00 cu excepția infracțiunilor flagrante sau când percheziția urmează să se efectueze într-un local deschis publicului la acea oră.

În cursul urmăririi penale avocatul suspectului, inculpatului, persoanei vătămate, părții vătămate sau părții responsabile civilmente, au dreptul de a participa la efectuarea percheziției domiciliare¹⁶ încunostințarea acestora putându-se face și după prezentarea organului de urmărire penală la domiciliul persoanei ce urmează a fi percheziționată. Legiuitorul nu a precizat dacă în acest caz organul de urmărire penală va aștepta un timp sosirea apărătorilor părților menționate anterior, spre deosebire de situația prevăzută de alin. (9) al art. 159 C. pr. pen. când percheziția urmează a fi efectuată la o persoană care nu este parte sau subiect procesual în cauză, ori este o persoană juridică și organul judiciar are obligația de a aduce la cunoștință acestora că au dreptul de a solicita prezența unui avocat. Organele judiciare au în acest caz obligația de a amâna începerea percheziției până la sosirea avocatului dar nu mai mult de 2 ore. Este evident că avocatul va participa la efectuarea percheziției din momentul în care va ajunge la imobilul respectiv.

¹⁵ Opinie separată a judecătorului Nicolae Cochinescu la decizia Curții Constituționale nr. 428 din 21 octombrie 2004 publicată în M. Of. nr. 1187 din 13 decembrie 2004 „Din această perspectivă, dispozițiile art. 100 alin. (4) din Codul de procedură penală sunt neconstituționale în măsura în care înlătură posibilitatea atacării de către procuror a încheierii prin care judecătorul respinge cererea acestuia de efectuare a percheziției domiciliare, căci, potrivit art. 131 alin. (1) din Constituție, republicată, „În activitatea judiciară, Ministerul Public reprezintă interesele generale ale societății și apără ordinea de drept, precum și drepturile și libertățile cetățenilor”, iar exercitarea de către procuror a acestui rol este cu desăvârșire imposibilă, în cazul în care i se refuză dreptul de a ataca încheierea de respingere a cererii de efectuare a percheziției domiciliare.

¹⁶ Potrivit art. 92 alin. (1) și art. 93 alin. (1) CPP.

De la regula înmânării copiei mandatului emis de judecător, persoanei percheziționate și solicitării prealabile de predare a persoanei sau obiectelor respective, a informării prealabile privind posibilitatea solicitării prezenței unui avocat sau a unei persoane de încredere legiuitorul a prevăzut trei excepții:

A) când este evident că se fac pregătiri pentru acoperirea sau distrugerea probelor ori a elementelor ce prezintă importanță pentru cauză; în această situație scopul efectuării percheziției nu ar mai putea fi atins pentru că persoana percheziționată ar distruge sau acoperi probele;

B) dacă există suspiciunea că în spațiul în care urmează a se efectua percheziția se află o persoană a cărei viață sau integritate fizică este pusă în pericol: urgența este determinată în acest caz de scopul protejării vieții sau integrității corporale a persoanei aflată în pericol,

C) în spațiul unde urmează a se efectua percheziția nu se află nicio persoană.

Folosirea forței pentru a pătrunde într-un domiciliu se realizează în mod adecvat și proporțional de către organele judiciare potrivit alin. (17) al art.159 în două situații: dacă există motive temeinice pentru a întâmpina rezistență armată sau alte tipuri de violență, ori există un pericol cu privire la distrugerea probelor – persoane cunoscute cu antecedente violente – sau în cazul unui refuz ori dacă nu s-a primit niciun răspuns la solicitarea organelor judiciare de a pătrunde un imobil.

De la interdicția efectuării în același timp cu percheziția a oricăror acte procedurale în aceeași cauză, legiuitorul a prevăzut o singură excepție și anume când în același timp se desfășoară mai multe percheziții la locuințe ce aparțin sau sunt folosite de aceeași persoană, scopul fiind dedus implicit și anume identificarea probelor în timp util și împiedicarea ascunderii sau distrugerii acestora.

În cazul în care, în timpul efectuării percheziției, se constată că au fost transferate probe, date sau că persoanele căutate s-au ascuns în locuri învecinate, mandatul de percheziție este valabil, în condițiile legii, și pentru aceste locuri. Continuarea efectuării percheziției în această situație se încuviințează de către procuror. Este vorba bineînțeles de un acord verbal dat fiind urgența și celeritatea măsurii, aspect ce va fi consemnat în procesul-verbal. Persoanele aflate în aceste spații vor fi înștiințate cu privire la extinderea efectuării percheziției.

Noțiunea de loc învecinat nu este definită în norma procesual penală, fapt ce ar putea genera în practică probleme în raport de locul în care este situat imobilul percheziționat (condominiu cu mai multe etaje, sau un singur imobil). Această prevedere rezolvă numeroasele situații din practică, când în momentul efectuării percheziției, persoana percheziționată transfera bunurile ce formau obiectul infracțiunii în locuința învecinată, pentru a nu putea fi găsite.

Extinderea percheziției domiciliare va trebui să se limiteze la locurile învecinate menționate în încheierea judecătorului prin care s-a autorizat percheziția .

Problema care s-ar ivi în practică privind posibilitatea de a limita libertatea de mișcare a persoanei percheziționate, sau de a restricționa accesul altor persoane în locul în care a se efectuează percheziția a fost reglementată expres în alin. (4) al art. 159 potrivit căruia atunci când este necesar, organele judiciare pot restricționa libertatea de mișcare a persoanelor prezente sau accesul altor persoane în locul unde se efectuează percheziția pe durata efectuării acesteia.

Nu este cazul unei lipsiri de libertate ci de restricționarea libertății de mișcare a persoanelor prezente, tocmai pentru ca rezultatul percheziției să nu fie compromis prin ascunderea probelor, a urmelor infracțiunii sau a mijloacelor de probă de către persoanele aflate în imobil la momentul începerii percheziției domiciliare.

Când persoana la care se face percheziția este reținută sau arestată va fi adusă la percheziție. În cazul în care nu poate fi adusă, percheziția domiciliară se face în prezența unui reprezentant ori a unui martor asistent.

Posibilitatea fotografierii ori înregistrării video a locului percheziționat precum și a persoanelor ori obiectelor găsite, este expres prevăzută în alin.(19) al art.159, înregistrările audio-video și fotografiile fiind anexate procesului-verbal de percheziție ca parte integrantă a acestuia.

5. Procesul-verbal de percheziție, identificarea și păstrarea obiectelor, măsurile privind obiectele ori înscrisurile ridicate

Potrivit art. 160 din noul Cod de procedură penală, obiectele sau înscrisurile identificate cu ocazia percheziției se prezintă persoanei de la care sunt ridicate și persoanelor prezente, pentru a fi recunoscute și a fi însemnate de către acestea spre neschimbare după care se etichetează și se sigilează. Obiectele care nu pot fi ridicate se lasă în păstrarea celui la care se află sau a unui custode, ce au obligația să le pună la dispoziția organelor de urmărire penală, la cererea acestora. Sustragerea, reținerea, distrugerea, ascunderea sau alterarea mijloacelor de probă lăsate în păstrare de către cel căruia i-au fost încredințate realizează elementele constitutive ale infracțiunii prevăzute de art. 275 din noul Cod de procedură penală.

Probele pentru analiză se iau cel puțin în dublu și se sigilează, una dintre probe fiind lăsată celui de la care se ridică sau uneia din persoanele prevăzute la art. 159 alin. (11) din C. pr. pen.

În ceea ce privește conținutul procesului-verbal ce trebuie să cuprindă mențiunile obligatorii privind identitatea persoanelor cel întocmesc, al persoanei percheziționate, numărul și data mandatului de percheziție, numele, prenumele persoanei percheziționate, descrierea amănunțită a locului și condițiilor în care înscrisurile, obiectele sau urmele infracțiunii au fost descoperite și ridicate, obiectiile și explicațiile persoanelor care au participat la efectuarea percheziției, legiuitorul a prevăzut obligativitatea menționării faptului că persoana percheziționată a fost informată cu privire la dreptul de a contacta un avocat care să participe la percheziție. Această dispoziție procedurală este o expresie a exercitării dreptului la apărare în cursul urmăririi penale.

Obiectele ori înscrisurile ce constituie mijloace de probă sunt atașate la dosar, iar dacă nu sunt atașate pot fi fotografiate, conform art. 162 din noul Cod de procedură penală, fotografiile fiind vizate de organul de urmărire penală. Obiectele ce nu au legătură cu cauza se restituie cu excepția celor care sunt supuse confiscării.

Dispozițiile din actualul Cod de procedură penală (art. 111) privind percheziția la sediul unităților publice și alte persoane juridice au fost menținute în art. 164 din noul Cod de procedură penală, cu precizarea că aceste dispoziții speciale se aplică în cazul autorității publice, instituției publice sau la alte persoane juridice de drept public.

Efectuarea percheziției domiciliare aduce atingere, așa cum menționam la începutul comentariului nostru, inviolabilității domiciliului, dreptului la viață privată, libertății individuale, inviolabilității secretului corespondenței ori dreptului de proprietate personală.

Restrângerea exercițiului acestor drepturi trebuie să respecte exigențele art.53 din Constituția României respectiv să fie prevăzută de lege, numai dacă se impune pentru desfășurarea instrucției penale, numai dacă este necesară într-o societate democratică, să fie proporțională cu situația care a determinat-o, să fie aplicată în mod nediscriminatoriu și fără a aduce atingere existenței dreptului sau libertății.

Analizând condițiile impuse de art. 53 constatăm că primele două condiții respectiv restrângerea **să fie prevăzută de lege** și pentru **desfășurarea instrucției penale** sunt îndeplinite, dispozițiile ce reglementează percheziția domiciliară fiind cuprinse în noul Cod de procedură penală care instituie reguli privind desfășurarea procesului penal, stabilind cazurile și condițiile în care se dispune.

Sintagma **„necesar într-o societate democratică”** a fost pentru prima dată explicată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului în cauza *Hanyside c. Marii Britanii*¹⁷, în sensul că adjectivul „necesar” nu este sinonim cu indispensabil, nici nu are flexibilitatea unor expresii ca „admisibil”, „normal”, „util”, „rezonabil” sau „oportun”. Adjectivul necesar implică faptul că ingerința respectivă trebuie să corespundă unei nevoi sociale imperioase.

Condiția privind nevoia socială imperioasă se regăsește atât în cauzele în care ingerința vizează protejarea unui interes public cât și în cauzele care vizează apărarea unui interes privat. În cazul percheziției domiciliare suntem în prezența unei nevoi sociale imperioase, respectiv protejarea membrilor societății împotriva faptelor de natură penală ce pot aduce atingere drepturilor și libertăților fundamentale.

În acest sens legiuitorul a menținut garanțiile instituționale din vechea reglementare potrivit cărora autorizația de percheziție domiciliară se emite de către magistratul judecător, fie că este judecătorul de drepturi și libertăți ori judecătorul de la instanța investită cu judecarea cauzei.

Indicarea de către procuror în cererea adresată instanței a probelor ori a datelor din care rezultă suspiciunea rezonabilă cu privire la săvârșirea unei infracțiuni sau a obiectelor ori înscrisurilor ce fac obiectul infracțiunii dar și indicarea infracțiunii, a probelor sau a datelor din care rezultă că în locul în care se solicită efectuarea percheziției se află suspectul sau inculpatul ori pot fi descoperite probe cu privire la săvârșirea infracțiunii ori urme ale săvârșirii infracțiunii, constituie garanții de procedură instituite în noul Cod de procedură.

Analiza **proporționalității măsurii percheziției domiciliare** presupune un dublu control de necesitate și de adecvare.

Adecvarea presupune la toate nivelurile analizei un control al necesității măsurii de constrângere, prin raportare la situație. Fără restrângere să nu poată fi atins scopul legii. Măsura restrictivă nu respectă criteriul de proporționalitate, dacă scopul pentru care a fost dispusă este generic, și nu se indică un anumit drept sau o libertate fundamentală ca scop legitim¹⁸. În al doilea rând măsura trebuie să fie adecvată scopului urmărit adică să

¹⁷ Hotărârea din 7 decembrie 1976.

¹⁸ Decizia nr. 139/1994, publicată în M. Of. nr. 353 din 21 decembrie 1994.

fie aptă *a priori* să realizeze acest scop. În al treilea rând măsura trebuie să reprezinte măsura minimă necesară obținerii rezultatului urmărit. Dacă există o altă ingerință posibilă care este mai blândă decât cea utilizată, măsura este neconstituțională, chiar dacă este aptă să realizeze scopul¹⁹.

Judecătorul trebuie să se pronunțe asupra cererii procurorului privind autorizarea percheziției domiciliare în raport de aceste criterii, fapt pentru care în art. 158 alin. (1) lit. c) din noul Cod de procedură penală s-a introdus obligativitatea menționării în cerere, a urmelor săvârșirii infracțiunii ori a altor obiecte care se presupune că există în locul ce urmează a fi percheziționat. Altfel spus pentru ca măsura să fie adecvată scopului său trebuie indicate urmele sau obiectele ce urmează a fi identificate.

Revizuirea Constituției din 2003 a adăugat în art. 53 și condiția suplimentară ca aplicarea măsurii prin care operează restrângerea să fie **nediscriminatorie**. Dacă măsura este în sine și nu prin modul aplicării ei nediscriminatorie, ea este neconstituțională pentru că încalcă egalitatea în drepturi. Ea poate fi neconstituțională și în situația în care nu încalcă egalitatea în drepturi dar este aplicată într-o manieră discriminatorie. Constituantul a reglementat o obligație de abținere de la arbitrar nu doar pentru legiuitor, ci și pentru autoritățile însărcinate

cu executarea normelor juridice, prin instituirea obligației de a pune în aplicare măsura fără a discrimina. Modul aplicării este judecat de judecător, nu de legiuitor.

Din modalitatea în care sunt formulate dispozițiile care reglementează percheziția domiciliară – cazurile și condițiile în care se dispune, durata maximă a autorizației de 15 zile, intervalul orar în care se efectuează, prezența apărătorului ales la efectuarea percheziției domiciliare - deducem că nu poate fi adusă atingere **existenței drepturilor sau libertăților** fundamentale ce pot fi afectate prin această măsură procesuală respectiv inviolabilitatea domiciliului, dreptul la viață privată, libertatea individuală, inviolabilitatea secretului corespondenței ori dreptul de proprietate privată.

¹⁹ D.C. Dănișor, *Noua Revista de Drepturile Omului* nr. 2/2008, p. 21.

De la Tampere la Stockholm și mai departe: Noi provocări ale justiției în materie penală

Dr. Delia MAGHERESCU



From Tampere to Stockholm and so on: New challenges of justice in criminal matter

Abstract:

The European Union's presidencies succeeded since the 1st of July 2009 arose new ways in the field of criminal justice including the area of freedom, security and justice. Basically, the most important issue for this area is settled over the domain of justice and home affairs viewed as one of their priorities for the next period of time. The current paper aims to provide the achievements in the matter of fact and how the European authorities have devoted their activity in order to finalize the proposed project in criminal matters. Did the European Union authorities make huge efforts in order to reach the purpose? Is there an unexplored field of criminal matters on this topic? They are only a few questions to which I am looking for the appropriate answers as much as, towards the end of their mandate, every presidency showed a constant interest in adopting provisions and implementing strategies in the field of justice having a particular focus on the criminal one.

Keywords: justice and home affairs; criminal justice; judicial cooperation; Tampere EU Council; Stockholm Programme.

§ 1. Introducere

„Oamenii doresc să trăiască într-o Uniune Europeană care este prosperă și în pace, unde drepturile lor sunt respectate și securitatea lor protejată. Ei vor să fie capabili să călătorească liberi și să se mute temporar sau permanent într-o altă țară Europeană pentru a studia, a găsi o familie, a pune bazele unei afaceri. Dar ei sunt deranjați să vadă că contextul stabilității și securității, care a prevalat în Europa în ultimii ani, este amenințat de dezvoltările din întreaga lume” este prevăzut la începutul Comunicării Comisiei Europene către Parlamentul European și Consiliul Uniunii Europene privind spațiul de Libertate, Securitate și Justiție servind cetățenilor.

Luând în considerare dispozițiile legale europene în vigoare și, totodată, având în vedere cele mai recente studii în domeniu, referitoare la spațiul de libertate, securitate și

justiție, văzut ca o parte constitutivă a celui de-al treilea Pilon al construcției europene, în prezenta lucrare doresc să analizez acele chestiuni în materie penală, care au fost realizate pe parcursul unei perioade de trei ani, începând din iunie 2009. Este evident, că această perioadă a prezentat o particularitate din punctul de vedere al scopului declarat al președinției suedeze a Uniunii Europene, constând în realizarea lărgirii spațiului Schengen dincolo de limitele, care au fost stabilite până la acea dată. Ce neajunsuri ale statelor membre au fost înregistrate și care au influențat, într-o manieră negativă, aderarea statelor la spațiul Schengen, sunt foarte bine cunoscute de către toți actorii implicați în acea acțiune¹. Dincolo de aceste inconveniente, vor fi totuși avute în vedere și îmbunătățirile apărute pe parcurs, știindu-se faptul că parte din criteriile naționale vor fi discutate la următoarea rundă de evaluare.

Dintr-un punct de vedere instituțional, această temă naște unele controverse și deschide noi căi, care vor fi abordate în prezenta lucrare. În primul rând, mă refer la deciziile-cadru, pe care autoritățile de la Brussels le-au adoptat în această materie. Este prevăzut faptul că, în general, multe dintre ele argumentează că Tratatul de la Lisabona nu schimbă prea multe aspecte în domeniul vizat, în special în ceea ce privește practica judiciară în materie penală, așa cum rezultă din tendința Curții Europene de Justiție². Mai mult decât atât, luând în considerare modificările dispozițiilor dreptului penal, stipulate în acest tratat, se observă cu ușurință că acestea sunt mai mult de natură substanțială, decât formală. Dincolo de lacunele tratatului referitoare la dispozițiile penale, din punctul de vedere al dreptului penal european și în context cu acquis-ul comunitar, doctrina a fost divizată în două părți. O parte a doctrinei s-a situat aproape de ideea necesității adoptării Constituției, focalizată pe impactul iminent asupra dispozițiilor generale din domeniul libertății, securității și justiției. Acest argument trebuie să contrarieze propunerea de transfer a celui de-al treilea pilon în primul pilon, așa cum a fost discutat chiar din timpul președințiilor franceze și olandeze din anul 2005³.

Pe de altă parte, la acest moment încă există un grup de specialiști, care desconsideră dispozițiile tratatului în materie penală și care a fost sceptic referitor la adoptarea noului tratat⁴. Cu alte cuvinte, politica stipulată de către cel de-al treilea pilon a fost pentru mult timp criticată, ca fiind un serios neajuns în implementarea principiului recunoașterii reciproce între statele membre având rezultate asupra garanțiilor procesuale ale persoanelor.

§ 2. Cadrul general și contextul problemei

Discutând despre dreptul penal la nivel european, dincolo de conceptul său instituțional, acesta nu este o noțiune nouă a dreptului european. Totuși, nu de foarte

¹ Este vorba despre România și Bulgaria.

² A se vedea E. Herlin-Karnell, *Waiting for Lisbon... Constitutional Reflections on the Embryonic General Part of EU Criminal Law*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 17(2009), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, pp. 227-242.

³ House of Lords, European Union Select Committee *The Criminal Law Competence of the European Community*, Consiliul de la Tampere, Sesiunea-report 42/2005-06.

⁴ V. Mitsilegas, *The Transformation of Criminal Law in the Area of Freedom, Security and Justice*, Anuarul de Drept European nr. 26/2007, I.

mult timp⁵, dreptul penal al Uniunii Europene a fost treptat dezvoltat, este încă în construcție și va varia în conformitate cu transformările dreptului comunitar și dinamica formulei acestuia de „recunoaștere reciprocă”, prevăzută în pilonul al treilea, care de asemenea a rămas principala dispoziție în domeniul luptei împotriva terorismului și a crimei organizate și în conformitate cu alte reglementări europene în acest domeniu. De fapt, principiul recunoașterii reciproce înseamnă „piatra de cotitură” în dezvoltarea justiției europene în materie penală, așa cum va fi prezentat în cele ce urmează. Pentru a construi o încredere reciprocă adevărată între sistemele statelor membre, pentru a accelera nevoia de respectare a configurației actuale a celui de-al treilea pilon, precum și structura lui, trebuie să fie intensificate și susținute mecanismele comune ale statelor membre. Mai mult, dezvoltarea unei recunoașteri reciproce în materie judiciară între statele membre trebuie să fie mână în mână cu o profundă evaluare a implementării politicilor europene privind justiția penală. În scopul atingerii acestei ținte, Uniunea Europeană trebuie să sprijine eforturile statelor membre de a îmbunătăți sistemele lor judiciare în materie penală. Totuși, în această direcție, vor fi stabilite multiple standarde comune pentru a armoniza legislația națională în conformitate cu dezvoltarea infracțiunilor grave transnaționale, iar Uniunea Europeană cu siguranță va recurge la mecanisme de drept penal, care sunt necesare pentru a asigura o implementare efectivă a politicilor în conformitate cu practica judiciară a Curții Europene de Justiție⁶.

Așadar, este, de asemenea, apreciat că dreptul penal al Uniunii Europene este un amestec între primul și al treilea pilon⁷. Mai mult decât atât, din punct de vedere doctrinar, acest concept apare ca o țintă a Uniunii Europene, care a agreat Programul Stockholm în domeniul Justiției și Afacerilor Interne⁸. Totuși, rămânând în sfera de evoluție a dreptului penal la nivel european, este obligatoriu să avem o viziune specială asupra spațiului de libertate, securitate și justiție, consolidat încă din anul 2005, când a fost cerută o evaluare a Programului de la Haga⁹ și a Planului de Acțiune¹⁰. Principalele valori ale Programului

⁵ De la intrarea în vigoare a Tratatului de la Maastricht, ca unul din cei trei piloni ai Uniunii Europene pe probleme de justiție și afaceri interne, după care Tratatul de la Amsterdam a clarificat obiectivele politicii dreptului penal prin crearea conceptului de „libertate, securitate și justiție”, după care Consiliul de la Tampere din 1999 și, în subsidiar, Programul Haga. A se vedea, de asemenea, S. Laveneux și W. Wallace, *Justice and Home Affairs, Policy-Making in the European Union*, O.U.P. 2005, Capitolul 8; Consiliul Uniunii Europene de la Tampere din 1999 și Programul Haga: *Strengthening Freedom, Security and Justice in the EU*, Jurnalul Oficial C 53/1/2005.

⁶ Comunicarea din partea Comisiei către Parlamentul European și Consiliu – *Spatiu de Libertate, Securitate și Justiție servind cetățenilor*, publicată la Brussels la data de 10 iunie 2009/COM (2009) 262 final.

⁷ A se vedea, E. Herlin-Karnell, p. 229.

⁸ A se vedea S. Peers, The EU's JHA agenda pentru 2009, disponibil on-line la www.statewatch.org/analyses/eu-sw-analysis-2009-jha-agenda.pdf.

⁹ Programul Haga, Întărirea spațiului de Libertate, Securitate și Justiție în Uniunea Europeană, publicat în Jurnalul Oficial OJ C 53 din 3 martie 2005, p. 1, disponibil on-line la <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=399792:cs&lang=en&list=399792:cs,&pos=1&page=1&nbl=1&pgs=10&nwords=&checktexte=checkbox&visu=ctrl>.

¹⁰ Planul de Acțiune al Consiliului și Comisiei de implementare a Programului Haga privind Întărirea Spațiului de Libertate, Securitate și Justiție în Uniunea Europeană, publicat în Jurnalul Oficial OJ C 198 din 12 august 2005, p. 1, accesibil on-line la <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=399792:cs&lang=en&list=399792:cs,&pos=1&page=1&nbl=1&pgs=10&nwords=&checktexte=checkbox&visu=ctrl>.

de la Haga, precum protecția internațională, migrația și controlul la frontiere, lupta împotriva terorismului și a crimei organizate, accesul la justiție, cooperarea polițienească și judiciară în materie penală, precum și recunoașterea reciprocă în domeniul judiciar, ce a fost prezentată anterior, au constituit scopurile Uniunii Europene pentru stabilirea unei viziuni asupra domeniului dreptului penal, în special asupra cooperării judiciare între statele membre.

La începutul anului 2005, Comisia Europeană s-a implicat în monitorizarea implementării Programului de la Haga în statele membre și a rezultatelor lui generale la nivelul Uniunii Europene. Un instrument per-review a facilitat inițiativa Comisiei Europene de a evalua instrumentele, precum și performanța individuală făcută în acest scop. În fapt, Comisia a căutat să afle, cât de mult ar fi răspuns Uniunea Europeană la provocările de viitor¹¹. Mai mult decât atât, o revizuire asupra progresului făcut în implementarea Programului de la Haga de către instituțiile europene și de statele membre (denumit „Scoreboard”), a fost prezentată în fiecare an din 2006 de către Comisie. Ultima a fost efectuată pe data de 2 iulie 2008, în care realizările au fost marcate în domeniul migrației, luptei împotriva terorismului și managementului controlului la frontiere. Dincolo de activitatea asiduă, pe care autoritățile Uniunii Europene au condus-o în acest scop, a fost apreciat, că *este nevoie de mai multă muncă în domeniul cooperării judiciare și polițienești în materie penală*¹². Prin urmare, prioritățile pentru atingerea oricărui scop au fost realizate, fapt ce a fost stipulat în Programul de la Stockholm, care a devenit operațional la expirarea Programului de la Haga de la sfârșitul anului 2009¹³.

§ 3. Obiectivele Programului Haga și criticile aduse acestuia

În principiu, obiectivele declarate ale Programului de la Haga, care au avut implicații în domeniul justiției în materie penală și al afacerilor interne, au fost următoarele:

- îmbunătățirea capacității comune a Uniunii Europene și a statelor membre de a garanta drepturile fundamentale ale cetățenilor, un minim de garanții procedurale și accesul la justiție;
- îmbunătățirea protecției în conformitate cu Convenția de la Geneva privind Refugiații și alte tratate internaționale pentru persoanele cu nevoi speciale;
- reglementarea dispozițiilor privind migrația și controlul frontierelor externe ale Uniunii Europene;
- lupta împotriva crimei organizate transnaționale și reprimarea pericolului terorismului;

¹¹ Comunicarea Comisiei către Consiliu, Parlament, Comitetul Economic și Social European și Comitetul pentru Refugiați – *Justiție, Libertate și Securitate în Europa din 2005: O evaluare a Programului Haga și a Planului de Acțiune* [SEC (2009) 765 final; SEC (2009) 766 final; SEC (2009) 767 final], publicată la Brussels pe data de 10 iunie 2009, COM (2009) 263 final, p. 2.

¹² A se vedea J. M. Barroso, „EU Stockholm Program Surveillance State-in-Waiting” accesibil on-line la <http://www.thetrumpet.com/article/6262.4719.0.0/britain/eu-stockholm-program-surveillance-state-in-waiting>

¹³ A se vedea Comunicarea Comisiei către Consiliu, Parlamentul European, Comitetul Economic și Social European și Comitetul pentru Refugiați – *Justiție, Libertate și Securitate în Europa din 2005: O evaluare a Programului Haga și a Planului de Acțiune* [SEC (2009) 765 final; SEC (2009) 766 final; SEC (2009) 767 final], publicată la Brussels pe data de 10 iunie 2009, COM (2009) 263 final, p. 2.

- realizarea potențialului Europol și Eurojust;
- realizarea recunoașterii reciproce viitoare a deciziilor judiciare și a certificatelor, atât în materie civilă, cât și în materie penală.

Cuprinsul Programului de la Haga, de la sfârșitul anului 2009, a arătat că președinția Consiliului Uniunii Europene a pus bazele unor „grupuri de viitor”, pentru a prevedea ideile respective, iar Comisia a lansat o consultare publică asupra noului Program Stockholm. Mai mult decât atât, prioritățile dreptului penal european, la acel moment, au fost stabilite pentru următorii 5 ani.

Totuși, în urmă cu 10 ani, Consiliul Uniunii Europene de la Tampere a suspendat prima politică-cadru în domeniul justiției în materie penală și afacerilor interne. Apoi, acesta a dezvoltat treptat o politică comună a azilului și imigrației cu scopul de a obține un rezultat așteptat pentru armonizarea controlului la frontiere, precum și pentru o cooperare strânsă judiciară și polițienească în materie penală, bazată pe principiul recunoașterii reciproce între statele membre¹⁴. La aceste ținte s-au adăugat tragicele evenimente petrecute la New York pe data 11 septembrie 2001 și la Madrid în martie 2004. În realitate, aceste atacuri au dat naștere unei noi ere de luptă împotriva terorismului și crimei organizate în întreaga lume, iar nu doar la nivel european. *De facto*, aceste atacuri au agravat insecuritatea umană, creând o stare de insecuritate umană zilnică și, nu în ultimul timp, au adus atingere drepturilor fundamentale ale cetățenilor.

Referitor la toate aceste programe, care s-au succedat pe fundalul accentuat al activității autorităților de la Brussels de a intensifica lupta împotriva acestor fenomene și de a întări cooperarea judiciară în materie penală, s-a produs o chestiune inevitabilă: reunirea tuturor factorilor de decizie, atât la nivel european, cât și la nivel internațional, pentru a fi declanșată o nouă și eficientă campanie împotriva tuturor acelorora, care ar dori să perturbe viața comunității publice.

Într-adevăr, de la Consiliul European de la Tampere din 1999, agenda de lucru a Uniunii Europene, referitoare la cooperarea judiciară în materie penală a statelor membre, precum și întărirea domeniului justiție și afaceri interne, bazat pe spațiul de libertate, securitate și justiție, a creat noi competențe Uniunii Europene într-o manieră organizată având consecințe asupra Tratatului de la Amsterdam.

Luând în considerare drepturile fundamentale ale persoanei, cu acea ocazie s-a creat un standard minim comun la nivel european cu scopul de a aproxima atât dreptul procedural, cât și dreptul substanțial, printr-un instrument de recunoaștere reciprocă.

§ 4. Strategia de securitate internă

La sfârșitul anului 2010, Comisia Europeană a adoptat Strategia de Securitate Internă în Acțiune, ca o trăsătură – cheie a eforturilor făcute de către autoritățile Uniunii Europene în această zonă de acțiune. Strategia a reglementat 41 de măsuri, care ținesc către cele mai urgente amenințări de securitate în Europa. *De facto*, este o abordare comprehensivă

¹⁴ Baza legală pentru asistența juridică Europeană în materie penală a fost fondată la Consiliul Convenției Europene din anul 1959 și prin protocoalele sale, Acordul Schengen și Convenția privind Asistența Mutuală în Materie Penală din anul 2000. Convenția ulterioară a angajat asistența reciprocă, cerință prin care statele își acordau asistență cât mai repede posibil și coordonează asistența prin instrumente de contact direct între autoritățile judiciare responsabile.

adoptată în scopul de a controla și a combate crima organizată, terorismul și alte forme de infracțiuni grave, inclusiv pe cele transfrontaliere și pe cele informatice. Acestea sunt, de altfel, și punctele de vedere împărtășite de către doctrină¹⁵.

Forme variate de infracțiuni grave, având impact asupra societăților din Europa, au dat naștere unui interes special pentru criminologi¹⁶, datorită faptului că cele mai multe dintre ele erau comise transnațional. Cele mai frecvente cazuri se referă la formele diversificate de trafic, precum traficul de ființe umane, traficul de droguri, traficul de arme, traficul de autovehicule furate, traficul cu obiecte de artă, la care se adaugă forme de infracțiuni grave transnaționale (contrabanda, spălarea de bani, economia subterană, evaziunea fiscală ș.a.)¹⁷.

Din punct de vedere practic, comportamentul infracțional al grupurilor organizate transnaționale interesează instituțiile Uniunii Europene. Dat fiind faptul că foarte multe din aceste infracțiuni sunt comise implicând unele state nemembre ale Uniunii Europene, interesul în materie este deci justificat. Cu alte cuvinte, foarte multe forme de criminalitate, implicând state vecine, nemembre ale Uniunii Europene, se află sub o observație strictă, deoarece există deja o legătură între grupurile organizate din aceste state, care are repercusiuni asupra întregii activități infracționale din Europa. Acest fapt este posibil, chiar dacă grupurile organizate nu lucrează împreună în scopul comiterii infracțiunilor grave transnaționale¹⁸. În ciuda acestui punct de vedere, doresc să subliniez că aceasta este doar o convingere, în schimb, practica ne arată că situația reală este diferită.

Dincolo de nivelul ridicat al siguranței cetățenilor și al operațiunilor de afaceri în spațiul informatic, care au preocupat autoritățile europene de la adoptarea Programului Stockholm, principalele obiective, elaborate cu această ocazie, se referă la prevenirea terorismului, așa cum am prezentat anterior, care tinde să devină unul dintre cele mai periculoase fenomene de la nivel internațional. Pentru acest motiv, fenomenul preocupă toate autoritățile, atât de la nivel național, cât și de la nivel internațional, și datorită faptului că siguranța umană însăși este o valoare socială fundamentală, a cărei existență depinde de buna desfășurare a activității statului¹⁹.

Raportul anual asupra implementării Planului de Acțiune al Uniunii Europene privind combaterea terorismului acordă o privire de ansamblu asupra măsurilor luate în cadrul perioadei stabilite, care subliniază chestiunile cele mai importante în lupta împotriva terorismului. Cu această ocazie, a fost identificată nevoia de a stabili un for asupra securității transportului pe uscat, care să completeze comitetele existente în securitatea aviației. În aceeași ordine de idei, Consiliul Uniunii Europene a prevăzut câteva soluții-cheie,

¹⁵ A se vedea N. Niță, *Crima și criminalitatea – amenințare gravă a dezvoltării armonioase și echilibrată a statului român*, Acta Universitatis George Bacovia. Juridica, Nr. 1/2012, pp. 11-22.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ A se vedea D. Magherescu, *All about organized crime. Special focus on the phenomenon in Southeast Europe*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2009, p. 45 și 46.

¹⁹ A se vedea N. Niță, *L'ordre et la sécurité publique – one premises essentielle de la modernisation de l'État en Roumanie*, Journal of Criminal Investigation, nr. 10/2012, pp. 24-27.

care să diminueze amenințarea la adresa societății contemporane. Acestea au ca scop îmbunătățirea controlului documentelor și securitatea acestora, precum și dezvoltarea unei cooperări strânse cu autorități similare din state terțe, interesate, de asemenea, în lupta împotriva acestui fenomen. Scopul este cu atât mai important, cu cât aceste țări nemembre sunt, de regulă, unele de tranzit sau de destinație în ceea ce privește fenomenul infracțional transfrontalier și, automat, joacă un rol major în controlul situației reale asupra temei în discuție²⁰.

Mai mult decât atât, obiectivul prezentat anterior este adăugat la adresa radicalizării și a revizuirii tuturor actelor de natură să sprijine autoritățile în efortul declanșat. Întărirea securității prin managementul frontierelor a fost adăugat unui set de acțiuni, ocazie cu care a fost prevăzut și un termen limită pentru implementarea acestuia. Cu toate acestea, destructurarea legăturilor infracționale internaționale, care amenință societatea contemporană a fost, de asemenea, luată în considerare, iar factorii responsabili au stabilit un Comitetul de Sprijin privind Cooperarea Operațională în Securitatea Internă.

În același timp, securitatea informatică constituie ținta Consiliului în întărirea puterii împotriva terorismului, așa cum am precizat anterior. În acest sens, scopul este acela de a sprijini inițiativa Comisiei în a explora înființarea unui computer al Uniunii Europene cu o echipă, care să răspundă urgențelor²¹.

La toate acestea scopuri, se mai adaugă unul la fel de important. Acesta se referă la dimensiunea externă a garanției că Uniunea Europeană are resurse adecvate în a sprijini acțiunile sale externe de contraterorism. Acesta este un punct de vedere extrem de serios asupra căruia trebuie reflectat cu mare atenție pe viitor.

§ 5. Concluzii

Discutând despre programele Uniunii Europene, ale președințiilor care s-au succedat la conducerea acestora încă din anul 2009, începând cu Programul Stockholm și mai departe, se observă o preocupare stringentă a autorităților europene de a întări cooperarea judiciară în materie penală între statele membre. Acestea implică mai multe planuri, dar, un lucru este cert, anume acela că toate converg către o țintă comună: lupta împotriva crimei organizate, cu precădere asupra celei transnaționale, și a terorismului. Evident că, după anul 2001, această din urmă chestiune s-a amplificat continuu și, până la momentul actual, se poate aprecia că nu este pe deplin finalizată.

²⁰ Recenta Întâlnire a Experților cu privire la Echipele Comune de Investigare, care a avut loc la Haga, a inclus, în agenda sa, următoarele teme: schimbul de bune practici, oportunități de finanțare, cerințe de profil pentru succesul experților ECI la nivel național.

²¹ Consiliul a adoptat concluziile asupra informațiilor privind nivelurile de amenințare de terorism între statele membre. Acesta a cerut statelor membre să ofere informații despre gradul de amenințare de la nivel național comparat cu alte state membre și cu Centrul Comun de Situații (SITCEN) al Uniunii Europene, care va informa imediat punctele de contact și pe autoritățile responsabile ale Uniunii Europene cu privire la schimbările privind nivelurile naționale de amenințare.

Dar, dintre toate aceste eforturi ale autorităților de la Brussels, implementarea planurilor de acțiune pentru combaterea infracțiunilor grave cu caracter transnațional rămâne una din cele mai bine organizate acțiuni, menite să reformeze sistemul judiciar al tuturor statelor membre, pe de-o parte, precum și relațiile și cooperarea pe care acestea le au cu alte state vecine, nemembre ale Uniunii Europene, pe de altă parte.

Nici în plan internațional lucrurile nu au rămas neelaborate, dat fiind faptul că, în vederea stopării acestui flagel, eforturile la nivel macro- au fost stringente evidențiate și au căpătat o dimensiune, care să fie conformă cerințelor din planul practicii. De aceea, putem spune că rodul muncii a fost, în mare măsură, încununat cu succes, iar continuarea acțiunilor deja începute se anunță, încă de pe acum, a fi un adevărat succes. În această direcție, cooperarea cu alte state ale lumii, la fel de preocupate în combaterea terorismului și a crimei organizate la nivel internațional, se poate observa din acordurile și tratatele încheiate între instituțiile Uniunii Europene, pe de-o parte, și alte state terțe, pe de altă parte.

Eficiența politicilor publice de protecție a consumatorilor de credite în România (I)

*Conf. univ. dr. Carmen Adriana GHEORGHE
Universitatea „Transilvania” din Brașov, Facultatea de Drept*



Public policies efficiency of credit customers in Romania (I)

Abstract:

As credit consumers, the individuals bring to bear now on banking professionals concerning the effects caused by unfair clauses identified within credit agreements.

Public policy consumer credit could be effective in the sense that the authorities concerned either with general skills, or with specialized skills – government, ANPC, Competition Council, the National Bank, the court – would have to fulfill a joint strategy.

Keywords: credit consumers, banking professionals, unfair clauses, credit agreement.

După 2010, pe fondul acutizării crizei europene, România a fost obligată să își adapteze politicile publice, cu cele două dimensiuni componente – de intervenție economică și de prevenire și protecție – la cerințele politicilor europene. Un domeniu sensibil este reprezentat de activitatea de creditare a persoanelor fizice, o zonă în care se întrepătrund noțiuni aparținând dreptului public cu cele care definesc dreptul privat. În calitate de consumatori de credite, persoanele fizice exercită în prezent o presiune asupra profesioniștilor bancari cu privire la efectele determinate de clauzele abuzive identificate în contractele de creditare. Politica publică de protecție a consumatorilor de credite ar putea deveni eficientă în sensul că autoritățile implicate, fie cu competențe generale, fie cu competențe de specialitate – guvern, A.N.P.C., Consiliul Concurenței, B.N.R. , instanțe de judecată, la care se adaugă asociațiile non-guvernamentale – ar avea de îndeplinit o strategie comună. Deocamdată, băncile, deși sunt subiecte de drept privat, își impun punctul de vedere în cadrul componentei de intervenție economică a statului, componentă care a devenit activă în detrimentul celei de prevenire și protecție.

§ 1. Prezentare generală a strategiei actuale de protecție a consumatorului

Situația consumatorului de credite din România s-a acutizat pe fondul amplificării actualei crize europene. Directivele europene au anticipat momentul în care se va declanșa

un conflict între această categorie de consumatori și partenerii lor contractuali, profesioniștii bancari, și au reglementat punctual eventualele aspectele sensibile – falimentul personal, clauzele abuzive din contractele comerciale, creditarea ipotecară, răspunderea civilă profesională, riscuri specifice, responsabilitatea profesionistului bancar, creditorul de ultim resort.

În plus, se vorbește de influența consumului în societatea contemporană, de dimensiunea regională și globală a consumului, precum și de modul în care criza financiară mondială se reflectă în reglementarea pieței consumatorilor de credite¹.

Pe plan intern, legiuitorul a fost obligat să se adapteze acestor cerințe și să adopte acte normative care să transpună aquisul din domeniu.

Beneficiind de un cadru legislativ aparent eficient - cel intern și cel european - s-ar putea presupune că aplicarea reglementărilor pe care le luăm în discuție nu ar fi decât o reușită. În realitate, politica statului de protecție a acestei categorii de consumatori – consumatorul de credite – s-a dovedit ineficientă. Nu punem în discuție aparenta dihotomie dintre economic și politic, nici rolul ofertantului de credite (banca, în principal) în mecanismul complex al funcționării economice și sociale. Dar principiul pe care statul, ca suveran al puterii, îl ignoră, și pe care îl reamintim în împrejurări academice și nu numai, rămâne acela formulat de minți raționale și săpat în piatra secolelor – „Legea trebuie să aducă binele poporului”³. În fond, să nu uităm că și reglementările moderne sunt reductibile la alte patru principii care decurg natural din cel invocat mai sus – libertate, securitate, justiție și eficiență⁴. Și ca să nuanțăm, în domeniul protecției consumatorului recunoașterea principiilor independente – obligația de informare și *fair dealing* – devine singura cale de reconciliere între legea contractuală clasică și așa numita modernitate a contractelor care pot fi supuse reglementărilor de dreptul consumului. Pe de altă parte, experiența recente crize financiare a demonstrat că orientarea preponderentă a reglementărilor naționale către latura microprudentială a supravegherii bancare s-a dovedit eronată, întrucât a pornit de la premisa implicită că monitorizarea viabilității și solvabilității instituțiilor financiare individuale este o garanție suficientă a rezistenței la șocuri la nivelul întregului sistem financiar. Supravegherea microprudentială a ignorat caracterul interconectat al instituțiilor financiare, la nivelul piețelor monetare interbancare naționale și transfrontaliere sau elementele ce dau dimensiunea importanței sistemice a acestora. Eșecul autorităților naționale de supraveghere s-a concretizat într-o pierdere a încrederii în robustețea și soliditatea sistemelor financiare naționale.

Facem precizarea că, în prezent, doctrina leagă creditul, pe de o parte, de actuala criză financiară, pe de alta – de noțiunea de debit/datorie și bancrută. Astfel, felul în care este folosit creditul și cum schimbă el societățile, precum și înțelegerea rolului său – esențial – rămân probleme de importanță majoră în societate⁵.

¹ Ramsay, I., *Consumer Law and Policy*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 14.

² Codul lui Hammurabi.

³ Legislația protecției consumatorilor, de exemplu, protecția contra alimentelor alterate și a înșelăciunii la cântar, apare odată cu Vechiul Testament și cu Codul lui Hammurabi.

⁴ Hawthorne, L., *Contract law, a deluge of norms in search of principles: the common european sales Law and the South African Consumer Protection Act*, in *Studia Universitatis Babeș-Bolyai, Iurisprudentia* nr. 1/2013.

⁵ Niemi, J, Ramsay, I, Whitford, *Consumer Credit, Debt and Bankruptcy: Comparative and International Perspective*, Hart Publisher, Oxford, 2009, ISBN 10:1841132586; 13:978-1841132587, p. 56

§ 2. Noțiuni principale

Ne aflăm la granița dintre public și privat, într-un domeniu al întrepătrunderii noțiunilor aparținând dreptului public cu cele care definesc dreptul privat⁶. Pe de o parte, vom aborda aspecte care țin de politicile publice, de securitate și protecție socială, adică de atribuțiile care definesc statul și autoritățile sale, iar pe de alta - noțiuni care se cantonează în zona privată, cel puțin la o primă vedere: creditarea bancară, consumatorul de credite bancare și profesioniștii bancari.

Înainte de a face analiza situației actuale a relațiilor consumator- bancă din România, situație care se manifestă printr-un număr crescător de litigii împotriva băncilor, observăm discrete forme de presiune care se încrucișează deasupra capului consumatorului de credite; el este cel mai vulnerabil (băncile, prin intermediul Asociației Române a Băncilor – A.R.B., au sesizat F.M.I. și Guvernul României, pe premier și pe ministrul Justiției în problema clauzelor abuzive (februarie 2013), băncile presează direct asupra clienților/consumatori indiferent că aceștia se află în raporturi contractuale, în litigii – ca urmare a raporturilor contractuale sau în etapa de punere în executate a sentințelor judecătorești, iar pe plan european structurile europene aveau termen luna iunie 2013 pentru a finaliza o altă etapă a celei mai importante reforme financiar-bancare europene de la crearea zonei euro – este vorba despre crearea Uniunii Bancare. De fapt, dacă suntem atenți la discuțiile care au loc cu privire la acordarea atribuțiilor de supraveghere unică bancară către B.C.E., propunerile privesc și extinderea, respectiv dublarea controlului asupra stabilității prețurilor cu controlul asupra șomajului. Iată o propunere de politică publică ce ar putea da anumite rezultate deoarece băncile centrale naționale ar fi implicate în domenii sensibile care privesc, iată, subiecte de drept concrete (lucrătorul, respectiv lucrătorul șomer).

Că sunt normele de dreptul consumului norme de ordine publică este un fapt indubitabil. Că se urmărește protejarea unui interes colectiv este la fel de evident, chiar cu precizările doctrinei care se îndoiește, pe alocuri, că interesul individual coincide cu cel colectiv⁷. Ne revine sarcina să facem demonstrația că legislația privind protecția consumatorului de credite este aplicată, *de facto*, defectuos, respectiv că echitatea, echilibrul și, uneori, chiar buna-credință sunt fragilizate chiar prin lipsa de eficiență a instrumentelor pe care autoritățile statului au înțeles să le activeze.

Mai precis, ar trebui să putem răspunde la întrebările următoare:

- pot ieși autoritățile statului cu atribuții în protecția consumatorului de credite din impasul actual, constând în identificarea unor clauzele abuzive în toate contractele de creditare bancară?

- pot face față instanțele judecătorești zecilor de acțiuni care sunt/vor fi introduse ca urmare a schimbărilor legislative din domeniu referitoare la clauzele abuzive din contractele bancare (odată cu aplicarea Legii de punere în aplicare a Codului de procedură civilă, 1 iulie 2013)?

⁶ Despre publicizarea dreptului bancar a se vedea și L. Săuleanu, *Executarea silită a contractelor de credit bancar*, în *Contractul de credit bancar. Principii, legea, uzantele*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 108.

⁷ Goicovici, A.J., în studiul „Asociațiile de consumatori în dreptul rom „la jumătatea drumului între interesul individual al fiecărui consumator și interesul general al societății”. De fapt, suma intereselor individuale ale fiecărui cetățean/consumator ar trebui să alcătuiască conținutul dur al interesului societății.

- cum s-ar putea manifesta Banca Națională în această problemă?
- asociațiile non guvernamentale pot sprijini în vreun fel politica publică de protecție, preluând o parte din atribuțiile statului?

Să punctăm, încă o dată, care sunt pilonii acestui studiu:

- politicile publice/eficiență;
- autoritățile implicate/autorități naționale de supraveghere/sferă de activitate;
- consumatorul de credite/protecția sa;
- clauzele abuzive din contractele de creditare bancară/efecte/eliminare.

Politicile publice presupun un ansamblu de instituții, instrumente și drepturi care să funcționeze ca un sistem eficient la nivelul întregii societăți⁸. Așa cum la nivel european vorbim de Comisie, Parlament și Consiliu, instituții implicate în politica de protecție a consumatorului încă din 1986, odată cu adoptarea A.U.E., ar trebui ca pe plan intern Parlamentul și guvernul să determine cadrul politicii de protecție a consumatorului prin programe, planuri și strategii. În ceea ce privește instrumentele, acestea pot fi:

- legislative – toate categoriile de acte normative care să preia conținutul regulamentelor, directivelor, deciziilor și a Cărților albe sau verzi din domeniu;

a) regulamente, standarde, comunicări, inspecții;

b) asociații, comitete, consilii;

c) alte politici comune: concurență, transport, energie, mediu, PAC, politici sociale.

Conținutul drepturilor consumatorului, indiferent de domeniu, poate fi cantonat la: protecția sănătății și siguranței; protecția intereselor economice, informare sigură și educație, despăgubiri, reprezentare la nivel național și european⁹.

Consumatorul de credite – ne referim, de fapt, doar la creditele bancare, cele mai vizibile – întrunește condițiile generale ale definiției date consumatorului; în plus, caracteristica acestui tip de consumator este cantonată de următoarele trei elemente: creditul bancar pe care a ales să îl consume, profesionistul care oferă acest tip de produs/serviciu și poziția sa față de cel cu care intră în raporturi juridice specifice (raporturi de drept bancar).

Între cele două tendințe firești ale sale – pe de o parte creșterea dorinței de securitate și de protecție din partea statului, pe de altă parte impunerea vocii și a participării sale la luarea deciziilor¹⁰ – consumatorul de credite ar trebui să aibă o conduită preventivă, de autoprotecție, care să se manifeste încă din etapa anterioară încheierii contractului de credit, și nu ulterior, când clauzele abuzive pot fi activate.

⁸ Pentru alte definiții, a se vedea și M.C. Profiroiu, E. Iorga, *Manual de politici publice*, Institutul pentru Politici Publice, București, 2009, p. 17; propunem și următoarea definiție: o politică publică reprezintă un ansamblu de măsuri luate de către o autoritate legală și responsabilă care vizează îmbunătățirea condițiilor de viață ale cetățenilor sau conceperea unor măsuri de stimulare a creșterii economice.

⁹ Politica privind protecția consumatorului, Phare RO- 2002/000-586-03.01.04.02, Formare inițială în afaceri europene pentru funcționarii publici din administrația publică centrală, Institutul European din România, 2005, p. 4.

¹⁰ Ramsay, I., *Consumer Law and Policy*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 14.

În sfârșit, clauzele abuzive sunt definite și ele în general, deoarece în orice contract încheiat cu un profesionist (în contractele de leasing, de telefonie, de furnituri în general) pot fi identificate clauze cu caracter abuziv (un singur act normativ se referă la creditele pentru consum, însă termenul de „bancă” nu apare în niciun titlu al vreunui act normativ)¹¹.

§ 3. Temeiul legal și autoritățile statului implicate în aplicarea legislației privind protecția consumatorului de credite

3.1. Temeiul legal al aplicării legislației privind protecția consumatorului

Intervenția puterii publice în procesul de protecție a consumatorilor se concretizează în două mari categorii de acțiuni: asigurarea unei legislații care să răspundă corespunzător necesităților generate de asigurarea protecției consumatorilor (bazată pe art. 53 și 195 al Tratatul. C.E., în prezent art. 169 al TFUE)¹², precum și pe art. 4 alin. (2) lit. (f) și art. 12, 114 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE) și art. 38 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene. Acestea ar trebui să asigure educarea consumatorilor și furnizarea de protecție juridică, ca fiind una dintre cele mai mari provocări, precum și organizarea unor instituții de specialitate care să vegheze asupra protecției consumatorilor¹³.

În plus, Programul pentru protecția consumatorilor – Programul privind acțiunea Comunității în domeniul politicii consumatorilor (2007-2013)¹⁴, constituie cadrul financiar care completează strategia. Textele sunt în curs de revizuire, deoarece la nivel european Parlamentul și Consiliul discută în prezent „O agendă a consumatorului european” și o propunere de regulament cu privire la un program privind protecția consumatorilor pentru perioada 2014-2020.

¹¹ A se vedea 3.1 Temeiul legal al aplicării legislației privind protecția consumatorului.

¹² Este vorba de Titlul XV, Protecția Consumatorilor, art. 169 (ex-articolul 153 TCE).

(1) Pentru a promova interesele consumatorilor și pentru a asigura un nivel ridicat de protecție a consumatorilor, Uniunea contribuie la protecția sănătății, a siguranței și a intereselor economice ale consumatorilor, precum și la promovarea dreptului acestora la informare, educare și organizare în vederea apărării intereselor lor.

(2) Uniunea contribuie la realizarea obiectivelor menționate la alineatul (1) prin:

(a) măsuri pe care le adoptă în temeiul articolului 114 în cadrul realizării pieței interne;

(b) măsuri care sprijină și completează politica desfășurată de statele membre și care asigură continuarea acesteia.

(3) Parlamentul European și Consiliul, hotărând în conformitate cu procedura legislativă ordinară și după consultarea Comitetului Economic și Social, adoptă măsurile prevăzute la alin. (2) lit. (b).

(4) Măsurile adoptate în temeiul alin. (3) nu pot împiedica un stat membru să mențină sau să stabilească măsuri de protecție mai stricte. Aceste măsuri trebuie să fie compatibile cu tratatele.

Acestea sunt notificate Comisiei.

¹³ Adunarea Generală a O.N.U. aproba încă din anul 1985 Rezoluția nr.39/248/ 1985- Principiile Directoare pentru Protecția Consumatorului.

¹⁴ Aprobat prin Decizia nr. 1926/2006/CE a Parlamentului și a Comisiei din 18 decembrie 2006 de stabilire a unui plan de acțiune comunitară în domeniul politicii de protecție a consumatorului, publicat în JO L 404/30 decembrie 2006, în vigoare până la 31 decembrie 2013. Programul a finanțat un număr de unsprezece acțiuni în domeniu.

Concomitent cu preocupările privind înființarea unor ministere, departamente, instituții publice și chiar institute naționale sau centre de cercetare științifică de specialitate, statele s-au îngrijit și de asigurarea unei legislații care să faciliteze și organizarea unor sisteme proprii consumatorilor privind protecția.

Dacă am stabilit mai sus că legislația cu caracter general privind consumatorii are temei legal tratatele institutive sau de modificare ale U.E., urmează să facem distincția între legislația europeană care protejează exclusiv consumatorul de credite și cea internă din același domeniu.

Așa că puteam realiza cea mai simplă taxonomie a legislației care asigură protecția consumatorilor de credite, după cum urmează:

A. sursele comunitare care reglementează contractele de credit și clauzele abuzive din aceste contracte:

- Directiva 93/13 CEE – privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii;

- Directiva 2008/48/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 23 aprilie 2008 privind contractele de credit pentru consumatori.

B. sursele interne; ele se referă la următoarele categorii de acte normative:

a. cu caracter general

- O.G.nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, republicată în 2008;
- H.G. nr. 32/2001 privind înființarea Autorității Naționale pentru Protecția Consumatorului (A.N.P.C.), ca organ de specialitate al administrației publice centrale;
- Legea nr. 296/2004 privind Codul consumului;
- Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii;

• O.U.G. nr. 174/2008 de modificare a legislației privind protecția consumatorului;

• Legea nr. 76/2012 privind punerea în aplicare a Codului de procedură civilă.

b. norme speciale care asigură exclusiv protecția consumatorului de credite:

- Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori, republicată în august 2012 (Anexa – listă);
- Legea nr. 289/2004 privind regimul juridic al contractelor de credit pentru consum destinate consumatorilor, persoane fizice (în prezent abrogată);
- Normele de aplicare a Legii nr. 289/2004 privind regimul juridic al contractelor de credit pentru consum destinate consumatorilor, persoane fizice;
- O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori, aprobată prin Legea nr. 288/2010;
- Legea nr. 161/2010 pentru modificarea art. 84 din Legea nr. 286/2004 privind Codul consumului și a Legii nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori.

3.2 Autoritățile cu atribuții în domeniul politicilor publice de protecție a consumatorului

Precizăm că noțiunea de consumator cuprinde categorii pe care dreptul european al consumatorului le definește nu numai prin prisma obiectului consumului; însă acest criteriu este utilizat în mod frecvent pentru delimitarea acestora- consumatorul de energie

electrică, gaze, internet, servicii mass-media, publicitate, comerț electronic, servicii bancare, transport în comun, evenimente ș.a.¹⁵.

Înainte de a trece la analiza autorităților publice care ar trebui să aplice legislația evidențiată mai sus și să se obțină, ca urmare, eficiență, să cităm dintr-un raport al Autorității Naționale pentru Protecția Consumatorilor – A.N.P.C. care arată că „recent (martie 2013) problemele pe care le întâmpină fiecare client/consumator la bancă nu reușesc să se desprindă din această enumerare devenită clasică: comunicare defectuoasă a ofițerilor de credit cu consumatorii, nerespectarea modului de redactare a contractelor de credit, nerespectarea modului de redactare a materialelor publicitare, neprezentarea tuturor informațiilor privind condițiile de acordare și costul creditului.

Ar fi locul să enumerăm aici următoarele autorități statale: guvernul, cu atribuții generale, Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor – A.N.P.C., ca organism specializat și, acționând în paralel, ca autoritate independentă, Banca Națională a României. Obiectul unei discuții separate îl poate face Consiliul Concurenței.

Guvernul ar avea de asigurat cadrul legislativ, respectiv actele normative și desfășurarea unei activități de control și verificare, precum și aplicarea de sancțiuni. În ceea ce privește structura sa, până la investirea actualului guvern, funcționa o direcție de Politici Publice cu misiunea de a îmbunătăți sistemul de elaborare, coordonare și planificare a politicilor publice la nivelul administrației centrale. În prezent, această direcție nu mai există.

Autoritatea Națională Pentru Protecția Consumatorului – A.N.P.C., în calitate de principala autoritate a statului cu care consumatorul de credite pornește în lupta inegală cu băncile, are, din start, marele handicap exprimat de lipsa specialiștilor, a celor care aflați în fața instanțelor de judecată au ca adversari reductabili marile case de avocatură pe care pârâții/bănci le angajează. Acesta să fie motivul pentru care președintele Asociației Române a Băncilor a solicitat, printre altele, legislativului, ca numai această autoritate să poată ataca în instanță clauzele abuzive?

Pe lângă A.N.P.C., în calitate de organism specializat, funcționează încă din 2001, *Comitetul Interministerial pentru Supravegherea Pieței Produselor și Serviciilor*, cu scopul de a dezvolta și perfecționa sistemul național de supraveghere a pieței din domeniu. Organism fără personalitate juridică, constituit prin H.G. nr. 681/2001¹⁶ ar fi avut de urmărit armonizarea mecanismelor și instituțiilor vizând piața internă a produselor și serviciilor și asigurarea protecției consumatorilor. Concret, ar fi trebuit să faciliteze colaborarea dintre autoritățile administrației centrale, pe de o parte, respectiv dintre guvern, ministere, autorități, structuri centrale pe care încercăm să le identificăm. Pe de altă parte, ar fi trebuit să asigure legătura dintre aceste structuri centrale și structurile civile¹⁷.

¹⁵ La nivelul anului 2009 “cei mai nemulțumiți erau consumatorii de energie electrică, transport în comun și servicii bancare”, atrăgea atenția comisarului pentru protecția consumatorului, M. Kuneva, ca urmare a publicării unui raport al Comisiei Europene- sursa: <http://www.ziare.com/preturi/rca/consumatorii-europeni-sunt-nemulțumiti-de-serviciile-bancare-653241>

¹⁶ M. Of. nr. 437 din 6 august 2001, modificată prin H.G. nr. 144/2004 și prin H.G. nr. 1311/2001.

¹⁷ În completarea acestor măsuri a intrat în vigoare Ordinul OFPC nr.256/2000 pentru aprobarea criteriilor de evaluare și selectare a asociațiilor pentru protecția consumatorilor care înființează și în care funcționează centre de consultanță și informare a consumatorilor, precum și a modelului de convenție încheiat, M. Of. nr. 508 din 17 octombrie 2000.

Amintim doar, fără să insistăm – deoarece nu are atribuții vis-à-vis de tema propusă o instituție care are rolul unui mediator; este vorba de Centrul European al Consumatorilor din România – E.C.C. România, care face parte din Rețeaua Centrelor Europene ale Consumatorilor și are competență numai în soluționarea pe cale amiabilă a litigiilor transfrontaliere de consum, respectiv a acelor litigii ivite ca urmare a achiziționării de către un consumator rezident în România a unor produse/servicii defectuoase de la un operator economic cu sediul într-un stat membru al U.E., altul decât România, precum și acele litigii ivite ca urmare a achiziționării de către un consumator rezident într-un alt stat membru al U.E. a unor produse/servicii defectuoase de la un operator economic cu sediul în România.

Tot cu titlu informativ, deoarece nu s-a reușit să se identifice, între activitățile desfășurate, și activități legate de subiectul propus, evidențiem înființarea centrelor de consultanță și informare a consumatorilor prin H.G. nr. 712/2008 de aprobare a Regulamentului de organizare și funcționare a centrelor de consultanță și informare a consumatorilor, precum și modul de constituire a surselor de finanțare a acestora^{18 19}.

Ar fi trebuit să adăugam aici și *Banca Centrală a României, B.N.R.*, ca un fel de autoritate imparțială ce urmărește atât înfăptuirea politicii statului și a atribuțiilor sale europene, cât și asigurarea unui echilibru între bănci, pe de o parte, și între acestea și clienții lor, pe de altă parte. Este adevărat că, devenind autoritate publică independentă (în loc de autoritate administrativă autonomă)²⁰, s-ar putea crede că a intervenit îndepărtarea Băncii Naționale a României din rândul autorităților administrației publice, deși o astfel de definiție a fost necesară pentru a sublinia lipsa de dependentă față de factorul politic. În prezent, banca centrală nu are o poziționare clară față de problematica protecției consumatorului. La o primă vedere, luând ca argument faptul că înfăptuiește politica bancară a statului prin reglementare, autorizare și supraveghere s-ar putea crede că ar avea un cuvânt de spus în prezentul conflict declanșat între bănci și consumatorii de credite. Ar fi fost de așteptat ca B.N.R. să pună umărul la limpezirea situației, la creșterea apetitului consumatorului pentru credite. Pe de altă parte, este adevărat că Statutul B.N.R. nu prevede expres sarcini conform cărora aceasta să conlucreze în vreun fel cu A.N.P.C.-ul, de exemplu. Surprinzător, iată că B.N.R. intervine în sprijinul băncilor atunci când se solicită autorității executive și F.M.I. prorogarea termenului de punere în aplicare a Legii nr. 76/2012 și aduce ca argumente punerea în pericol a stabilității financiare și pierderile băncilor. Ea nu numai că nu s-a opus aplicării acestei măsuri dar a făcut lobby pentru a nu se valida aceste acte normative²¹.

¹⁸ Se aproba în anul 2008 înființarea unui singur centru de consultare și informare.

¹⁹ Amintim aici, cu rol consultativ, Comisia pentru Clauze Abuzive, înființată prin Ordinul nr. 531/2001 al Președintelui A.N.P.C. Ea are rolul de a analiza și evalua contractele standard pentru servicii de interes public sau cele care se adresează unui număr mare de consumatori, în vederea emiterii unui punct de vedere consultativ.

²⁰ Sabău-Pop, I., Hodoș, R.F. *Câteva considerații asupra naturii juridice a răspunderii B.N.R. în cazul unor norme de ordin tehnic*, în „Revista Transilvană de Studii Administrative”, nr. 1(21)/2008, p. 126.

²¹ Colocviul „Consecințe juridice generate de intrarea în vigoare a modificărilor Legii nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori”, în cadrul Colocviilor juridice ale B.N.R., ed. a IX-a, martie 2013.

*Consiliul Concurenței*²², în calitate de autoritate națională în domeniul concurenței efectuează investigații cu privire la activități care încalcă legislația concurenței, la cerere sau din oficiu. În domeniul protecției consumatorului autoritatea are obligația să răspundă organizațiilor pentru protecția consumatorilor, cărora le va comunica punctul de vedere asupra aspectelor din domeniul politicii concurențiale. Cu privire la activitatea bancară au fost efectuate două investigații (între 2008-2012), una privitoare la comisioanele interbancare, cealaltă privind comportamentul băncilor la stabilirea indicilor de piață monetară.

În primul caz, raportul, aflat în luna mai 2013 în dezbatere publică, își propunea să discute cu reprezentanții B.N.R. și ai guvernului în vederea identificării măsurilor celor mai eficiente ce pot duce la scăderea costurilor transferurilor bancare cu card (costuri aflate printre cele mai mari din Europa)²³.

În cel de la doilea, autoritatea a dispus sancțiuni dar, din conținutul raportului, nu rezulta dacă băncile investigate și-au transmis informații confidențiale cu scopul de a stabili anumiți indici, respectiv dacă au încălcat principiile concurenței loiale.

În niciuna dintre situații nu a fost implicată Autoritatea pentru Protecția Consumatorilor, având în vedere că atât cuantumul ridicat al comisioanelor, cât și valoarea indicilor care se afla la baza calculării costurilor depozitelor și creditelor – e vorba de ROBOR și ROVID – îi afectează direct pe consumatori.

Instanțele de judecată

Care este situația instanțelor de judecată, în calitate de autorități cu funcție evidentă în politica publică a statului?

Începând cu anul 2010 și continuând, mai acut, cu august 2012, instanțele au fost puse în fața unei stări de fapt caracterizate printr-o avalanșă de litigii având ca nucleu clauzele abuzive inserate în contracte (de credit bancar, dar nu numai, și de furnizare de servicii etc.). Reclamantii au fost fie consumatori persoane fizice care au introdus acțiuni în instanță, solicitând, în mod direct, anularea clauzelor cu caracter abuziv, fie asociații pentru protecția consumatorilor.

În varianta a doua, asociațiile au introdus acțiuni pentru constatarea caracterului abuziv al clauzelor inserate în contracte, la solicitarea consumatorului care s-a adresat mai întâi acestora. Dacă asociația efectua un control asupra contractelor bancare și constata că sunt inserate clauze cu caracter abuziv, întocmea un proces-verbal și amenda banca. Apoi banca ataca în instanță actul constator și, pe cale de consecință, clauzele abuzive erau sau nu anulate.

Se observă că asociațiile au acționat în două moduri- fie au introdus acțiuni la tribunal în locul consumatorului, fie au sancționat banca, constatând ele însele caracterul abuziv.

Conform art. 38 din Legea nr. 76/2012 **asociațiile pentru protecția consumatorilor** au posibilitatea să atace în instanță clauzele abuzive din contracte. În situația în care

²² Autoritatea Română de Concurență (Consiliul Concurenței) a fost înființată prin Legea nr. 21/1996 a concurenței, republicată.

²³ Comisia Europeană (CE) va propune limitarea comisioanelor interbancare pe care băncile și furnizorii de servicii de plată le pot percepe retailerilor la tranzacțiile prin carduri la 0,2% și 0,3%, potrivit unui document preliminar al executivului comunitar, obținut de Bloomberg, urmând ca în România această limitare să aibă loc peste doi ani. Accesat în iulie 2013, pe <http://www.wall-street.ro/articol/Finante-Banci/151513/comisia-europeana-comisioane-retaileri.html#ixzz2a3Yzrdzw>.

acestea vor fi declarate abuzive, atunci profesionistul va fi obligat să elimine clauzele din **toate** contractele aflate în curs de executare și din cele preformulate. De asemenea, procesele se vor judeca la tribunalul de domiciliu al profesionistului, cu **o singură cale de atac** la Curtea de Apel. Ca urmare a noilor reglementări, dispozițiile articolului 38 se vor aplica de abia de la 1 octombrie 2013, și nu din 1 iulie, așa cum era prevăzut inițial. Observăm că tribunalul și Curtea de Apel dețin rolul principal, chiar dacă băncile, în scrisoarea deschisă invocată solicitau ca, pentru unificarea practicii judecătorești, cauzele să ajungă pe rolul ÎCCJ. Pe de altă parte, Legea nr. 214/2013 face referire la faptul că, dacă instanța constată că în contract nu sunt clauze abuzive, atunci va anula procesul-verbal anexat la cererea de chemare în judecată, lucru care urmează să se aplice în procesele începute în perioada **15 februarie – 30 septembrie 2013**. Potrivit fostelor reglementări, acest lucru era valabil pentru procesele începute între 15 februarie și 30 iunie 2013.

Urmând proceduri diferite, având diferite modalități de acțiune, nu e de mirare că soluțiile date de instanțe au fost și sunt diferite. Rămâne să activăm la acest moment al analizei noțiunea de eficiență a politicii publice de protecție a consumatorului de credite în aceste condiții concrete ale soluționării în instanță a conflictului, dar să răspundem ulterior la întrebarea „în ce constă eficiența”?

În ceea ce privește subiectul pasiv, pârâții se regăsesc în situația generică de profesioniști bancari – respectiv de bănci/instituții de credit, urmând să fie obligați să anuleze clauzele abuzive din contracte (atunci când atacă procesele-verbale de sancționare au calitate procesuală activă și ne aflăm într-o altă situație).

Facem o singură precizare referitoare la calitatea procesuală de pârât, în vederea argumentării afirmațiile de mai sus privitoare la Banca centrală, entitate ce deține nu numai o poziție paralelă, detașată față de acest conflict mocnit, atunci când dorește, ci și o poziție activă în momentul în care interesele sale se activează. B.N.R. s-ar putea afla, de la 1 octombrie 2013, în calitate de pârâtă în fața instanțelor, fie civile-comerciale, fie de contencios²⁴.

§ 4. Alte subiecte implicate în protecția consumatorului de credite –asociațiile

Principiul de bază promovat de către organizațiile și asociațiile consumatorilor constă în aceea că orice consumator are dreptul, între altele, la o justă reparare a diferitelor pagube generate de achiziționarea sau consumarea anumitor produse, printr-un sistem de proceduri rapide, eficiente și puțin costisitoare²⁵.

²⁴ Iată ce se afirma de către reprezentantul unei case de avocatură: “De asemenea, va fi deschisă o acțiune și împotriva B.N.R., deoarece și banca națională este vinovată de clauzele abuzive din contracte. Vom da în judecată și B.N.R., întrucât, conform unor hotărâri ale Tribunalului București obținute de noi în procesele colective din anii 2010-2013, nu doar băncile comerciale sunt culpabile pentru inserarea în contract și utilizarea de clauze abuzive, ci și B.N.R., care a autorizat prealabil aceste produse bancare împănate cu clauze abuzive”.

²⁵ Bostan I., Burciu A., Grosu V., *Consumatorismul și politicile privind protecția consumatorului în spațiul comunitar în Economie teoretică și aplicată*, volumul XVII (2010), No. 4(545), pp. 17-32.

Un exemplu în acest sens este Asociația pentru Protecția Consumatorilor din România (A.P.C. România), care a fost înființată în anul 1990, dobândind personalitate juridică prin sentința civilă nr. 500 din 28 februarie 1990 a Judecătoriei Sectorului 1 București. La data respectivă a fost prima organizație neguvernamentală cu preocupări în domeniul protecției consumatorilor. De asemenea, în România a luat ființă Asociația Națională pentru Protecția Consumatorilor și Promovarea Programelor și Strategiilor din România. Aceasta are ca scop susținerea și apărarea drepturilor fundamentale și intereselor legitime ale consumatorilor, precum și derularea la nivel național a unor programe axate pe protecția consumatorilor și promovarea produselor și serviciilor din România.

Particularități ale regimului juridic al organizațiilor cooperatiste de credit¹

Lector univ. dr. Lavinia Elena SMARANDACHE²
Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept și Științe Sociale



Features of the legal regime of credit co-operative organizations

Abstract:

In the national legal system, credit co-operative organisations represent a category of credit institutions, Romanian legal persons. For this species, the legal regime of the type they belong to can be approached from several perspectives. Such special aspects are mainly revealed in the definition, regulatory framework, establishment process, shares, activity, statutory bodies or prudential supervision of the National Bank of Romania. On the whole, they outline for credit co-operative organisations, a hybrid legal regime requiring a careful analysis.

Keywords: credit co-operative organisation; legal regime; credit institutions.

§ I. Particularitățile reglementării și definirii

În prezent, organizațiile cooperatiste de credit reprezintă o categorie a instituțiilor de credit, persoane juridice române. La nivel normativ acest statut le este recunoscut de O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului³ (art. 3) care este Legea-cadru a instituțiilor de credit. Ca și în cazul celorlalte forme concrete de instituții de credit (băncile; băncile de economisire și creditare în domeniul locativ; băncile de credit ipotecar), titulatura și regimul lor juridic au variat de-a lungul timpului, reflectând permanent amprenta contextului istorico-socio-economic național⁴.

¹ Acknowledgment: "Această lucrare a fost finanțată din contractul POSTDRU/89/1.5/S/61968, proiect strategic ID 61968 (2009), cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013".

² Membru al Centrului de Cercetări Juridice de Drept Privat din Craiova.

³ Publicată în M. Of. nr. 1.027 din 27 decembrie 2006, aprobată, modificată și completată prin Legea nr. 227/2007 pentru aprobarea O.U.G. nr. 99/2006 (M. Of. nr. 480 din 18 iulie 2007), cu modificările și completările ulterioare.

⁴ Pentru detalieri ale evoluției acestor instituții juridice, V. Axenciuc, *Evoluția economică a României. Cercetări statistico-economice 1859-1947, Vol. III. Monedă – Credit – Comerț – Finanțe publice*, Ed.

Organizațiile cooperatiste de credit se pot constitui, organiza și funcționa doar sub forma cooperativelor de credit și a casei centrale a cooperativelor de credit la care acestea sunt afiliate, afilierea la o casă centrală fiind obligatorie. *Definițiile* consacrate de legiuitor, atât generic organizațiilor cooperatiste de credit, cât și fiecareia dintre componentele acestora, reia soluția uzitată în cazul definiției instituției de credit⁵, respectiv definirea subiectului de drept prin intermediul obiectului de activitate, acesta fiind cel care imprimă specificitatea acestor tipuri de entități juridice.

În considerarea dispozițiilor O.U.G. nr. 99/2006⁶, organizațiile cooperatiste de credit sunt asociații autonome, apolitice și neguvernamentale, care desfășoară activități specifice instituțiilor de credit în scopul întraajutorării membrilor acestora. Dintre acestea, *cooperativa de credit* reprezintă acea instituție de credit constituită ca o asociație autonomă de persoane fizice unite voluntar în scopul îndeplinirii nevoilor și aspirațiilor lor comune de ordin economic, social și cultural, a cărei activitate se desfășoară, cu precădere, pe principiul întraajutorării membrilor cooperatori. În schimb, *casa centrală a cooperativelor de credit* desemnează acea instituție de credit constituită prin asocierea de cooperative de credit, în scopul gestionării intereselor lor comune, urmării centralizate a respectării dispozițiilor legale și a reglementărilor-cadru, aplicabile tuturor cooperativelor de credit afiliate, prin exercitarea supravegherii și a controlului administrativ, tehnic și financiar asupra organizării și funcționării acestora.

Practic legiuitorul național a consacrat, atât la nivel de gen (al însăși organizației cooperatiste de credit), cât și la nivel de specie (al cooperativelor de credit și al casei centrale a acestora), definițiile lor ca asociații. Formulările nu sunt întâmplătoare și nici lipsite de consecințe juridice, definirea ca asociații părănd soluția firească raportat la parcursul istoric al structurilor cooperatiste, în general definite astfel în considerarea tipologiei lor. O posibilă explicație ar fi realitatea că entitățile cooperatiste de credit, independent de titulatura purtată de-a lungul timpului, au fost și sunt expresia îmbinării unor elemente caracteristice, care le conferă specificitate și țin de esența lor ca subiecte de drept de tip cooperatist, cu elemente din materia societăților și asociațiilor. În acest context dobândește sens caracterul hibrid al regimului lor juridic, în sensul existenței unor incontestabile trăsături proprii definitorii, dar și al asimilării unor trăsături ce aparțin altor entități care le-au precedat ca apariție în ordinea juridică națională.

Apartenența organizațiilor cooperatiste de credit la instituțiile de credit, persoane juridice române, este cea care justifică și determină incidența unor reguli comune, general valabile pentru toate categoriile de instituții de credit, fără a exclude însă particularitățile fiecărei forme concrete sub varii aspecte, de la constituire, funcționare până la activitățile concrete pe care le poate derula sau clientela căreia i se adresează.

În ceea ce privește *reglementarea* organizațiilor cooperatiste de credit, cadrul legislativ incident instituțiilor de credit, persoane juridice române, este completat de propriile acte

Academiei Române, București, 2000, în principal pp. 48-208; M. Bratiș, *Constituirea societății comerciale pe acțiuni*, Ed. Hamangiu, București, 2008, pp. 11-13; L.E. Smarandache, *Interogații, controverse și elemente de specificitate în materia persoanelor juridice de tipul instituțiilor de credit*, în *Pandectele Române* nr. 9/2012, Ed. Wolters Kluwer, București, pp. 13-24.

⁵ Potrivit art. 7 alin. (1) pct. 10 din O.U.G. nr. 99/2007, prin *instituție de credit* se înțelege doar „o entitate a cărei activitate constă în atragerea de depozite sau de alte fonduri rambursabile de la public și în acordarea de credite în cont propriu”.

⁶ Art. 333, art. 334 lit. a)-b), art. 355.

constitutive, de reglementările interne⁷, de reglementările profesionale (în anumite situații) și, ca particularitate, de reglementările-cadru emise de casa centrală⁸. Astfel, implicit în cazul instituțiilor de credit de tipul organizațiilor cooperatiste de credit, apariția și întreaga existență în circuitul juridic devine expresia unui melanj complex și unic, în principal, dintre voința legiuitorului național și/sau european, voința membrilor și deciziile organelor statutare competente ale acestora⁹.

Deoarece constituie un element specific, reținem anumite delimitări în privința *reglementărilor-cadru emise de casa centrală*. Acestea au accepțiunea de regulamente, norme și instrucțiuni emise de o casă centrală în exercitarea atribuțiilor sale prevăzute de lege, obligatorii pentru toate cooperatistele de credit afiliate la aceasta, în vederea desfășurării activității în cadrul rețelei cooperatiste, în mod unitar și în conformitate cu cerințele legii și ale reglementărilor Băncii Naționale a României emise în aplicarea acestora.

Dispozițiile O.U.G. nr. 99/2006¹⁰ nominalizează anumite tipuri de astfel de reglementări-cadru emise de casa centrală, precum: 1) reglementările-cadru pentru organizarea activității în cadrul rețelei; 2) reglementările-cadru privind modul de constituire și de utilizare, precum și nivelul rezervei mutuale de garantare; 3) reglementările-cadru privind desfășurarea operațiunilor de plăți între cooperatistele de credit afiliate; 4) reglementările-cadru pentru exercitarea atribuțiilor pe linia supravegherii cooperatistelor de credit afiliate; 5) reglementările-cadru privind acele modificări efectuate la nivelul cooperatistelor de credit față de condițiile care au stat la baza autorizării acestora pentru care este necesară aprobarea prealabilă a casei centrale – altele decât cele prevăzute în O.U.G. nr. 99/2006 sau cele supuse aprobării Băncii Naționale a României potrivit reglementărilor acestora –, precum și modificările pentru care notificarea ulterioară este suficientă; 6) reglementările-cadru pentru asigurarea respectării cerințelor reglementărilor emise în aplicarea O.U.G. nr. 99/2006 la nivelul întregii rețele.

În considerarea art. 382 din legea cadru a instituțiilor de credit, dacă reglementările-cadru emise de casa centrală și cadrul legal sunt cele care guvernează organizarea întregii activități a organizațiilor cooperatiste de credit, prin actul constitutiv-cadru și reglementările-cadru, casa centrală trebuie să asigure implementarea în mod unitar, la nivelul întregii rețele cooperatiste, a unui cadru de administrare, a unor procese de identificare, administrare, monitorizare și raportare a riscurilor și a unor mecanisme de control intern, care să asigure respectarea cerințelor O.U.G. nr. 99/2006 și a reglementărilor emise în aplicarea acestora. Reglementările-cadru elaborate de casa centrală sunt aprobate, de regulă, de consiliul de administrație, respectiv de directoratul casei centrale, iar, pe cale de excepție, de Banca Națională a României.

Alături de actele constitutive și de reglementările interne ale organizațiilor cooperatiste de credit, reglementările-cadru emise de casa centrală se transmit Băncii Naționale a României, în condițiile prevăzute prin reglementările acesteia emise în baza¹¹ O.U.G. nr. 99/2006

⁷ Pe această temă, D.-M. Mănescu, *Regimul juridic al societăților bancare*, Ed. Hamangiu, București, 2009, pp. 15 și 16.

⁸ Avem în vedere, în principal, dispozițiile art. 334 lit. d), art. 380 alin. (1), art. 381, art. 382 alin. (2), art. 386 și art. 373 alin. (2) din O.U.G. nr. 99/2006.

⁹ Pentru o abordare detaliată, L.E. Smarandache, *Regimul juridic al instituțiilor de credit, persoane juridice române, în context european*, Ed. Hamangiu, București, 2013, pp. 5-23.

¹⁰ Art. 337 alin. (1) lit. b) și h), art. 359 alin. (1), art. 373 alin. (2), art. 379 alin. (1), art. 386 alin. (1).

¹¹ Art. 337 alin. (1) lit. h).

(art. 381). De asemenea, casa centrală a cooperativelor de credit are ca atribuție principală, inclusiv informarea cooperativelor de credit afiliate despre reglementările emise în aplicarea O.U.G. nr. 99/2006.

§ II. Particularitățile procesului de înființare

Diferit de situația majorității persoanelor juridice române, constituirea unei instituții de credit, indiferent de forma sa concretă, devine un veritabil proces de înființare¹². În sinteză, acesta presupune întrunirea cumulativă a tuturor condițiilor stabilite de lege pentru actul de înființare, procesul de autorizare și înregistrarea instituțiilor de credit¹³. De asemenea, procesul de înființare este guvernat de două limite reglementate prin norme imperative, respectiv cele constând în forma juridică de constituire și în procesul de autorizare.

În cazul organizațiilor cooperatiste de credit, multe dintre elementele complexului, procesul de înființare a unei instituții de credit beneficiază de note de particularitate imprimare de legislația în materie. Deoarece diversitatea unor astfel de aspecte specifice nu poate fi abordată de o manieră rezonabilă într-un studiu de tipul celui de față, optăm pentru această ocazie doar să surprindem câteva dintre acestea.

Limita materializată în *forma juridică de constituire* pune în evidență o astfel de particularitate a organizațiilor cooperatiste de credit. Diferit de cazul băncilor, băncilor de credit ipotecar și băncilor de economisire și creditare în domeniul locativ, care se constituie sub forma juridică a societății pe acțiuni, pentru organizațiile cooperatiste de credit legiuitorul¹⁴ a statuat că, în măsura în care nu se dispune altfel prin O.U.G. nr. 99/2006, „constituirea, funcționarea, modificarea actului constitutiv, dizolvarea, fuziunea, divizarea și lichidarea organizațiilor cooperatiste de credit urmează regimul societăților pe acțiuni” consacrat de Legea societăților nr. 31/1990.

Conexat caracterului hibrid al regimului juridic al organizațiilor cooperatiste de credit, interpretarea sistematică a dispozițiilor O.U.G. nr. 99/2006 rezervate acestora și interpretarea gramaticală a formulării „urmează regimul juridic al societății pe acțiuni” evidențiază intenția legiuitorului de a menține numeroasele elemente caracteristice și diferențiatore ale acestor instituții de credit față de celelalte astfel de subiecte de drept, neasimilându-le societății pe acțiuni, ci doar atribuindu-le regimul juridic de drept comun al acesteia în completarea și în măsura în care nu derogă de la regimul lor juridic special consacrat de legislația bancară¹⁵.

În ceea ce privește aplicarea regimului societății pe acțiuni organizațiilor de credit, deși sunt definite ca asociații și sunt înregistrate în registrul societăților cooperatiste, apreciem că situația este explicabilă nu printr-o ficțiune juridică, ci prin tehnica legislativă a împrumutului de regim juridic realizată prin mecanismul trimiterii la anumite norme juridice. După cum s-a

¹² Pe această temă, L. Săuleanu, L. Smarandache, A. Dodocioiu, *Drept bancar*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2011, pp. 114-137; L.E. Smarandache, *Regimul juridic al instituțiilor (...)*, pp. 78-150.

¹³ Pentru abordarea acestei tematici, L.E. Smarandache, *Dobândirea personalității juridice de către instituțiile de credit în contextul noului Cod civil și a legislației speciale*, în *Pandectele Române* nr. 1/2012, pp. 53-64.

¹⁴ Art. 32 alin. (1), art. 287 alin. (1), art. 319 și art. 351 alin. (1) din O.U.G. nr. 99/2006.

¹⁵ Pentru identificarea unor posibile explicații în materie, L.E. Smarandache, *Regimul juridic al instituțiilor (...)*, pp. 40 și 41.

reținut în doctrină, dacă „pe calea ficțiunii, două instituții distincte sunt considerate identice”, „prin trimitere se împrumută un anume regim juridic”, justificarea constând „în existența unei analogii”. În cazul împrumutului de regim juridic, identificarea dintre două cazuri „privește doar aplicarea aceluiași regim juridic și nu natura cazurilor” ca în prezența ficțiunii¹⁶.

La nivel general, în cazul instituțiilor de credit limita materializată în *procesul de autorizare* implică prezența a două etape obligatorii și interdependente, respectiv: aprobarea constituirii ca instituție de credit, persoană juridică română, de către Banca Națională a României și autorizarea funcționării instituției de credit, persoană juridică română, de către banca centrală în vederea desfășurării activității în România. De asemenea, trebuie să fie îndeplinite toate condițiile minime și cerințele generale de autorizare stabilite de legiuitor¹⁷. Procesul de autorizare deține un rol important la înființarea oricărei instituții de credit, persoană juridică română, deoarece acestea se pot constitui și pot funcționa pe teritoriul statului nostru numai pe baza autorizației emise în condițiile legii de Banca Națională a României.

Pentru instituțiile de credit de tipul organizațiilor cooperatiste de credit, ambele etape ale procesului de autorizare prezintă o serie de particularități în ceea ce privește cererile adresate în acest sens Băncii Naționale a României și, mai ales, documentația standard aferentă ce va fi depusă în prima fază procedurală a fiecărei etape¹⁸. Explicația rezultă din modalitatea particulară de constituire a acestei categorii de instituții de credit. În situația caselor centrale care se autorizează, în mod colectiv, împreună cu toate cooperativele de credit din rețea propuse a se constitui, banca centrală va acorda autorizație casei centrale și cooperativelor de credit dintr-o rețea, numai dacă cerințele de autorizare sunt îndeplinite la nivelul casei centrale și a fiecărei cooperative de credit afiliate, precum și la nivelul întregii rețele cooperatiste¹⁹. În cazul cooperativelor de credit care se constituie și se afiliază la o casă centrală deja autorizată, acestea pot fi autorizate de Banca Națională a României, ca rezultat al parcurgerii celor două etape ale procesului de autorizare, numai pe baza acordului de afiliere acordat de casa centrală respectivă. În raport de aceste două situații posibile, faza procedurală a depunerii cererii și a documentației aferente implică demersuri specifice, reglementate pentru fiecare etapă în parte de Regulamentul B.N.R. nr. 11/2007.

Specificul procesului de înființare a instituțiilor de credit, materializat în schimbarea succesiunii clasice a înființării unei societăți în regimul Legii nr. 31/1990²⁰, este dublat în cazul casei centrale a cooperativelor de credit de particularitatea constând în intervenția unei plus în cazul primei sale secvențe²¹. În concret, redactarea proiectului său de act constitutiv

¹⁶ Pentru detalierea acestei analize comparative, I. Deleanu, *Ficțiunile juridice*, Ed. All Beck, București, 2005, pp. 29 și 30.

¹⁷ Pentru prezentarea acestora, L.E. Smarandache, *Regimul juridic al instituțiilor (...)*, pp. 101-113.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 116-118 și 123 și 124.

¹⁹ Cu luarea în considerare a diferențelor existente în materia condițiilor minime de acces la activitate ce vizează capitalul social și planul de activitate.

²⁰ Referirea vizează faptul că întocmirea actului constitutiv (prin redactarea sa și autentificarea sau darea de dată certă) și parcurgerea procedurii de atribuire a personalității juridice (prin realizarea înmatriculării în registrul comerțului) sunt supuse unor modificări datorate intervenției celor două etape obligatorii ale procesului de autorizare.

²¹ De regulă, secvențele antrenate de înființarea unei instituții de credit, persoană juridică română, respectă următoarea ordine: 1) redactarea proiectului de act constitutiv al instituției de credit; 2) realizarea formalităților ce preced și condiționează declanșarea procesului de autorizare, în cazul intervenției anumitor situații particulare prevăzute de legiuitor; 3) solicitarea la Banca Națională a României a aprobării constituirii

trebuie să fie însoțită și de *redactarea proiectului actului constitutiv-cadru al casei centrale a cooperativelor de credit*. Acesta din urmă este cel care va sta la baza elaborării actului constitutiv prin care se constituie cooperativele de credit afiliate la respectiva casă centrală²². Conform prevederilor O.U.G. nr. 99/2006²³, actul constitutiv-cadru reprezintă îndrumarul cu caracter obligatoriu privind înființarea, organizarea și funcționarea cooperativelor de credit afiliate la o casă centrală, elaborat de aceasta și aprobat de Banca Națională a României, care cuprinde prevederile minime pentru întocmirea actelor constitutive ale cooperativelor de credit afiliate, precum și regulamentul de organizare și funcționare a rețelei. Emiterea actului constitutiv-cadru de către casa centrală a cooperativelor de credit constituie una dintre atribuțiile sale principale prin exercitarea căreia asigură promovarea intereselor cooperativelor de credit afiliate.

În concret, similar oricărei instituții de credit, și actul de înființare al organizațiilor cooperatiste de credit pune în evidență, cu plusul menționat anterior, particularitatea că va dobândi formă finală abia după obținerea aprobării de constituire de la Banca Națională a României. În acest sens legiuitorul a stabilit ca, în etapa aprobării constituirii unei organizații de credit, să fie depus spre analiză la banca centrală proiectul actului constitutiv al casei centrale a cooperativelor de credit și proiectul actului constitutiv-cadru al acesteia (în cazul constituirii simultane a casei centrale și a cooperativelor de credit afiliate), respectiv proiectul actului constitutiv al cooperativelor de credit afiliate (în cazul constituirii cooperativelor de credit afiliate la o casă centrală deja autorizată). În schimb, în etapa autorizării funcționării unei organizații de credit, va fi depusă la Banca Națională a României forma finală a actului constitutiv al casei centrale a cooperativelor de credit (atunci când există o aprobare colectivă de constituire a rețelei cooperative), respectiv actul constitutiv al cooperativei de credit (atunci când aceasta se afiliază la o casă centrală deja autorizată).

Astfel, numai având ca bază proiectele de acte constitutive menționate va putea fi demarată prima etapă a procesului de autorizare a unei organizații cooperatiste de credit, iar ulterior, numai în baza actului constitutiv final, dublat de autorizația de constituire eliberată de Banca Națională a României, va putea fi demarată înregistrarea acesteia pentru a putea concretiza efectul constitutiv al înregistrării în registrul comerțului.

În ceea ce privește *actul constitutiv* al instituțiilor de credit, inclusiv de tipul organizațiilor cooperatiste de credit (atât în forma proiectului, cât și în forma finală) acesta trebuie să respecte condițiile de fond și condițiile de formă generale stabilite de lege pentru a fi considerat valabil încheiat²⁴, să dea expresie acelor elemente specifice oricărui act societar (aportul

instituției de credit, în acest scop fiind parcurse fazele procedurale specifice acestei etape; 4) constituirea instituției de credit, care a obținut aprobarea constituirii, în forma juridică permisă de lege prin finalizarea întocmirii actului constitutiv, sub aspectul redactării și încheierii în forma permisă de legiuitor, și prin înmatricularea în registrul comerțului; 5) solicitarea autorizării funcționării la Banca Națională a României în termen de cel mult două luni de la comunicarea hotărârii de acordare a aprobării de constituire, în acest scop fiind parcurse fazele procedurale specifice acestei etape.

²² Orice modificare ulterioară a actului constitutiv-cadru elaborat de casa centrală va fi supusă aprobării prealabile a Băncii Naționale a României, cu respectarea condițiilor stabilite de art. 13 din Regulamentul B.N.R. nr. 6/2008 privind începerea activității și modificările în situația instituțiilor de credit, persoane juridice române, și a sucursalelor din România ale instituțiilor de credit din state terțe, publicat în M. Of. nr. 296 din 16 aprilie 2008, cu modificările și completările ulterioare.

²³ Art. 334 lit. d).

²⁴ Art. 1.179 și 1.884 alin. (2) din Codul civil.

membrilor, *affectio societatis*, precum și realizarea și împărțirea profitului), precum și să conțină cel puțin clauzele minime obligatorii în conformitate cu legislația în domeniu²⁵. Inevitabil, în cazul organizațiilor cooperatiste de credit aceste elemente poartă, în grade diferite, amprenta specificului formei concrete în care sunt înființate, respectiv al cooperativei de credit sau al casei centrale a cooperativelor de credit.

În ansamblul său, pornind de la dispozițiile Legii nr. 31/1990, alocate clauzelor actului constitutiv al unei societăți, și completându-le cu cele incidente din O.U.G. nr. 99/2006, actul constitutiv al unei organizații cooperatiste de credit trebuie să conțină cel puțin clauzele care: a) identifică membrii; b) identifică viitoarea astfel de instituție de credit; c) surprind caracteristicile organizației cooperatiste de credit; d) fac precizări asupra organelor sale de administrare, conducere și gestiune; e) identifică drepturile și obligațiile membrilor; f) nominalizează sediile secundare, sucursalele, agențiile, reprezentanțele sau alte asemenea unități fără personalitate juridică, dacă acestea sunt înființate la constituire, sau condițiile pentru înființarea lor ulterioară, dacă se are în vedere o atare înființare; g) stabilesc modalitățile de dizolvare și lichidare; h) stabilesc diverse elemente obligatorii²⁶. Dintre aceste clauze, cu această ocazie vom reține doar câteva dintre elementele de specificitate care relevă, prin intermediul conținutului actului constitutiv, note de particularitate ale însuși regimului juridic al organizațiilor cooperatiste de credit

Un astfel de element îl reprezintă *titulatura, tipul și numărul persoanelor fondatoare* ale unei instituții de credit de tipul organizațiilor cooperatiste de credit. În cazul acestora discutăm exclusiv despre membri, calitatea menționată fiind deținută de toate persoanele fizice care înființează o cooperativă de credit, respectiv de toate persoanele juridice de tipul cooperativelor de credit afiliate la casa centrală a cooperativelor de credit. Potrivit O.U.G. nr. 99/2006 (art. 381) calitatea de membru cooperativ la o cooperativă de credit va putea fi deținută de orice persoană fizică care are capacitate deplină de exercițiu, are domiciliul/reședința/locul de muncă în raza teritorială de operare a cooperativei de credit, a semnat actul constitutiv al acesteia (ulterior înființării fiind suficientă acceptarea), respectiv a subscris și a vărsat cel puțin numărul minim de părți sociale care este stabilit prin actul constitutiv-cadru. Prin intermediul acestuia din urmă se pot reglementa și alte condiții pentru admiterea ca membru cooperativ.

La rândul său, numărul membrilor organizațiilor cooperatiste de credit cunoaște nuanțări. Elementul comun pentru cooperativele de credit și pentru casa centrală a cooperativelor de credit este numărul variabil de membri cooperatori sau, după caz, de cooperative de credit afiliate. În schimb, pentru cooperativele de credit, numărul minim de membri cooperatori fondatori, stabilit prin actul constitutiv-cadru, în baza căruia este elaborat actul lor constitutiv, nu poate fi mai mic de 1.000. Actul constitutiv-cadru poate prevedea posibilitatea constituirii unei cooperative de credit cu un număr minim de 100 de membri cooperatori fondatori, cu condiția ca aceștia să subscrie și să verse, în total, cel puțin 1.000 de părți sociale. În cazul caselor centrale, la baza actului lor constitutiv trebuie să stea asocierea a cel puțin 30 de cooperative de credit fondatoare.

²⁵ Art. 8 și art. 5 alin. (5) din Legea nr. 31/1990. Acestea vor fi adaptate la condițiile impuse de O.U.G. nr. 99/2006 și de celelalte legi care o completează. De asemenea, clauzele actului constitutiv pot fi însă completate de membri și cu alte clauze, dacă acestea nu sunt contrare dispozițiilor imperative ale legii.

²⁶ Pentru abordarea detaliată a clauzelor actelor constitutive ale unei instituții de credit în general, L.E. Smarandache, *Regimul juridic al instituțiilor (...)*, pp. 86-100.

Tot ca element de specificitate reținem și *denumirea organizațiilor cooperatiste de credit*. Acest atribut obligatoriu de identificare și de individualizare²⁷ cunoaște nuanțări față de regula aplicabilă firmei unei societăți pe acțiuni, potrivit căreia, aceasta se compune dintr-o denumire cu semnificație proprie și este urmată, după caz, de mențiunea „societate pe acțiuni”, scrisă în întregime sau „S.A.”. Concret, O.U.G. nr. 99/2006 a prevăzut că firma unei instituții de credit trebuie să conțină, în completarea denumirii proprii, sintagme edificatoare, introducând pe această temă anumite delimitări. Pentru o cooperativă de credit aceasta trebuie să cuprindă sintagma „cooperativă de credit” sau „bancă cooperatistă” și numele localității în care are sediul social. Cooperativele de credit din cadrul aceleiași rețele cooperatiste sunt obligate să asigure utilizarea unitară a uneia dintre sintagmele menționate anterior. În schimb, denumirea unei case centrale trebuie să cuprindă sintagma „casă centrală” sau „bancă centrală cooperatistă”.

Raportat la regimul general al instituțiilor de credit, particularități intervin și în sfera *capitalului social* al organizațiilor cooperatiste de credit. Pentru casa centrală care se autorizează, în mod colectiv, împreună cu toate cooperativele de credit din rețea propuse a se constitui, nivelul minim al capitalului agregat al unei rețele cooperatiste și al elementelor care intră în calculul acestuia se stabilesc de banca centrală prin reglementări, fără să poată fi mai mic decât echivalentul în lei a 5 milioane de euro. Pentru cooperativele de credit dintr-o rețea, Banca Națională a României este cea care poate să stabilească un nivel minim al capitalului inițial.

Deși pentru formarea capitalului social membrii trebuie să aducă exclusiv aporturi în numerar²⁸, vărsarea acestora este influențată de caracterul variabil al capitalului social. Intervine astfel o derogare de la regula ce guvernează instituțiile de credit potrivit căreia aporturile trebuie vărsate integral la momentul subscrierii într-un cont deschis la o instituție de credit, rămânând blocat până la înmatricularea instituției de credit, persoană juridică română, în registrul comerțului.

În scopul formării capitalului social al unei case centrale a cooperativele de credit, fiecare dintre cooperativele de credit afiliate trebuie să subscrie și să verse părți sociale în valoare de minimum 20% din capitalul lor social. Pe parcursul funcționării, în funcție de valoarea capitalului social înregistrat la sfârșitul exercitiului financiar de către fiecare cooperativă de credit, valoarea participației la capitalul casei centrale se va recalcula, iar diferențele constatate se regularizează în termen de 90 de zile de la sfârșitul exercitiului financiar.

Pentru cooperativele de credit, legiuitorul a impus și ca participația fiecărui membru cooperatist la capitalul unei cooperative de credit să nu se situeze la un asemenea nivel încât retragerea membrului cooperatist respectiv să aibă un impact semnificativ asupra situației financiare a întregii rețele, care în acest fel nu ar mai putea funcționa în condiții de respectare a cerințelor de prudență bancară, cum ar fi cerințele privind capitalul agregat minim și numărul minim de cooperative de credit dintr-o rețea²⁹.

²⁷ Pentru tratarea condițiilor de validitate, I. Băcanu, *Firma și emblema comercială*, în *Revista de Drept Comercial* nr. 3/1998, pp. 22-26.

²⁸ În doctrină a fost exprimată opinia potrivit căreia, ratiunea legii în derogarea de la principiul libertății aporturilor își găsește justificarea în interesul sporit în a oferi o garanție consistentă tertilor, dar și pentru a asigura, într-o manieră impusă, securitatea creditului comercial. În acest sens, M. Bratiș, *op. cit.*, p. 198.

²⁹ Art. 51 din Regulamentul B.N.R. nr. 11/2007.

Tot în sfera capitalului social al organizațiilor cooperatiste de credit, subliniem faptul că acesta nu este divizat în acțiuni, ca în cazul celorlalte forme de instituții de credit, ci este divizat în părți sociale nominative de valoare egală. Conform O.U.G. nr. 99/2006 (art. 353), valoarea nominală a unei părți sociale trebuie stabilită prin actul constitutiv-cadru, dar nu poate fi mai mică de 10 lei.

În materia *componentei și structurii organului de administrare și/sau de conducere*, legiuitorul a introdus o regulă derogatorie de la dreptul comun al societății pe acțiuni și, implicit, de la regimul juridic general al celorlalte instituții de credit. Ca regulă, dacă o instituție de credit optează pentru sistemul unitar de administrare, conducerea acesteia este delegată de către consiliul de administrație la cel puțin 2 directori, iar dacă instituția de credit optează pentru sistemul dualist de administrare, directoratul este format din cel puțin 3 membri. Prin excepție de la dispozițiile Legii nr. 31/1990, cooperativele de credit care au cel mult 5.000 de membri cooperatori pot desemna un singur administrator, care va trebui să delege atribuțiile de conducere cel puțin unui director sau, după caz, pot desemna un director general unic, sub controlul permanent al unei persoane care îndeplinește atribuțiile consiliului de supraveghere³⁰.

De asemenea, în cazul organizațiilor cooperatiste de credit, potrivit art. 356 din O.U.G. nr. 99/2006, la nivelul unei rețele cooperatiste de credit trebuie să se opteze pentru un singur sistem de administrare a organizațiilor cooperatiste de credit din rețea.

Referitor la clauzele din actul constitutiv alocate *modului de distribuire a profitului și de suportare a pierderilor* între membrii organizației cooperatiste de credit, acestea trebuie să reflecte modalitatea nominalizată de O.U.G. nr. 99/2006. Avem în vedere o altă particularitate față de regimul instituțiilor de credit care au forma juridică a societății pe acțiuni, la care acționarii au libertatea de a stabili această modalitate, în caz contrar aplicându-se regula ce decurge din art. 67 alin. (2) al Legii nr. 31/1990 [participarea la profit și la pierderi este proporțională cu partea fiecărui acționar din capitalul social vărsat³¹]. Diferit de această situație, în cazul organizațiilor cooperatiste de credit, titularii părților sociale (membrii cooperatori sau cooperativele de credit) sunt răspunzători pentru obligațiile organizației cooperatiste de credit în limita părților sociale subscrise, iar dividendele conferite de părțile sociale se plătesc membrilor cooperatori, respectiv cooperativele de credit afiliate, din profitul net, proporțional cu cota de participare la capitalul social și corespunzător perioadei de deținere a părților sociale în cursul exercitiului financiar.

Forma unei particularități este îmbrăcată și de situația *sediiilor secundare deschise la înființarea* instituției de credit. Pentru organizațiile cooperatiste mențiunea privitoare la acestea se va face în actul constitutiv al casei centrale, iar cooperativele de credit vor putea înființa sucursale doar în raza teritorială de operare proprie, stabilită prin actul constitutiv.

Referitor la *clauzele speciale obligatorii*, reținem faptul că O.U.G. nr. 99/2006 (art. 364 și art. 371) a reglementat în mod special pentru organizațiile cooperatiste de credit obligația de a fi inserate în actul lor de înființare anumite clauze.

Astfel, actul constitutiv al cooperativei de credit trebuie să includă, în afara celorlalte elemente prevăzute de lege, clauze referitoare la: a) condițiile și procedura de înscriere în

³⁰ Art. 383 din O.U.G. nr. 99/2006.

³¹ Pentru elementele de noutate în sfera regulilor care guvernează participarea la profit și la pierderi în cazul contractului de societate, a se vedea art. 1.902 C. civ.

cooperativă, inclusiv, dacă este cazul, taxă de înscriere, precum și modalitatea de soluționare a eventualelor plângeri față de refuzul de înscriere în cooperativă; b) condițiile și procedura de încetare a calității de membru cooperativ, inclusiv în cazul retragerii, excluderii, decesului, și stabilirea modalităților de stingere a obligațiilor reciproce dintre cooperativa de credit și membrul cooperativ sau succesorii acestuia; c) drepturile și obligațiile membrilor cooperativi; d) raza teritorială de operare a cooperativei de credit³².

La rândul său, actul constitutiv al casei centrale a cooperativelor de credit trebuie să includă, în afara celorlalte elemente prevăzute de lege, clauze referitoare la: a) condițiile și procedura de afiliere a cooperativelor de credit; b) drepturile și obligațiile cooperativelor de credit afiliate; c) modalitatea de reprezentare a cooperativelor de credit afiliate în adunarea generală a casei centrale; d) atribuțiile de reprezentare, îndrumare, reglementare, supraveghere, control și informare ale casei centrale în cadrul rețelei.

§ III. Particularitățile părților sociale

În considerarea dispozițiilor O.U.G. nr. 99/2006³³, unul dintre elementele care dă specificitate organizațiilor cooperatiste de credit, atât în cazul cooperativelor de credit, cât și în cel al casei centrale a cooperativelor de credit, este caracterul variabil al capitalului lor social și divizarea acestuia în fracțiuni de tipul părților sociale. În opinia noastră, divizarea capitalului social în părți sociale la această categorie de instituții de credit, și nu în acțiuni, este expresia unui pronunțat caracter *intuitu personae*, care pune în evidență conexiunile menținute cu celelalte entități din familia cooperatistă³⁴.

O.U.G. nr. 99/2006³⁵ a stabilit regimul juridic al părților sociale atribuite membrilor cooperativi, respectiv cooperativelor de credit afiliate, în schimbul aporturilor în numerar efectuate pentru formarea capitalului social al cooperativei de credit, respectiv al casei centrale a cooperativelor de credit. Titularii părților sociale sunt răspunzători pentru obligațiile organizației cooperatiste de credit, în limita părților sociale subscrise, și beneficiază de dividende, plătite din profitul net, proporțional cu cota de participare la capitalul social și corespunzător perioadei de deținere a părților sociale în cursul exercițiului financiar.

La organizațiile cooperatiste de credit, părțile sociale sunt nominative, indivizibile, nu sunt purtătoare de dobânzi și au o valoare nominală egală. După cum am mai amintit, valoarea nominală a unei părți sociale este stabilită prin actul constitutiv-cadru, dar nu poate fi mai mică de 10 lei. În cadrul unei rețele cooperatiste, părțile sociale ale tuturor organizațiilor cooperatiste de credit trebuie să fie de valoare egală.

În cazul cooperativelor de credit, indiferent de numărul de părți sociale deținute, fiecare membru cooperativ are dreptul la un singur vot. Diferit de această situație, în cazul casei

³² Cooperativele de credit se organizează pe o rază teritorială de operare proprie, stabilită prin actul constitutiv. Aceasta cuprinde arii determinate din județul în care cooperativa de credit își are sediul social și din județele limitrofe. Razele teritoriale de operare ale cooperativelor de credit afiliate la aceeași casă centrală nu se pot întrepătrunde. Modificarea razei teritoriale de operare a cooperativei de credit este supusă aprobării prealabile a casei centrale la care aceasta este afiliată.

³³ Art. 352 alin. (2).

³⁴ Pe această temă, V. Găină, A.-M. Găină, *Societatea cooperativă reglementată de Legea nr. 1/2005. Delimitări și interferențe în raport cu alte tipuri de societăți comerciale sau necomerciale*, în *Revista de Științe Juridice* nr. 3/2008, pp. 61-70; V. Găină, *Noțiunea cooperatiei și principiile cooperatiste*, în *Revista de Științe Juridice* nr. 1/2008, pp. 89-97.

³⁵ Art. 12, art. 351-355, art. 341, art. 366 și art. 369.

centrale, numărul de voturi în adunarea sa generală, care revine fiecărei cooperative de credit afiliate, nu mai este raportat la părțile sociale deținute, ci la numărul persoanelor evidențiate în registrul membrilor cooperatori la sfârșitul lunii precedente datei ținerii adunărilor generale. Practic, în privința cooperativelor de credit afiliate la o casă centrală intervine o disociere excepțională a calității de membru de aceea de titular al dreptului de vot³⁶.

Referitor la interdicția emiterii de titluri negociabile reprezentând părți sociale, instituită de legiuitor în cazul organizațiilor cooperatiste de credit, datorită similitudinii cu situația părților sociale emise de societățile cu răspundere limitată, reținem opinia exprimată în doctrină privind interpretarea acesteia în sensul interzicerii posibilității de a fi cedate prin modalitățile specifice cesiunii titlurilor reprezentative (de tipul tradițiunii sau andosării), fără a fi afectată posibilitatea de a fi cedate la o altă valoare decât cea nominală³⁷.

La nivel legislativ, interdicția este dublată de precizarea operațiunilor care pot avea ca obiect părțile sociale emise de o organizație cooperatistă de credit. În acest sens, O.U.G. nr. 99/2006 a stabilit faptul că părțile sociale emise de o astfel de instituție de credit nu pot fi vândute, cesionate sau gajate decât între membrii cooperatori, cu excepția cazurilor de încetare a calității de membru potrivit actului constitutiv, respectiv între cooperativele de credit afiliate la casa centrală. De asemenea, părțile sociale nu pot fi utilizate pentru plata datoriilor personale ale titularilor lor față de organizația cooperatistă de credit sau față de terți.

Membrii cooperatori, respectiv cooperativele de credit afiliate, nu pot solicita restituirea parțială a contravalorii părților sociale subscrise, cu excepția celor decurgând din regularizări, în cazul părților sociale subscrise la casa centrală. În acest ultim sens, fiecare dintre cooperativele de credit afiliate trebuie să subscrie și să verse la capitalul social al casei centrale părți sociale în valoare de minimum 20% din capitalul lor social. În funcție de valoarea capitalului social înregistrat la sfârșitul exercițiului financiar de către fiecare cooperativă de credit, valoarea participației la capitalul casei centrale se recalculează, iar diferențele constatate se regularizează în termen de 90 de zile de la sfârșitul exercițiului financiar.

§ IV. Particularitățile obiectului de activitate

Cu excepția băncilor, care beneficiază de o vocație universală³⁸, toate celelalte instituții de credit au o vocație specializată. Aceasta se concretizează în posibilitatea de a desfășura

³⁶ Pentru analiza unor cazuri din sfera dreptului comun, care sunt o concretizare a acestei derogări de la principiul identității dintre calitatea de acționar și aceea de titular al dreptului de vot, F. Stârc-Meclejan, *Votul asociațiilor în societățile comerciale. Reglementare. Doctrină. Jurisprudență*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, pp. 118-151.

³⁷ În acest sens, S.D. Cârpenaru, S. David, C. Predoiu, G. Piperea, *Legea societăților comerciale*, ed. a IV-a, Ed. C.H. Beck, 2009, p. 115. Chiar dacă situația vizată era cea a părților sociale emise de o societate cu răspundere limitată, în opinia noastră există identitate de rațiune, fiind justificată reținerea sa și pentru instituțiile de credit analizate.

³⁸ Legiuitorul le-a conferit posibilitatea de a desfășura oricare dintre activitățile permise instituțiilor de credit, persoane juridice române, prin dispozițiile art. 18 și art. 20 și 21 din O.U.G. nr. 99/2006. Activitățile trebuie interpretate în sensul în care să acopere orice operațiuni, tranzacții, produse și servicii care se înscriu în sfera acestor activități sau pot fi asimilate acestora, inclusiv serviciile auxiliare acestor activități.

doar anumite tipuri de operațiuni, expres și limitativ stabilite prin lege, numai după obținerea autorizațiilor aferente și numai în limitele prevăzute de acestea.

Organizațiile cooperatiste de credit, ca instituții de credit specializate, desfășoară activități specifice instituțiilor de credit, potrivit legii, în scopul întraajutorării membrilor acestora. Activitatea în cadrul unei rețele cooperatiste este guvernată de regula desfășurării sale preponderent și cu prioritate în interesul membrilor cooperatori, respectiv al organizațiilor cooperatiste de credit afiliate la casa centrală.

În exercitarea uneia dintre principalele sale atribuții, stabilite de O.U.G. nr. 99/2006 [art. 337 alin. (1) lit. c)], casa centrală emite reglementări-cadru (regulamente, norme sau instrucțiuni), obligatorii pentru toate cooperativele de credit afiliate la aceasta, pentru organizarea activității în cadrul rețelei cooperatiste și pentru desfășurarea sa în mod unitar și în conformitate cu cerințele legii și ale reglementărilor Băncii Naționale a României emise în aplicarea acesteia.

În raport de activitățile permise instituțiilor de credit, cooperativele de credit nu pot avea în obiectul de activitate operațiunile nominalizate de art. 340 din O.U.G. nr. 99/2006, și anume: 1) leasingul financiar; 2) tranzacționarea în cont propriu și/sau pe contul clienților, în condițiile legii, cu: instrumente ale pieței monetare (cum ar fi: cecuri, cambii, bilete la ordin, certificate de depozit); contracte futures și options financiare; instrumente având la bază cursul de schimb și rata dobânzii; 3) participarea la emisiunea de valori mobiliare și alte instrumente financiare, prin subscrierea și plasamentul acestora ori prin plasament și prestarea de servicii legate de astfel de emisiuni; 4) administrarea de portofolii și consultanță legată de aceasta; 5) prestarea de servicii privind furnizarea de date și referințe în domeniul creditării; 6) operațiuni cu metale și pietre prețioase, precum și cu obiecte confecționate din acestea; 7) dobândirea de participații la capitalul altor entități.

În completarea activităților enumerate mai sus, art. 341 din O.U.G. nr. 99/2006 a instituit pentru cooperativele de credit și interdicția de a emite obligațiuni. Acestea se pot finanța din împrumuturi inter-cooperatiste sau de la alte instituții de credit, în condițiile respectării resurselor disponibile din rețea.

Celelalte activități permise instituțiilor de credit, persoane juridice române, vor fi desfășurate de cooperativele de credit în limita autorizației acordate și, după caz, cu respectarea unor condiții speciale. Activitățile guvernate de astfel de condiții speciale, impuse de legea-cadru a instituțiilor de credit (art. 340-341, art. 346), sunt cele două operațiuni care formează conținutul activității bancare (atragerea de depozite sau de alte fonduri rambursabile de la public și acordarea de credite în cont propriu).

În considerarea cadrului legal invocat, cooperativele de credit pot atrage depozite sau alte fonduri rambursabile de la membrii lor, precum și de la alte persoane fizice, juridice ori alte entități, numai dacă acestea domiciliază, au reședința sau locul de muncă, respectiv au sediul social și desfășoară activitate în raza teritorială de operare a cooperativei de credit. Referitor la acordarea de credite, cooperativele de credit desfășoară această activitate urmând o succesiune specifică, respectiv, cu prioritate membrilor acestora, iar persoanelor fizice, persoanelor juridice ori altor entități fără personalitate juridică, ce domiciliază, au reședința sau locul de muncă, respectiv au sediul social și desfășoară activitate în raza teritorială de operare a cooperativei de credit, la un nivel care să nu poate depăși însă 25% din activele cooperativei de credit.

De asemenea, cooperativele de credit pot să deruleze credite, în numele și pe contul statului, din surse puse la dispoziție, destinate categoriilor de persoane amintite anterior și/sau

destinate finanțării unor proiecte de dezvoltare/reabilitare a activităților economice și sociale din raza teritorială de operare a cooperativei de credit.

Spre deosebire de situația cooperativelor de credit, obiectul de activitate al casei centrale la care acestea sunt afiliate poate conține, în limita autorizației acordate, oricare dintre activitățile permise, în general, unei instituții de credit, persoană juridică română. Activitatea acestei categorii trebuie să fie desfășurată în principal și cu preponderență în interesul cooperativelor de credit afiliate și pentru asigurarea adecvării capitalului la riscuri și a lichidității la nivelul întregii rețele.

În materia creditelor pe care le poate acorda, o particularitate întâlnită în cazul casei centrale este cea potrivit căreia respectivele credite, atunci când sunt acordate persoanelor juridice, altele decât cooperativele de credit afiliate, nu pot depăși 20% din activele casei centrale.

§ V. Particularitățile organelor statutare

Funcționarea organizațiilor cooperatiste de credit este asigurată de organele lor statutare, respectiv de organul de deliberare și decizie, organul de administrare și/sau de conducere și organul de control. În ansamblul lor acestea urmează regimul juridic al societății pe acțiuni, trasat de Legea nr. 31/1990, particularizat însă de numeroase prevederi ale O.U.G. nr. 99/2006 care se vor aplica cu prioritate.

La organizațiile cooperatiste de credit, *organul de deliberare și decizie* este adunarea generală a membrilor cooperatori (la cooperativele de credit), respectiv adunarea generală a cooperativelor de credit afiliate (la casa centrală a cooperativelor de credit). În ambele cazuri, legiuitorul a instituit prin norme imperative anumite derogări de la regimul în materie recunoscut instituțiilor de credit în general³⁹.

Derogările menționate mai sus vizează, după caz, *atribuțiile, condițiile de cvorum și de majoritate* ale adunării generale a membrilor cooperatori sau a cooperativelor de credit afiliate, precum și exercitarea dreptului de vot⁴⁰.

Ca și în cazul celorlalte categorii de instituții de credit, indiferent de forma organizației cooperatiste de credit, adunarea lor generală se întrunește ori de câte ori este necesar, în condițiile și la termenele prevăzute de lege, pentru a hotărî asupra tuturor aspectelor care țin de competența adunării generale ordinare și extraordinare a unei societăți pe acțiuni. În cazul cooperativelor de credit, o atribuție suplimentară a adunării lor generale este desemnarea reprezentanților cooperativei de credit în adunarea generală a casei centrale din rândul membrilor consiliului de administrație sau, după caz, ai directoratului.

Exercițiul atribuțiilor privind modificarea obiectului de activitate, mutarea sediului social, înființarea sau desființarea de sucursale și, după caz, desemnarea reprezentanților în adunarea generală a casei centrale poate fi delegat de către adunarea generală a organizației cooperatiste de credit consiliului de administrație sau, după caz, directoratului, în condițiile prevăzute de

³⁹ Pentru tratarea detaliată a regulilor ce guvernează adunările generale al unei societăți pe acțiuni, respectiv ale unei instituții de credit, L. Săuleanu, *Societățile comerciale. Adunările generale ale acționarilor*, Ed. Hamangiu, București, 2008; L.E. Smarandache, *Regimul juridic al instituțiilor (...)*, pp. 181-208.

⁴⁰ Conform dispozițiilor art. 355, art. 366 alin. (2) și (3) și art. 372 din O.U.G. nr. 99/2006.

actul constitutiv. Această ultimă atribuție are în vedere situația cooperativelor de credit, la care doar membrii consiliului de administrație sau, după caz, ai directoratului, desemnați de adunarea lor generală, pot reprezenta respectiva cooperativă de credit în adunarea generală ordinară sau extraordinară a casei centrale la care este afiliată.

În cazul cooperativelor de credit, pentru validitatea hotărârilor adunărilor generale este necesară prezența majorității membrilor cooperatori. Hotărârile se iau cu votul majorității celor prezenți. Dacă adunarea generală nu-și poate desfășura lucrările din cauza neîndeplinirii condițiilor de majoritate, adunarea generală, care se întrunește după a doua convocare, poate să decidă asupra problemelor aflate pe ordinea de zi a celei dintâi, dacă actul constitutiv nu dispune altfel, în prezența a cel puțin unei treimi din numărul membrilor cooperatori, cu votul majorității celor prezenți.

În cazul casei centrale a cooperativelor de credit, fiecare cooperativă de credit afiliată are dreptul la un număr de voturi în adunarea generală a casei centrale egal cu numărul persoanelor evidențiate în registrul membrilor cooperatori la sfârșitul lunii precedente datei ținerii adunării generale. Pentru validitatea deliberărilor adunării generale a casei centrale este necesară prezența reprezentanților cooperativelor de credit afiliate, care să reprezinte cel puțin jumătate din numărul de voturi exprimabile, iar hotărârile se iau cu majoritatea voturilor reprezentate, dacă în actul constitutiv nu se prevede o majoritate mai mare. Dacă adunarea generală nu-și poate desfășura lucrările din cauza neîndeplinirii condițiilor de cvorum și majoritate, adunarea generală care se întrunește după a doua convocare poate să decidă asupra problemelor de pe ordinea de zi a celei dintâi dacă sunt prezenți reprezentanți ai cooperativelor de credit afiliate, care reprezintă cel puțin o treime din numărul de voturi exprimabile, cu majoritatea voturilor reprezentate.

În ceea ce privește *dreptul de vot*, ca regulă, la instituțiile de credit acesta are ca titular persoana ce are calitatea de acționar, iar exercitarea sa poate fi făcută personal de către acționar sau prin reprezentantul său legal ori convențional. Ca particularitate, în adunarea generală a casei centrale a cooperativelor de credit fiecare cooperativă de credit afiliată are dreptul la un număr de voturi egal cu numărul persoanelor evidențiate în registrul membrilor cooperatori la sfârșitul lunii precedente datei ținerii adunării generale, iar cei care vor participa și vor vota în adunarea generală a casei centrale nu sunt cooperativele de credit afiliate, ci reprezentanții acestora.

La rândul său, *organul de administrare și/sau de conducere al unei organizații cooperatiste de credit* permite sesizarea anumitor note particulare în raport de regimul juridic general al instituțiilor de credit trasat de legea societăților⁴¹ și de O.U.G. nr. 99/2006.

În completarea particularităților deja menționate, privind componenta sistemului de administrare atunci când numărul membrilor cooperatori este peste 5.000 și condițiile cerute membrilor cooperatori, alegem să mai surprindem cu această ocazie unele elemente de specificitate. În sinteză, acestea privesc cadrul de administrare⁴² al organizațiilor cooperatiste de credit, desemnarea membrilor consiliului de administrație sau, după caz, a membrilor consiliului de supraveghere al casei centrale, o restricție specială de cumul al responsabilităților

⁴¹ Pentru detalierea regulilor generale de administrare și de conducere a unei societăți pe acțiuni, respectiv a unei instituții de credit, St.D. Cărpenu, *Tratat de drept comercial român*, Ed. Universul Juridic, 2012, București, pp. 331-347; L.E. Smarandache, *Regimul juridic al instituțiilor (...)*, pp. 208-254.

⁴² Pentru detalierea cadrului de administrare al instituțiilor de credit, L.E. Smarandache, *Regimul juridic al instituțiilor (...)*, pp. 210-212.

de administrare și/sau de conducere, atribuțiile consiliului de administrație sau directoratului și remunerația suplimentară a membrilor consiliului de administrație sau ai consiliului de supraveghere.

Referitor la *cadrul de administrare*, reținem sintetic faptul că pentru organizațiile cooperatiste de credit, casa centrală este cea care trebuie să asigure implementarea acestuia, în mod unitar, la nivelul întregii rețele cooperatiste, prin actul constitutiv-cadru și reglementările-cadru. Tot la aceste forme de instituții de credit, persoanele nominalizate să asigure conducerea structurilor care privesc activitățile de administrare sunt evaluate de casa centrală și trebuie să fie aprobate de aceasta înainte de începerea exercitării responsabilităților, în condițiile prevăzute prin reglementările-cadru pe care le emite⁴³. Drept urmare, modificările intervenite în privința acestor persoane doar se notifică băncii centrale de către casele centrale ale cooperativelor de credit. Notificarea va fi însoțită și de un raport asumat de consiliul de administrație sau, după caz, de consiliul de supraveghere al casei centrale, care va cuprinde fundamentarea deciziei de aprobare a respectivei modificări.

Ca particularitate doar a instituției de credit de tipul casei centrale, reținem faptul că membrii consiliului de administrație sau, după caz, membrii consiliului de supraveghere sunt aleși din rândul persoanelor propuse de reprezentanții cooperativelor de credit afiliate⁴⁴.

Revenind la o abordare generală a organizațiilor cooperatiste de credit, legiuitorul a adus o completare și în sfera *condițiilor speciale cerute persoanelor pentru a deține responsabilități de administrare și/sau de conducere* la o instituție de credit, persoană juridică română. În acest sens, deosebit de alte incompatibilități și interdicții prevăzute de lege, conform O.U.G. nr. 99/2006⁴⁵ o persoană nu poate exercita concomitent responsabilități de administrare și/sau de conducere la casa centrală și la o cooperativă de credit.

La rândul lor, *atribuțiile* prevăzute de legislația în materie ca regulă *pentru consiliul de administrație* (în sistemul unitar de administrare) sau, după caz, pentru *directoratul* unei instituții de credit (în sistemul dualist de administrare), beneficiază la organizațiile cooperatiste de credit de un plus de reglementare concretizat în anumite excepții și completări⁴⁶.

O astfel de excepție, de această dată de la o regulă trasată de Legea nr. 31/1990⁴⁷, este cea potrivit căreia consiliul de administrație sau, după caz, directoratul organizațiilor cooperatiste de credit poate decide încheierea de acte juridice prin care să se dobândească, să se înstrăineze, să se închirieze, să se schimbe sau să se constituie în garanție bunuri aflate în patrimoniul organizației cooperatiste de credit, a căror valoare depășește o cincime din valoarea contabilă a activelor acesteia, la data încheierii actului juridic, numai cu aprobarea adunării generale, iar în cazul cooperativelor de credit, și cu aprobarea casei centrale la care este afiliată.

De asemenea, în completarea atribuțiilor prevăzute de legislația aplicabilă societăților pe acțiuni, consiliul de administrație sau, după caz, directoratul casei centrale are și atribuțiile

⁴³ În condițiile legii, tot casa centrală este cea care poate retrage aprobarea acordată.

⁴⁴ Art. 373 alin. (1) din O.U.G. nr. 99/2006.

⁴⁵ Art. 373 alin. (1) din O.U.G. nr. 99/2006.

⁴⁶ Art. 108 alin. (1) și alin. (5), art. 355, art. 357, art. 373 și art. 393 alin. (5) din O.U.G. nr. 99/2006.

⁴⁷ Potrivit art. 153²², consiliul de administrație, respectiv directoratul, va putea să încheie acte juridice în numele și în contul societății, prin care să dobândească bunuri pentru aceasta sau să înstrăineze, să închirieze, să schimbe ori să constituie în garanție bunuri aflate în patrimoniul societății, a căror valoare depășește jumătate din valoarea contabilă a activelor societății la data încheierii actului juridic, numai cu aprobarea adunării generale a acționarilor, dată în condițiile art. 115.

nominalizate de O.U.G. nr. 99/2006 [art. 373 alin. (2)] privind rețeaua de cooperative de credit afiliate, și anume: a) aprobă sau respinge afilierea cooperativelor de credit; b) aprobă, în prealabil, modificările în situația cooperativelor de credit din rețea, altele decât cele supuse aprobării prealabile a Băncii Naționale a României potrivit legii, în conformitate cu reglementările-cadru; c) întreprinde măsurile necesare pentru asigurarea numărului minim de cooperative de credit afiliate; d) aprobă reglementările-cadru și modificările actului constitutiv-cadru; e) stabilește și supune spre aprobare adunării generale situația financiară agregată întocmită la nivelul rețelei cooperatiste; f) stabilește și aprobă reglementările-cadru pentru exercitarea atribuțiilor pe linia supravegherii cooperativelor de credit afiliate și decide cu privire la măsurile care trebuie întreprinse cu privire la cooperativele de credit afiliate, și dacă este cazul asupra propunerii de sancțiuni, în cazul nerespectării dispozițiilor O.U.G. nr. 99/2006 și a reglementărilor emise în aplicarea acesteia.

Referitor la atribuții mai reținem două delimitări specifice casei centrale. Astfel, în sistemul unitar de administrare, atribuțiile consiliului de administrație al casei centrale în ceea ce privește rețeaua de cooperative de credit afiliate nu pot fi delegate directorilor. Tot la aceste forme de instituții de credit, directorii sau, după caz, membrii directoratului casei centrale sunt cei care emit, potrivit reglementărilor-cadru emise în acest sens, actele de aplicare a măsurilor stabilite de lege⁴⁸ care se vor aplica cooperativelor de credit afiliate care încalcă dispozițiile legii referitoare la supraveghere sau la condițiile de desfășurare a activității.

În plus față de regulile incidente în materie, O.U.G. nr. 99/2006 (art. 358) a statuat în privința *quantumului lunar al remunerației suplimentarea membrilor consiliului de administrație sau, după caz, a membrilor consiliului de supraveghere* al organizațiilor cooperatiste de credit, că acesta nu poate depăși 20% din remunerația brută a directorului general/directorului sau, după caz, a președintelui directoratului, indiferent dacă a fost stabilit în actul constitutiv sau prin hotărâre a adunării generale.

Nu în ultimul rând, *organul de control al gestiunii* unei organizații cooperatiste de credit constituie o sursă de particularități pentru regimul juridic general al acestora⁴⁹. Similar oricărei instituții de credit și indiferent de sistemul lor de administrare, organizațiile cooperatiste de credit sunt supuse în mod obligatoriu auditului financiar, potrivit legii, și vor organiza audit intern⁵⁰, conform normelor elaborate de Camera Auditorilor Financiarți din România. În plus, la organizațiile cooperatiste de credit, potrivit art. 238 alin. (2) din O.U.G. nr. 99/2006, deoarece casa centrală este responsabilă pentru organizarea și desfășurarea activității de audit intern la nivelul întregii rețele cooperatiste, o altă derogare de la legea societăților este cea concretizată în stabilirea caracterului facultativ pentru auditul intern de la nivelul fiecărei cooperative de credit.

De asemenea, tot casa centrală a cooperativelor de credit are obligația de a întocmi și situația financiară anuală agregată a rețelei cooperatiste, potrivit prevederilor legale, care să reflecte operațiunile și situația financiară ale tuturor organizațiilor cooperatiste de credit din rețea.

⁴⁸ Nominalizate de art. 226 alin. (2) lit. a)-f) din O.U.G. nr. 99/2006.

⁴⁹ Pentru o abordare a regimului general al auditorilor financiarți ai unei instituții de credit, L.E. Smarandache, *Regimul juridic al instituțiilor (...)*, pp. 254-267.

⁵⁰ Pentru detalierea acestei activități, M.-D. Manea, *Auditul intern bancar. De la teorie la practică*, Ed. C.H. Beck, București, 2012.

În cazul cooperativelor de credit, conform art. 367 din O.U.G. nr. 99/2006, în măsura în care activitățile de audit intern nu sunt conduse la nivel centralizat, aceste persoane trebuie să fie aprobate de casa centrală, înainte de începerea exercitării responsabilităților, în condițiile prevăzute prin reglementările-cadru pe care le emite. În condițiile legii, tot casa centrală este cea care poate retrage aprobarea acordată. Drept urmare, modificările intervenite în privința acestor persoane doar se notifică băncii centrale de către casele centrale ale cooperativelor de credit. Notificarea va fi însoțită și de un raport asumat de consiliul de administrație sau, după caz, de consiliul de supraveghere al casei centrale, care va cuprinde fundamentarea deciziei de aprobare a respectivei modificări.

§ VI. Particularitățile supravegherii prudențiale

Categoria instituțiilor de credit, persoane juridice române, reprezentată de organizațiile cooperatiste pune în evidență anumite particularități în materia supravegherii prudențiale exercitată de Banca Națională a României față de regulile generale aplicabile instituțiilor de credit⁵¹. Aceste norme derogatorii sunt instituite de prevederile O.U.G. nr. 99/2006 (art. 392-398).

Banca Națională a României asigură supravegherea prudențială a casei centrale la nivel individual și, la nivel agregat, a tuturor organizațiilor cooperatiste de credit din cadrul unei rețele cooperatiste. Aceasta poate efectua, atunci când consideră necesar, verificări la sediul cooperativelor de credit. Casa centrală este obligată să raporteze băncii centrale datele și informațiile necesare pentru evaluarea respectării dispozițiilor cuprinse în O.U.G. nr. 99/2006 și în reglementările emise în aplicarea acesteia, atât cele care privesc activitatea proprie, cât și cele referitoare la activitatea întregii rețele cooperatiste.

Fără a se aduce atingere competențelor Băncii Naționale a României în ceea ce privește exercitarea supravegherii organizațiilor cooperatiste de credit, casele centrale asigură supravegherea cooperativelor de credit afiliate. În acest sens, prevederile art. 164-175 din O.U.G. nr. 99/2006 privind supravegherea instituțiilor de credit, persoane juridice române, se aplică în mod corespunzător și orice referire la Banca Națională a României se consideră a fi făcută la casa centrală. Persoanele care exercită responsabilități de administrare și/sau de conducere la nivelul casei centrale, salariații acesteia și orice persoană care acționează pe contul casei centrale în exercitarea atribuțiilor menționate în sarcina acesteia au obligația să păstreze secretul profesional, potrivit legii.

În exercitarea atribuțiilor sale privind măsurile de supraveghere și sancțiunile, casa centrală poate să dispună față de o cooperativă de credit afiliată, care încalcă dispozițiile legii, ale reglementărilor sau ale altor acte emise în aplicarea acesteia, referitoare la supraveghere sau la condițiile de desfășurare a activității, măsurile prevăzute la art. 226 alin. (2) lit. a)-f) din O.U.G. nr. 99/2006, în condițiile prevăzute prin reglementările-cadru emise de casa centrală în acest sens. Actele de aplicare a acestor măsuri se emit de către directorii sau, după caz, de

⁵¹ Pentru detalierea diverselor forme și momente ale supravegherii prudențiale a instituțiilor de credit, realizată de Banca Națională a României, I. Silberstein, *Banca Națională a României. De la organ al administrației centrale la instituție publică independentă*, Ed. Hamangiu, București, 2006, pp. 245-319. Pentru o nominalizare a regulilor de exercitare a supravegherii prudențiale, desprinse din O.U.G. nr. 99/2006, R. Postolache, *Drept bancar*, Ed. C. H. Beck, București, 2012, p. 33.

către membrii directoratului casei centrale, potrivit reglementărilor-cadru emise în acest sens. Dispozițiile generale privind măsurile de supraveghere și sancțiunile, cuprinse în art. 225-236 din O.U.G. nr. 99/2006, se vor aplica în mod corespunzător casei centrale în exercitarea acestor prerogative.

Casa centrală poate propune în mod fundamentat Băncii Naționale a României să dispună față de o cooperativă de credit măsurile constând în instituirea supravegherii speciale sau, după caz, administrarea specială asupra ei ori să dispună măsuri de stabilizare și/sau să aplice sancțiunile prevăzute de lege.

Indiferent de tipul măsurii de supraveghere pe care o dispune, casa centrală trebuie să o notifice Băncii Naționale a României în termen de 5 zile de la data impunerii acesteia.

În cazul în care la nivelul casei centrale sau al unei cooperative de credit afiliate se constată o deteriorare semnificativă a situației financiare și a indicatorilor de prudență, casa centrală poate cere cooperativelor de credit afiliate să contribuie la majorarea resurselor sale financiare fie prin subscrierea de noi părți sociale, fie prin constituirea unor depozite rambursabile la termenele stabilite de casa centrală.

Banca Națională a României poate să dispună măsurile considerate necesare sau aplicarea de sancțiuni în cazul neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare de către casa centrală a atribuțiilor de supraveghere și de control conferite în materia supravegherii prudențiale sau delegate de Banca Națională a României, față de cooperativele de credit afiliate.

În cazul dispunerii celor două proceduri speciale de către banca centrală, asigurarea supravegherii speciale sau a administrării speciale a unei cooperative de credit poate fi delegată, prin decizia acestei autorități de instituire a măsurii respective, casei centrale la care cooperativa de credit este afiliată.

Dacă *supravegherea specială* se asigură de către casa centrală, fiind instituită la propunerea sa fundamentată, se aplică în mod corespunzător dispozițiile privind supravegherea specială a instituțiilor de credit (art. 237-239 din O.U.G. nr. 99/2006) și orice referire la Banca Națională a României se consideră a fi făcută la casa centrală. În acest caz, rapoartele periodice ale comisiei de supraveghere specială se vor remite și Băncii Naționale a României.

În situația în care, pe parcursul supravegherii speciale, în activitatea cooperativei de credit se constată în continuare deficiențe grave, casa centrală poate propune Băncii Naționale a României, de la caz la caz, instituirea măsurii de administrare specială sau adoptarea altor măsuri prevăzute de lege, inclusiv poate solicita Băncii Naționale a României retragerea autorizației cooperativei de credit în cauză.

Atunci când *administrarea specială* se asigură de către casa centrală, fiind instituită la propunerea sa fundamentată, se aplică în mod corespunzător dispozițiile privind administrarea specială a instituțiilor de credit (art. 240-240²³ din O.U.G. nr. 99/2006) și orice referire la Banca Națională a României se consideră a fi făcută la casa centrală. Rapoartele administratorului special se remit și Băncii Naționale a României.

Regimul juridic al transportatorului persoană juridică în contextul noilor reglementări din Codul civil român*

*Lector univ. dr. Cristina STANCIU**
Facultatea de Drept și Științe Sociale,
Universitatea din Craiova*



The legal regime of carrier legal person under the new rules of the Romanian Civil Code

Abstract:

The new Civil code is making changes not only in the civil legal relations, but also on the scope of these rules. Thus, it appears that the new Civil Code has broadened its scope and now includes in its scope, in addition to legal relations between individuals and the relationship between professionals and the relationships between professionals and other subjects of civil law, *i.e.* relations which fell under the scope of the Commercial Code in 1887. Entry into force of the new civil code legal system is a time of profound change, with direct impact on all branches of private law, including the transport law. The new Civil Code introduces new concepts that directly affect the legal status of the carrier as the notions of professional and enterprise, replacing notions merchant and that of commerce. However, the new Civil Code provisions governing the transportation contract by art. 1.955-2.008 contract and dispatch of goods through art. 2.064-2.071.

Keywords: professional, enterprise, merchant, legal entity, transportation law, transportation contract.

§ 1. Aspecte introductive

Reglementările din noul Cod civil aduc schimbări nu numai în privința raporturilor juridice civile, ci și în privința domeniului de aplicare a acestora. Astfel, se constată că noul Cod civil și-a lărgit domeniul de aplicare și, actualmente, cuprinde în sfera sa, pe lângă raporturile juridice dintre particulari, și raporturile dintre profesioniști, precum și

* Acknowledgement: „Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/89/1.5/S/61968, proiect strategic ID 61968 (2009), cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007 – 2013”.

** Autorul este cadru didactic la Facultatea de Drept și Științe Administrative a Universității din Craiova și membru al Centrului de Cercetări Juridice de Drept Privat din Craiova.

raporturile dintre profesioniști și alte subiecte de drept civil¹, adică acele raporturi care cădeau sub sfera de aplicare a Codului comercial de la 1887.

Intrarea în vigoare a noului Cod civil reprezintă pentru sistemul juridic un moment de schimbare profund, cu impact direct asupra tuturor ramurilor de drept privat.

Renunțarea la sistemul autonomiei dreptului comercial și adoptarea sistemului unității dreptului privat conduce la includerea reglementărilor ce vizează contractele comerciale în noul Cod civil, inclusiv a celor ce privesc exclusiv pe comercianți.

Una dintre ramurile de drept „afectate” de noile reglementări este și dreptul transporturilor, ramură de drept privat pentru care dreptul comercial reprezenta drept comun.

Considerată, în concepția tradiționalistă, ca o subramură a dreptului comercial, dreptul transporturilor reprezintă ansamblul de reglementări referitoare la activitatea profesională organizată de cărăuși, cu vehicule corespunzătoare, pentru a deplasa, pe baze contractuale și în condiții legale, persoane și/sau bunuri².

Altfel spus, transportul reprezintă *o prestare de servicii efectuată de cărăuș/transportator/operator, la cererea beneficiarului (expeditor sau destinatar), contra unui preț, prin care transportatorul se obligă să deplaseze mărfurile și călătorii la destinație, cu vehicule corespunzătoare și în condiții de deplină siguranță. Această activitate era considerată, potrivit Codului comercial de la 1887, ca având caracter comercial.*

Legislația română atribuia activității de transport natura de fapt de comerț și, în acest sens, contractul de transport era reglementat de normele Codului comercial atâta timp cât activitatea de transport se desfășura sub formă de *întreprindere*. Prin „întreprindere”, în concepția Codului comercial, se înțelegea o activitate ce se desfășura în mod organizat, cu caracter de stabilitate și „formând obiectul statutar de activitate al agentului economic specializat în domeniu”³.

Activitatea de transport putea fi, așadar, efectuată fie de o societate comercială care are ca obiect de activitate transportul, fie de o persoană fizică ce efectua această activitate ca profesie. Tot caracter comercial avea transportul dacă aceasta se desfășura în legătură cu activitatea unui comerciant.

§ 2. Dreptul transporturilor și Codul comercial⁴

Așa cum am mai precizat, Codul comercial român reglementa detaliat contractul de transport terestru de lucruri (prin art. 413-441) și contractul maritim de mărfuri și călători

¹ În acest sens, art. 3 noul Cod civil: *Aplicarea generală a Codului civil (1) Dispozițiile prezentului Cod se aplică și raporturilor dintre profesioniști, precum și raporturilor dintre aceștia și orice alte subiecte de drept civil. (2) Sunt considerați profesioniști toti cei care exploatează o întreprindere. (3) Constituie exploatarea unei întreprinderi exercitarea sistematică, de către una sau mai multe persoane, a unei activități organizate ce constă în producerea, administrarea ori înstrăinarea de bunuri sau în prestarea de servicii, indiferent dacă are sau nu un scop lucrativ.*

² O. Căpățînă, G. Stancu, *Dreptul transporturilor. Partea generală*, Ed. Lumina Lex, București, p. 10.

³ O. Căpățînă, *Dreptul transporturilor. Partea generală*, Ed. Lumina Lex, București, p. 38.

⁴ Reglementarea juridică a contractului de transport din Codul comercial răspunde unei ample problematice juridice legate de acest contract, amintind în acest sens: art. 413 C. com. se ocupă de caracterizarea contractului de transport; art. 414-417 C. com. tratează problema conținutului scrisorii

(prin art. 557-600). Calificarea activității de transport ca act obiectiv de comerț își avea justificarea în art. 3 pct. 13 C.com., articol care enumera la faptele pe care legea le consideră a fi „de comerț” și *întreprinderile de transporturi de persoane sau de lucruri pe apă sau pe uscat*.

Codul comercial român nu definea noțiunea de faptă de comerț, o definiție generală fiind dată de doctrina comercială, ci enumera numai actele juridice și operațiunile pe care le considera fapte de comerț, perspectiva fiind una mai mult economică, decât juridică. Potrivit doctrinei⁵, însă, *actele de comerț* sau, mai larg, *faptele de comerț*, erau actele juridice, faptele juridice și operațiunile economice prin care se realiza producerea de mărfuri, executarea de lucrări, ori prestarea de servicii sau o interpunere în circulația mărfurilor, cu scopul de a obține profit.

Articolul 3 C. com. prezenta drept fapte de comerț: orice întreprinderi de furnituri – pct. 5; întreprinderile de spectacole publice – pct. 6; întreprinderile de comisioane, agenții și oficii de afaceri – pct. 7; întreprinderile de construcții – pct. 8; întreprinderile de fabrici, de manufactură și imprimerie – pct. 9; întreprinderile de editură, librărie și obiecte de artă – pct. 10; întreprinderile de transporturi de persoane sau de lucruri pe apă sau pe uscat – pct. 13; întreprinderile de asigurări și întreprinderile de depozit în docuri și antrepozite – pct. 20.

Dat fiind faptul că legea comercială nu cuprindea decât o enumerare a întreprinderilor ce erau considerate a fi fapte de comerț și nu definea în mod expres noțiunea de întreprindere, îi revenea sarcina doctrinei⁶ de a formula o definiție generală a întreprinderii.

Noțiunea de *întreprindere* a fost supusă, ca multe alte noțiuni existente în sistemul nostru de drept⁷, unui proces de schimbare a sensului noțiunii, de evoluție a conținutului

de trăsură; art. 418-429 vizează problematica cărăușului și a cauzelor exoneratorii de răspundere; art. 430-431 și art. 438 C. com. se ocupă de modul de stabilire a pagubei suferite de expeditor; art. 432-435 C. com. tratează raporturile dintre cărăuș și destinatari; art. 437 C. com. reglementează privilegiul cărăușului asupra bunurilor transportate; art. 436 și art. 440 C.com. se ocupă de acțiunea în despăgubiri; art. 439 C.com. reglementează regimul clauzei penale; art. 441 C. com. interzice anumite clauze restrictive de răspundere.

⁵ S.D. Cârpenaru, *Drept comercial român*, Ed. All Beck, București, 2002, p. 31.

⁶ Doctrinarii aveau, însă, puncte de vedere diferite. Astfel, *potrivit unei opinii*, întreprinderea era o activitate complexă care constă în exercițiul repetat, organizat și sistematic al operațiunilor expres prevăzute de Codul comercial. I.N. Fintescu, *Curs de drept comercial*, vol. I, București, 1929, p. 44 și 45 definea întreprinderea ca un organism economic, în fruntea căreia se află o persoană numită întreprinzător, care combină forțele naturii cu capitalul și munca, în scopul producerii de bunuri și servicii. În *altă opinie*, întreprinderea reprezintă o organizare în care elementul esențial este specularea muncii altor persoane, în scopul obținerii de produse și servicii destinate schimbului. Doctrina contemporană încearcă fundamentarea unei noi definiții a întreprinderii, încercând să nu pună accentul numai pe latura materială în jurul căreia se contura definiția în concepția tradiționalistă, ci și pe elementul subiectiv și social, adică și pe colectivul uman ce realizează acel tip de activitate. De asemenea, nu trebuie ignorate nici aspectul economic al noțiunii de întreprindere și nici elementele specifice faptelor de comerț. În acest sens, întreprinderea este definită (M. de Juglart, B. Ippolito, *Cours de droit commercial*, Ed. Montchrestien, vol. I, 1978, p. 134), ca un organism economic și social; o organizare autonomă a unei activități, cu ajutorul factorilor de producție de către întreprinzător și pe riscul său, în scopul producerii de bunuri, executării de lucrări și prestării de servicii, în vederea obținerii unui profit. Definiția se referă numai la activitățile avute în vedere de Codul comercial în art. 3, adică numai acele operațiuni ce sunt considerate fapte de comerț.

⁷ De exemplu, noțiunea de ordine publică, de suveranitate etc.

acesteia. Este un proces firesc și concordant cu evoluția socială și economică a societății noastre.

Astfel, potrivit Codului comercial român, noțiunea de întreprindere desemna o activitate organizată în anumite condiții și cu o finalitate clară, fără a fi recunoscută, însă, ca subiect de drept. Potrivit dreptului comercial, calitatea de subiect de drept o avea întreprinzătorul, adică cel care organiza activitatea. Activitatea o putea organiza o persoană sau mai multe în cadrul unei societăți comerciale, deci, rezulta că subiect de drept era persoana fizică – în cazul întreprinderii individuale – și societatea comercială care beneficia de personalitate juridică – în cazul întreprinderii societare⁸.

Într-o reglementare diferită, consacrată de Legea nr. 5/1978, în prezent abrogată, noțiunea de întreprindere desemna o unitate economică cu personalitate juridică, adică un subiect de drept. Totodată, conținutul noțiunii a fost consacrat și de art. 3 din Legea nr. 133/1999, abrogată prin **Legea nr. 346/2004 privind stimularea înființării și dezvoltării întreprinderilor mici și mijlocii; astfel:** prin *întreprindere* se înțelegea orice formă de organizare a unei activități economice, autonomă patrimonial și autorizată potrivit legilor în vigoare să facă acte și fapte de comerț, în scopul obținerii de profit, prin realizarea de bunuri materiale, respectiv prestări de servicii, din vânzarea acestora pe piață în condiții de concurență.

Potrivit **Legii nr. 346/2004 privind stimularea înființării și dezvoltării întreprinderilor mici și mijlocii**, prin *întreprindere* se înțelege „orice formă de organizare a unei activități economice, autonomă patrimonial și autorizată potrivit legilor în vigoare să facă acte și fapte de comerț, în scopul obținerii de profit, în condiții de concurență, respectiv: societăți comerciale, societăți cooperative, persoane fizice care desfășoară activități economice în mod independent și asociații familiale autorizate potrivit dispozițiilor legale în vigoare”⁹.

Oricum, în concepția Codului comercial, erau fapte de comerț *întreprinderile de transporturi de persoane sau de lucruri pe apă sau pe uscat*. Caracterul comercial al transportului viza, potrivit Codului comercial, atât transportul de persoane, cât și pe cel de bunuri, dar numai transportul pe apă și pe uscat. Din spiritul reglementărilor sale, rezulta că și transportul aerian de persoane și bunuri constituiau fapte de comerț.

Dreptul comercial reprezenta, de fapt, drept comun pentru dreptul transportului și cuprindea o reglementare detaliată a contractului de transport terestru de lucruri prin abordarea unor probleme juridice variate legate de acest contract: cuprinsul documentului de transport, răspunderea cărăușului, garanțiile cărăușului pentru plata prețului transportului, drepturile destinatarului, transporturile cumulative. De asemenea, Codul comercial reglementa, sub denumirea de contract de închiriere, și contractul maritim de mărfuri și călători.

§ 3. Dreptul transporturilor și Codul civil

Dispozițiile vechiului Cod civil¹⁰ referitoare la dreptul transporturilor se aplicau în situația în care legislația comercială era lacunară, această regulă fiind instituită de art. 1

⁸ S.D. Cărpenu, *op. cit.*, p. 41.

⁹ Art. 2 din Legea nr. 346/2004 privind stimularea înființării și dezvoltării întreprinderilor mici și mijlocii.

¹⁰ Reglementările juridice aplicabile dreptului transporturilor din vechiul Codul civil român erau: art. 1.470 pct. 2 C. civ. prin care se realizează o clasificare a contractului de transport; art. 1.473-1.475

alin. (2) C. com. care dispunea că: „în comerț se aplică legea de față. Unde ea nu dispune se aplică Codul civil”¹¹.

În art. 1.470 pct. 2 din vechiul Cod civil, contractul de transport era calificat ca o locațiune de lucrări. Astfel, potrivit art. 1470 C.civ. român existau „trei feluri de locațiuni a lucrărilor: 1. aceea prin care persoanele se obligă a pune lucrările lor în serviciul altora; 2. aceea a cărașilor și a căpitanilor de corăbii, care se însărcinează cu transportul persoanelor sau a lucrurilor; 3. aceea a întreprinzătorilor de lucrări”. De fapt, contractul de transport era considerat o prestare de servicii, obligația cărașului fiind aceea de a deplasa bunuri sau persoane, sub paza sa, ca un depozitar: spre deosebire de antreprenor care executa o lucrare determinată, în schimbul unui preț și preda beneficiarului rezultatul material al activității sale, prestatorul de servicii nu confecționa un obiect, beneficiarul profitând de însuși serviciul specific pe care-l execută prestatorul¹².

Noul Cod civil, prin care sunt abrogate reglementările din Codul comercial, se ocupă de contractul de transport prin dispozițiile art. 1.955-2.008 și de contractul de expediție prin prevederile art. 2.064-2.071. Reglementările sunt alcătuite din dispoziții generale, aplicabile tuturor modurilor de transport, în măsura în care nu se dispune altfel prin legi speciale; dispoziții referitoare la contractul de transport de bunuri și dispoziții ce vizează contractul de transport de persoane și bagaje. Tratarea problemelor juridice referitoare la contractul de transport de bunuri este una exhaustivă și terminologia este una adaptată vremurilor actuale. Cu toate acestea, doctrina remarcă unele probleme legate mai ales de perioada de „tranzitie” a noilor reglementări: un contract încheiat înainte de 1 octombrie 2011, data intrării în vigoare a noilor reglementări civile, va fi supus vechiului Cod civil, cu toate că efectele lui se vor produce sau se vor resimți și după intrarea în vigoare a noului Cod civil; reglementări din Codul comercial vor supraviețui cel puțin o vreme pentru că unele texte, cum sunt cele privitoare la probele în materie comercială, la măsurile asiguratorii și la prescripție vor rămâne în vigoare până la data punerii în aplicare a noului Cod de procedură civilă. Un alt exemplu în acest sens, este reprezentat de textele referitoare la dreptul maritim, care nu beneficiază de reglementare în noul Cod civil, texte despre care doctrina se întreabă dacă vor rămâne în vigoare până la adoptarea unui prezumtiv Cod maritim. Doctrina remarcă problemele acestei perioade de tranziție și adaptare la noile reglementări, precizând că „este greu de spus cum se va numi după 1 octombrie 2011 această parte rămasă vie dintr-un Cod comercial abrogat (adică oficial decedat): Codul comercial, Codul comercial astfel cum a fost păstrat în vigoare de Legea de punere în aplicare a Noului Cod Civil sau Codul maritim? Sau ce natură juridică vor avea raporturile juridice rezultate din actele și faptele generate de aplicarea în continuare a acestei părți supraviețuitoare din Codul Comercial: raporturi comerciale, maritime, civile etc.”¹³

C. civ. care reglementează responsabilitatea cărașului; art. 1.476 C. civ. care precizează: „întreprinzătorii de transporturi publice pe uscat și pe apă trebuie să țină un registru de bani, de efectele și pachetele cu care se însărcinează” și art. 1.477 C. civ. care face o trimitere la regulamentele specifice ale diferitelor ramuri ale transporturilor, precizând faptul că acestea sunt aplicabile.

¹¹ Transportul ocazional efectuat de către un necomerciant, de exemplu.

¹² G. Piperea, *op. cit.*, p. 22.

¹³ www.juridice.ro/157402/despre-noul-cod-civil-comercial.html, G. Piperea, *Despre noul Cod (civil) comercial*, 22.07.2011.

§ 4. Noțiunea de transportator. Analiză comparativă a reglementărilor Codului comercial român de la 1887 și a reglementărilor noului Cod civil

Subiectele dreptului transportului sunt: transportatorii, clienții (beneficiarii) – călătorii sau, după caz, expeditorii și destinatarii de mărfuri.

Operatorii de transport sunt transportatorii, români sau străini, care au acces egal și nediscriminatoriu la infrastructura deschisă accesului public.

Prin *transportator* se înțelege persoana fizică sau juridică, autorizată să efectueze transporturi interne sau internaționale de persoane ori de bunuri, în interes public sau în interes propriu, cu mijloace de transport deținute în proprietate sau cu contract de închiriere ori leasing¹⁴.

Noțiunea de *transportator* este sinonimă cu cea de căraș promovată de art. 413 C. com. De fapt, O.G. nr. 19/1997 prevede două noțiuni: *utilizatorul* de transport și *operatorul* de transport și al activităților conexe transporturilor.

Operatorii de transport sunt transportatorii, iar operatorii activităților conexe transporturilor sunt persoane fizice sau juridice care efectuează activitățile ce se desfășoară în legătură cu transportul sau în timpul transportului.

Utilizatorii sunt în transporturile de persoane călătorii sau pasagerii, iar în transportul de bunuri expeditorii (sau expediționarii dacă se încheie contractul prin comisionar). O.G. nr. 19/1997 prevede doar drepturile utilizatorilor. Astfel, utilizatorii de transporturi au acces egal și nediscriminatoriu la infrastructurile de transport de interes public, pot alege liber modul de transport, au posibilitatea de a efectua ei înșiși transportul sau de a apela la serviciile unui transportator liber ales.

Destinatarul¹⁵ nu este cuprins în noțiunea de utilizator, dar el, deși nu este parte în contractul de transport, este dobânditor de drepturi și obligații ce rezultă din acest contract, situația destinatarului fiind considerată o excepție de la principiul relativității efectelor actului juridic civil.

Reglementarea din Codul comercial român de la 1887. Potrivit art. 413 C. com., contractul de transport avea loc între „expeditor sau acela care dă însărcinarea pentru transportul unui lucru și întreprinzătorul care se obligă a-l face în numele său propriu și în socoteala altuia, ori între unul dintre aceștia și cărașul ce se însărcinează a-l face. Așadar se numea „căraș” persoana care își lua însărcinarea ca, într-un mod oarecare, să transporte, sau să se facă a se transporta, un obiect oarecare.

Definiția din Codul comercial român a fost supusă criticilor din partea autorilor de specialitate datorită faptului că era imprecisă în definirea părților contractului de transport și a operațiunii de transport, în general¹⁶. Textul amintit era criticabil din mai multe puncte de vedere și anume: în text nu se făceau referiri la destinatarul mărfurilor transportate, cu toate că el dobânda anumite drepturi și obligații ce izvorau din acest contract; potrivit acestei definiții era considerată ca parte în contractul de transport și acela care acționează în numele sau pe socoteala expeditorului, adică un eventual mandatar sau comisionar. De regulă, expeditorul era proprietarul mărfurilor și parte în

¹⁴ Articolul 9 alin. (3) din Legea nr. 51/2002 ce modifică O.G. nr. 19/1997.

¹⁵ G. Piperea, *op. cit.*, p. 10.

¹⁶ G. Piperea, *op. cit.*, p. 21.

contractul de transport; noțiunea „cărăuș” era folosită în mai multe sensuri. Astfel, căraușul era cel care executa deplasarea de mărfuri în nume propriu și cu mijloace proprii; dar „cărăuș”, în accepțiunea Codului comercial, era și „cel care făcea să se transporte”, adică era cuprins în această noțiune și cel care intermedia această deplasare, adică un eventual comisionar¹⁷; textul de lege avea în vedere doar deplasarea de bunuri, ignorând-o pe cea de persoane.

Identificarea căraușului cu comisionarul de transporturi de către legiuitor a fost considerată de doctrină ca fiind o greșeală¹⁸ pentru că era denumit cărauș atât căraușul propriu-zis, cât și comisionarul de transporturi¹⁹. În legătură cu această accepțiune, pe care art. 413 alin. (2) Cod comercial o dădea noțiunii de cărauș, în literatura juridică s-a remarcat că cel ce „face să se transporte” fără a executa el însuși transportul, nu are calitatea de cărauș, ci este un intermediar între expeditor și cărauș. Această identificare între cărauș și comisionarul de transporturi a fost posibilă, întrucât în perioada adoptării Codului comercial existau numeroși comisionari de transporturi care se obligau să încheie contracte de transport în nume propriu, dar în contul clientului, asumându-și astfel întreaga răspundere a efectuării transportului.

Reglementarea din noul Cod civil. La o primă analiză a reglementărilor din noul Cod civil, observăm o schimbare a terminologiei: dacă în reglementările din Codul comercial se folosea noțiunea de „cărăuș”, în reglementările Codului civil se folosește noțiunea de „transportator”. O altă deosebire dintre cele două reglementări vizează tipul de contract la care se face referire, în sensul că în Codul comercial de la 1887 definiția contractului de transport se referea la transportul de bunuri, fiind extinsă prin interpretare și la transportul de persoane. Actualmente, definiția contractului de transport privește atât transportul de bunuri, cât și pe cel de persoane și numește transportator pe cel care-și asumă să transporte bunul sau persoana, „cu titlu principal”, dintr-un loc în altul, în schimbul unui preț pe care pasagerul, expeditorul sau destinatarul se obligă să îl plătească la timpul și locul convenite²⁰ în acel contract.

Noul Cod civil reglementează prin art. 1.960 și substituirea, în sensul că în cazul în care transportatorul își substituie un alt transportator pentru executarea totală sau parțială a obligației sale, acesta din urmă va fi considerat parte în contractul de transport. Doctrina²¹ consideră că situarea problemei substituiri transportatorului în secțiunea dispozițiilor generale în cadrul reglementărilor ce vizează contractul de transport reliefează intenția legiuitorului ca această reglementare să devină regula în materie, indiferent de modalitatea sau tipul transportului. Această idee este întărită și de dispozițiile art. 1.998 NCC care se referă la transportatorul care se obligă să transporte pe liniile altuia, articol ce este considerat ca fiind o „aplicație”²² a art. 1.960 NCC.

¹⁷ Toate acestea se explică prin faptul că la data apariției Codului comercial român expediția făcea parte din activitatea de transport, neexistând o activitate de expediție distinctă de cea de transport și având caracter comercial, ca în prezent.

¹⁸ Șt. Scurtu, *op. cit.*, pp. 25-40.

¹⁹ În același sens, O. Căpățână, nr. 12, p. 39; P. Pătrășcanu, nr. 50, p. 58; *Codul comercial adnotat*, nr. 21, pp. 364 și 365.

²⁰ Art. 1.955 noul Cod civil.

²¹ A.G. Atanasiu, A.P. Dimitriu, A.F. Dobre etc., *Noul Cod civil. Note. Corelații. Explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 720-735.

²² A.G. Atanasiu, A.P. Dimitriu, A.F. Dobre etc., *op. cit.*, p. 734.

Reglementările din actualul Cod civil privesc și cazul reprezentării transportatorului în transportul succesiv sau combinat²³. Astfel, potrivit art. 2.001 NCC, în transportul succesiv sau combinat, ultimul transportator îi reprezintă pe ceilalți în privința încasării sumelor ce li se cuvin în temeiul contractului de transport, iar transportatorul care nu își îndeplinește aceste obligațiile răspunde față de transportatorii precedenți pentru sumele ce li se cuvin acestora.

§ 5. Transportatorul – comerciant în Codul comercial român de la 1887 și profesionist în reglementările noului Cod civil român

Așa cum am mai precizat, părțile în contractul de transport de mărfuri sunt *expeditorul*²⁴ și *transportatorul*²⁵. Beneficiarul contractului este însă destinatarul²⁶, deși nu ia parte la încheierea acestui contract.

În materia dreptului transporturilor, cărașului i se cerea, potrivit reglementărilor din Codul comercial să aibă capacitatea de a fi comerciant. Codul comercial nu dădea o definiție a comerciantului, ci, mai degrabă, preciza cine are calitate de comerciant: persoanele fizice care săvârșesc fapte de comerț ca profesiune obișnuită și societățile care au ca obiect activitatea comercială. Potrivit doctrinei²⁷, comerciantul era definit ca fiind orice persoană – fizică sau juridică – care desfășoară activitate comercială, adică efectuează fapte de comerț cu caracter profesional. Din prevederile art. 7 C. com. rezulta că existau două categorii de comercianți: persoanele fizice și cele juridice, iar prin Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului mai aveau calitate de comerciant alte două categorii distincte: regiile autonome²⁸ și organizațiile cooperatiste²⁹.

Art. 1 din noul Cod civil prevede că dispozițiile sale reglementează raporturile patrimoniale și pe cele nepatrimoniale dintre persoane, ca subiecte de drept civil și

²³ Art. 1.957 NCC, Modalități de transport:

(1) Transportul poate fi realizat de unul sau mai mulți transportatori, în acest din urmă caz putând fi succesiv ori combinat.

(2) Transportul succesiv este cel efectuat de 2 sau mai mulți transportatori succesivi care utilizează același mod de transport, iar transportul combinat este cel în care același transportator sau aceiași transportatori succesivi utilizează moduri de transport diferite.

(3) Transportatorii care se succedă își predau unul altuia bunurile și bagajele transportate, până la destinație, fără intervenția expeditorului sau a călătorului.

²⁴ Expeditorul este numit și creditor al transportului și este persoana care încheie direct sau prin reprezentant contractul de transport cu cărașul. Așadar, expeditorul poate încheia contractul de transport personal sau prin mandatar sau comisionar.

²⁵ Transportatorul este persoana fizică sau juridică ce se obligă să efectueze transportul bunurilor la destinație, cu propriile mijloace, în schimbul unei sume de bani ce reprezintă echivalentul prestației sale. El este creditor al pretului transportului și debitor al transportului.

²⁶ Expeditorul mărfii poate fi el însuși destinatar, dar, de obicei, desemnează o altă persoană. Persoana desemnată ca destinatar dobândește față de căraș drepturi și obligații care își au originea în contractul de transport, deși destinatarul nu este parte în acest contract.

²⁷ S.D. Cărpenaru, *op. cit.*, p. 64.

²⁸ Sunt reglementate de Legea nr. 15/1990 ca persoane juridice prin transformarea fostelor unități economice de stat și sunt comercianți în baza prin Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului.

²⁹ După legile lor organice, organizațiile cooperatiste desfășoară o activitate de producere și desfacere de mărfuri și prestări de servicii. Ele își desfășoară activitatea pe baza principiilor gestiunii economice și beneficiază de personalitate juridică.

regulile sale constituie dreptul comun pentru toate domeniile la care se referă litera dispozițiilor sale sau care rezultă din spiritul dispozițiilor sale. Totodată, referindu-se la aplicarea generală a Codului civil, art. 3 NCC³⁰ prevede că dispozițiile sale se aplică și raporturilor dintre profesioniști, precum și raporturilor dintre aceștia și orice alte subiecte de drept civil. Tot Codul civil stabilește că profesioniști sunt toți cei care exploatează o întreprindere.

Se observă că noul Cod civil introduce două noțiuni: *profesionist* și *întreprindere*, noțiuni care înlocuiesc comerciantul și faptul de comerț și se precizează că profesionistul este cel care exploatează o întreprindere, iar exploatarea unei întreprinderi reprezintă exercițiul sistematic al unei activități de producție, comerț sau prestări de servicii, indiferent dacă se urmărește sau nu un scop lucrativ.

Doctrina³¹ remarcă faptul că există deosebiri între profesionist și un particular, în sensul că profesionistul exercită o activitate, în mod continuu, asumându-și un risc; este supus unei înmatriculări, autorizări, înscrieri în registre publice pentru opozabilitate față de terți și pentru protecția intereselor acestora și are un patrimoniu de afecțatiune, iar întreprinderea presupune o afacere organizată, adică o activitate sistematică de producție, comerț sau prestări de servicii organizată de întreprinzător pe risc economic propriu. Tot în doctrină se remarcă faptul că profesionistul nu trebuie confundat cu comerciantul, pentru că ar însemna să se confunde genul cu specia. Profesionist înseamnă comerciant, întreprinzător, operator economic, precum și orice altă persoană autorizată să desfășoare activități economice sau profesionale. Comerciantul nu este identic cu profesionistul, ci este doar o specie de profesionist.

Noul Cod civil și-a propus și a realizat schimbarea sistemului de reglementare a dreptului comercial. Astfel sistemul autonomiei dreptului comercial a fost înlocuit cu sistemul unității dreptului privat. Doctrina³² susține că în privința autonomiei dreptului comercial trebuie făcută deosebirea între autonomia legislativă și autonomia științifică. Prin reglementarea în noul Cod civil a unor instituții juridice profund comerciale se susține că a avut loc o comercializare a dreptului civil, iar dispozițiile comerciale ce își justificau specificitatea în comparație cu cele civile tocmai ca urmare a naturii raporturilor comerciale, nu numai că nu au dispărut, ci au fost extinse tuturor raporturilor de drept privat. Acest fapt se poate observa și din modul în care regulile derogatorii ale obligațiilor comerciale au fost preluate de noul Cod civil din Codul comercial de la 1887.

Așadar, noul Cod civil promovează concepția monistă de reglementare a raporturilor de drept privat, în sensul că încorporează toate reglementările privitoare la persoane, relații de familie și relații comerciale, precum și dispozițiile de drept internațional privat. Dată fiind concepția monistă reflectată în noul Cod Civil, acesta va acoperi reglementarea atât a raporturilor dintre persoane ca subiecte ale relațiilor sociale personale, cât și a relațiilor sociale cu conținut patrimonial, indiferent de domeniul de drept în care se manifestă acestea: comercial, muncii, financiar, funciar etc. Drept urmare, normele de

³⁰ Noul Cod civil.

³¹ www.juridice.ro/157402/despre-noul-cod-civil-comercial.html, G. Piperea, *Despre noul Cod (civil) comercial*, 22.07.2011.

³² L. Săuleanu, *Specificul obligațiilor asumate de profesioniști în contextul dispozițiilor noului Cod civil, studiu susținut în cadrul Conferinței "Avocatura și mediul de afaceri. Impactul Noului Cod civil"*, organizată de Baroul Vâlcea, Rm. Vâlcea, 1 octombrie 2011.

drept cuprinse în noul Cod Civil vor reprezenta dreptul comun pentru toate domeniile de reglementare avute în vedere și care intră sub incidența acestuia. Cu toate acestea, reglementarea anumitor materii rămân, în principiu, supuse legilor speciale³³.

Instituția obligațiilor comerciale este instituția cea mai afectată de schimbarea sistemului de reglementare a dreptului comercial. De fapt, unitatea de reglementare a dreptului privat realizată de noul Cod civil se referă, în special, la materia obligațiilor. Prin consacrarea unității de reglementare se pune în discuție însăși distincția dintre obligațiile civile și obligațiile comerciale³⁴.

Noul Cod civil definește profesioniștii ca fiind toți cei care exploatează o întreprindere, având o arie de aplicare mult mai largă decât cea a „comerciantului” din reglementarea comercială. Legea nr. 71/2011 privind punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil prevede faptul că noțiunea de „profesionist” va include categoriile de comerciant, întreprinzător, operator economic, precum și orice alte persoane autorizate să desfășoare activități economice sau profesionale. Prin urmare, și profesiile liberale vor intra în sfera noțiunii de profesionist. Trebuie subliniat, de asemenea, și faptul că Legea nr. 71/2011 privind punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil substituie noțiunea de „comerciant”³⁵ cu cea de persoane fizice sau, după caz, juridice supuse înregistrării în Registrul Comerțului³⁶.

Persoanele fizice pot desfășura activități economice în formele prevăzute de O.U.G. nr. 44/2008, și anume: individual și independent, ca persoane fizice autorizate, ca titular al unei întreprinderi individuale sau ca membru al unei întreprinderi familiale. În toate cazurile, exploatând o întreprindere comercială, persoana fizică în cauză are calitatea de comerciant.

Persoanele juridice care exploatează o întreprindere comercială au și ele calitatea de comerciant: societățile comerciale, regiile autonome, societățile cooperatiste, organizațiile cooperatiste etc.

Referitor la societățile comerciale, în analiza dispozițiilor legii speciale, trebuie avute în vedere reglementările Codului civil privind contractul de societate și cele referitoare la statutul persoanelor juridice.

§ 6. Transportatorul persoană juridică – regim juridic potrivit noului Cod civil

În privința regimului juridic instituit de noul Cod civil, o persoană juridică trebuie să îndeplinească o serie de condiții, potrivit art. 187 NCC, pentru a putea dobândi personalitate juridică: 1) o organizare de sine stătătoare, 2) un patrimoniu propriu, 3) un scop licit și moral. Reglementările din noul Cod civil referitoare la persoana juridică constituie norma generală în această materie și se va aplica în acele situații în care normele speciale referitoare la această materie nu prevăd altfel.

³³ De exemplu, societățile comerciale, activitatea bancară, insolvența etc.

³⁴ www.juridice.ro/129735/dreptul-comercial-in-conditiile-noului-cod-civil.html, S.D. Cărpenu, *Dreptul comercial în condițiile noului Cod civil*, în *Curierul judiciar* nr. 10/2010, pp. 544-546.

³⁵ Art. 1 din Legea nr.26/1990 privind registrul comerțului.

³⁶ Revista de note și studii juridice, Cornel Popa, Ruxandra Frangeti, *Notiunile de comerciant și de profesionist în noua legislație civilă*, 26.10.2011.

Totodată, persoanele juridice sunt supuse înregistrării, dacă legile care le sunt aplicabile prevăd această înregistrare. Prin înregistrare se înțelege înscrierea, înmatricularea sau orice altă formalitate de publicitate prevăzută de lege, făcută în scopul dobândirii personalității juridice sau al luării în evidență a persoanelor juridice legal înființate. Înregistrarea se face la cerere sau, în anumite cazuri prevăzute de lege, din oficiu.

Persoana juridică poate avea orice drepturi și obligații civile, afară de acelea care, prin natura lor sau potrivit legii, nu pot aparține decât persoanei fizice, iar persoanele juridice fără scop lucrativ pot avea doar acele drepturi și obligații civile care sunt necesare pentru realizarea scopului stabilit prin lege, actul de constituire sau statut. Actele juridice încheiate cu încălcarea acestor dispoziții legale vor fi lovite de nulitate absolută.

Această reglementare a modificat principiul specialității capacității de folosință, prevăzut în art. 34 din Decretul nr. 31/1954 în sensul că nu vor mai fi lovite de nulitate absolută actele care nu sunt făcute în vederea realizării scopului statutar al persoanei juridice decât în cazul persoanei juridice fără scop lucrativ sau dacă actele încheiate vizează drepturi și obligații ce pot aparține exclusiv persoanei fizice.

În cazul activităților care trebuie autorizate de organele competente, dreptul de a desfășura asemenea activități se naște numai din momentul obținerii autorizației respective, dacă prin lege nu se prevede altfel. Actele și operațiunile săvârșite fără autorizațiile prevăzute de lege sunt lovite de nulitate absolută, iar persoanele care le-au făcut răspund nelimitat și solidar pentru toate prejudiciile cauzate, independent de aplicarea altor sancțiuni prevăzute de lege³⁷.

³⁷ Art. 207 NCC.

Protecția prezumției de nevinovăție de către judecător împotriva propriilor acte

Drd. Lavinia Nicoleta BRĂCĂCESCU
Facultatea de Drept și Științe Sociale,
Universitatea din Craiova



Protection of the presumption of innocence by the judge against their own acts

Abstract:

Taking into account the principle of the judge's active role, the principle of finding the true and the principle of formality and workability, it is hard to believe that the judge would not have certain obligations in order to efficiently ensure the litigants' rights. Due to its complex value – rule of evidence and substantive rule, the presumption of innocence enforces the judge, besides the positive obligation of preventing and attenuating the trespass to the presumption, a negative obligation – in order to refrain from some actions that could affect this presumption – which is the subject of this paper.

This paper is dedicated to a constant concern of the judge when a person on which incumbent a criminal charge is brought before him. As the source of this concern is the dignity of function, its care should multilaterally be exercised on.

What does this means?

It means that not only the refrain from statements should prevent the trespass to the presumption of innocence, but also the refrain from the faulty understanding of legal institutions (directly related to the plurality of crimes and to the grounds of deprivation of freedom), the refrain from interpreting the defendant's refusal to give statements as an absolute presumption of guiltiness, as well as the refrain from conditioning the grant of compensation according to the grounds of the discharge.

Therefore, jurisdictional protection of the presumption of innocence is not only a purpose but also a way and a warranty of pronouncing a grounded legal solution. Indeed, the criminal scope of the trials presents a particularity – that all warranties recognized to the parties in the trial are subsumed to the imperative of restoring the legal order. The explanation would be the fact that one of the conflict subjects is the society. From this point of view, the impact of some judge' actions, in the exercise of his function, expands in the social sphere, beyond the warranties of a trial.

These essential points will form the structure of our paper and will be detailed principally taking into account the advices of the Consultative Council of European Judges (CCJE) as well as the jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Court of Justice in Luxembourg concerning the jurisprudence of national courts.

Keywords: judge, presumption of innocence, protection, refrain, criminal case, warranties.

§ 1. Introducere

Rolul judecătorilor, care alcătuiesc instanțele de judecată ce sunt subiecți oficiali cu rol principal în activitatea procesual penală, este subsumat scopului procesului penal. Deși la o primă vedere armonizarea ordinii de drept cu protejarea drepturilor și libertăților individului nu întâmpină dificultăți, jurisprudența instanțelor naționale și internaționale dovedesc contrariul.

Nu se poate vorbi despre un drept sau o libertate – cauză a restrângerii altui drept sau a altei libertăți¹ căci ar însemna ca în ultimă măsură, să stabilești o ierarhie între ele. De aceea atitudinea judecătorului trebuie să fie în sensul de a nu se pronunța explicit asupra alegerii între cele două variante, evitând astfel ipoteza unui conflict între ele, ci analizează compatibilitatea între cele două sau mai multe interese ale părților, eventual și ale societății. Este vorba cel mult de o fază de încercare a echilibrării care nu reclamă aplicarea soluției de preeminență a uneia asupra alteia. Iar atunci când în cauză survin și drepturi substanțiale, dar și procedurale- precum prezumția de nevinovăție, garantarea acestor din urmă este o condiție *sine qua non* pentru exercitiul celorlalte drepturi.

Potrivit art. 5² din Codul de procedură penală, art. 6 paragraf 2 din Convenția europeană a drepturilor omului, denumită în continuare *Convenția Europeană a Drepturilor Omului* și art. 48 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene *orice persoană acuzată de săvârșirea unei infracțiuni este prezumată nevinovată până ce vinovăția sa va fi legal stabilită*. Deci, din momentul acuzării și până la rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare individul se bucură de protecție.

De vreme ce acuzația în materie penală este o noțiune autonomă conceptului național ea trebuie interpretată în sensul oricărei notificări oficiale emise de o autoritate competentă, prin care se impută unei persoane săvârșirea unei infracțiuni. Asta înseamnă că subiect al protecției judecătorului poate fi nu numai inculpatul, ci și învinuitul, și chiar persoane citate ca martori, dacă acestea apreciază că există cu privire la sine probe incriminatoare.

Cum se poate concretiza această protecție asigurată de judecător? Răspunsul poate varia, articolul de față propunându-și o abordare cu puternice influențe practice.

Abținerea de la declarații, abținerea de la defectuoasa înțelegere a instituțiilor juridice (cu referire directă la pluralitatea de infracțiuni și la temeiurile privării de libertate), abținerea de la interpretarea refuzului acuzatului (sau martorului în anumite situații) de a da declarații drept o prezumție absolută de vinovăție, abținerea de la condiționarea acordării despăgubirilor în funcție de temeiurile achitării, ori imperativul administrării probelor sub toate aspectele sunt manifestări exprese sau tacite la care judecătorul trebuie sau nu să apeleze pentru a evita ca el însuși să devină subiectul activ al atingerilor aduse prezumției de nevinovăție. În aceeași situație se poate afla și când manifestările sale nu derivă dintr-un cadru procesual penal legal, fiind vorba de manifestări prealabile de atingere aduse de particulari. Ipoteza în acest caz este ce anume trebuie să facă judecătorul pentru a evita sau a înlătura violarea prezumției de către acest terț și implicit prin decizia luată, de el însuși.

¹ D.C. Dănișor, *Considerații privind reglementarea constituțională a restrângerii exercițiului unor drepturi sau al unor libertăți*, în *Noua Revistă de Drepturile Omului*, nr. 2/2008, Ed. C.H. Beck.

a') Abținerea de la anumite declarații

Astfel, pornind de la momentul în care se declanșează, ca existență prezumția de nevinovăție judecătorul trebuie să ia în considerare riscul aducerii atingere acesteia. Într-o cauză contra Italiei, *Marziano* – din 28 noiembrie 2002 –, nu numai că a existat acest risc, dar atingerea a fost imputată chiar judecătorului de investigații, care, deși a dispus soluția netrimiterii în judecată pentru acuzația de abuz sexual asupra unui minor, totuși în considerentele hotărârii l-a fost declarat vinovat pe învinuit. Deși Curtea a considerat că hotărârea doar relatează existența unei suspiciuni, și nu declară existența vinovăției, speța este relevantă pentru un judecător preocupat de asigurarea echității procesului sub toate aspectele.

De reținut obligația negativă a păstrării tăcerii, și a nu formula afirmații premature cu privire la calitatea acuzatului- de vinovat. În cauza *Lavens c. Letonie*, declarațiile unui judecător în presă cu privire la riscul condamnării sau achitării parțiale a inculpatului, precum și atitudinea de uimire că în ciuda tuturor acuzațiilor aduse acesta pledează nevinovat dovedesc ideea deja prestabilită a magistratului cu privire nu numai la existența vinovăției, dar și la gradul ei, deci și implicit la pericolozitatea pe care acesta o prezenta. Ori, de vreme ce nu poate judeca în cauză un judecător care anterior se pronunțase numai asupra efectuării unei percheziții, în cursul urmăririi penale, deci care în mod direct nu indica existența vreunei suspiciuni, cu atât mai mult cel care o și declară nu poate fi competent a judeca în cauză respectivă. Intervine în cauză aparenta imparțialității, dublată evident de încălcarea prezumției de nevinovăție.

Care ar trebui să fie sancțiunea aplicată de judecător în acest caz? În astfel de situații, judecătorul, conștient de natura faptei săvârșite care a făcut să se piardă aparenta imparțialității este obligat să formuleze cerere de abținere. În cazul în care nu a făcut-o, poate interveni recuzarea la cererea oricărei părți (iar în temeiul egalității de arme, chiar și de procuror, pentru ca acesta să nu se afle într-o situație strict dezavantajoasă atunci când părtinirea judecătorului ar produce un dezechilibru între acuzare și apărare – mai rar însă astfel de situații, în sensul că asta ar însemna ca procurorul să susțină nevinovăția celui acuzat).

Nu are importanță forma sub care a fost făcută declarația, ea putând fi și dubitativă, și interogativă, pentru că în sens contrar prezumția nu ar mai avea caracter efectiv².

Prin urmare, când se pune problema comportamentului extra-juridic al judecătorului, trebuie găsit un echilibru rezonabil între gradul în care ei se pot implica în societate și nevoia ca ei să fie văzuți ca independenți și imparțiali în îndeplinirea îndatoririlor lor. În ultimă instanță, trebuie să se pună întrebarea dacă, în acel context social și în ochii unui observator informat și rațional, judecătorul s-a implicat într-o activitate care ar putea să-i compromită în mod obiectiv independența sau imparțialitatea³.

² C. Bîrsan, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului, Vol. I*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 546.

³ Avizul nr. 3 al Consiliului Consultativ al Judecătorilor Europeni (CCJE) în atenția Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei asupra principiilor și regulilor privind imperatiile profesionale aplicabile judecătorilor și în mod deosebit a deontologiei, comportamentelor incompatibile și imparțialității, para. 28.

Concluzionând, în primul rând, poziția judecătorului trebuie să fie una neutră cu privire la ipoteza că cel inculpat este realmente subiectul activ al infracțiunii. De reținut însă că nu este contestată orice fel de declarație publică a judecătorului, atâta vreme cât face mențiunea existenței unor suspiciuni, și nu a unor certitudini cu privire la vinovăție⁴.

În al doilea rând, sarcina probei revine acuzării, care trebuie să prezinte probe temeinice, iar dubiul profită acuzatului. Și chiar dacă se efectuează acte procedurale sau procesuale intenționate, vădit subiective, și chiar dacă nu se administrează nicio probă în apărare, totuși judecătorul trebuie să rămână imparțial. De aceea nu se consideră o încălcare a prezumției de nevinovăție atașarea la dosarul de urmărire penală a cazierului judiciar al inculpatului.

b') Abținerea de la defectuoasa înțelegere a instituțiilor juridice

În ce măsură greșita înțelegere a unor concepte juridice, ori a unor instituții juridice, sau nefericitele conexiuni pot avea drept consecință violarea prezumției de nevinovăție nu este greu de dedus.

În fond imparțialitatea judecătorului este cea vizată și afectată iar de aici până la răsturnarea prezumției nu este decât un pas. Oricum ar fi, imparțialitatea trebuie să subziste și ca aparentă, și ca esență; cu alte cuvinte formarea prematură a unei idei despre vinovăție este de natură a influența chiar și soluționarea procesului.

Pluralitatea de infracțiuni

O altă situație particulară este cea a pluralității de infracțiuni care presupune acea situație juridică a persoanei fizice care comite mai multe infracțiuni înainte de a fi condamnată definitiv pentru vreuna din ele cât și situația juridică a persoanei care săvârșește o nouă infracțiune după ce a fost condamnată definitiv pentru una sau mai multe infracțiuni⁵.

Care ar trebui să fie poziția judecătorului față de o persoană aflată într-o asemenea situație? În mod cert, raportarea sa cu privire la vinovăție ar trebui să fie aceeași ca și în situația în care ar fi vorba despre o singură infracțiune. Din fericire, în materia concursului de infracțiuni, legislația penală românească reduce foarte mult gradul de apreciere personală a judecătorului pentru momentul individualizării pedepsei, abordarea fiind extrem de tehnică, și numai din perspectiva stabilirii sporului ar putea interveni această apreciere. De vreme ce în cazul acestei forme de pluralități nu există o condamnare definitivă pentru niciuna dintre infracțiuni, prezumția de nevinovăție nu are niciun temei legal pentru a fi răsturnată.

Dar nici în cazul existenței unei condamnări definitive, ca în cazul recidivei, răsturnarea prezumției cu privire la o persoană pentru o anumită infracțiune nu poate opera pentru toate infracțiunile comise de acea persoană, atâta vreme cât încă aceasta nu a fost condamnată. Este evident că starea de recidivă trădează o prezumție de perseverență infracțională, care îi agravează pedeapsa, dar se cuvine judecătorului a nu amalgama gradul de pericol social sporit al individului cu certitudinea săvârșirii unei infracțiuni.

⁴ Poate interveni în cauză, de această dată, obligația de rezervă, deci de păstrare a secretului profesional.

⁵ C. Niculeanu, *Curs de drept penal, Partea generală*, Ed. Sitech, Craiova 2003, p. 149.

Temeiurile privării de libertate

În strânsă legătură cu această idee este și percepția greșită asupra temeiurilor privării de libertate, în sensul că acele condiții nu impun existența unei certitudini cu privire la vinovăție, la săvârșirea anumitor fapte de sustragere etc., ci formularea este, potrivit art. 148 CPP „există date”. Într-adevăr, lit. f) prevede că se poate dispune arestarea inculpatului dacă „inculpatul a săvârșit o infracțiune pentru care legea prevede pedeapsa detențiunii pe viață sau pedeapsa închisorii mai mare de patru ani și există probe că lăsarea lui în libertate prezintă un pericol concret pentru ordinea publică”. Din interpretarea gramaticală și analiza paralelă a celor două propoziții asociate ar rezulta că în prima propoziție avem de a face cu o certitudine, iar din a doua cu o probabilitate. În această privință, Curtea Constituțională a României în Decizia nr. 245/2006 (publicată în M. Of. nr. 290 din 30 martie 2006) cu privire la art. 148, pe atunci alin. h) susține că probele au rolul obiectivării motivelor pentru care se bănuiește săvârșirea infracțiunii de către persoana față de care s-a dispus arestarea preventivă, iar obligația judecătorului este de a deține și învedera o explicație credibilă și întemeiată pentru măsura dispusă. Iar certitudinea cu privire la săvârșirea infracțiunii nu poate surveni decât la finalul procesului, când se impune pronunțarea hotărârii de condamnare la pedeapsa închisorii. Astfel, pretinsa încălcare a prevederilor constituționale din art. 23, alin. (11) – referitoare la prezumția de nevinovăție – nu poate fi reținută.

Același lucru susține Curtea Constituțională și în Decizia nr. 76/2005 (publicată în M. Of. nr. 157 din 22 februarie 2005) motivând că măsura procesuală constituie un mijloc de dinamizare a urmării penale și a procesului penal per ansamblu, că formularea articolului trebuie înțeleasă în sensul că există date și indicii considerate temeinice, în raport cu stadiul în care se află procesul penal, despre existența unei infracțiuni. În plus, termenul de infracțiune (în locul celui de faptă prevăzută de legea penală) trebuie înțeles din punct de vedere tehnic, el făcând referire la încadrarea faptei într-un anumit text de lege, care prevede pentru infracțiunea respectivă o pedeapsă de o anumită gravitate.

Așadar, luând în considerare finalitatea ordinii juridice și deci aplicând o interpretare teleologică, și conexas-o cu garanția prezumției de nevinovăție se cuvine a înțelege că privarea de libertate prin aplicarea măsurii de arestare preventivă nu implică automat vinovăția inculpatului. Și chiar dacă ar exista numai probe în acuzare, totuși condamnarea nu presupune proclamarea vinovăției și atât. Intervin în cauză aspecte de individualizare a pedepsei, ceea ce presupune și o particularitate a vinovăției.

În acest sens, în cauzele *Matijaevic c. Serbiei*⁶ și *Nestak c. Slovaciei*⁷ CEDO susține nevoia de a face o distincție între afirmația că cineva este suspectat de a fi comis o infracțiune și o declarație judiciară clară, în absența unei condamnări definitive, că o persoană a comis infracțiunea în cauză⁸. Ori care era raționamentul completului de trei judecători care au decis să-i prelungească starea de arest? În paragraful 7 al hotărârii se stipulează faptul că acuzatul a comis fapte penale și există probabilitatea de a mai comite și altele în ipoteza lăsării lui în libertate.

⁶ Hotărârea CEDO pronunțată în 19 septembrie 2006.

⁷ Hotărârea CEDO pronunțată în 27 februarie 2007.

⁸ M. Udroui, O. Predescu, *Protecția europeană a drepturilor omului și procesul penal român*, Tratat, Ed. All Beck, București, 2008, p. 626.

Indiferent că la finalul procedurilor judiciare aceștia ar fi fost sau nu condamnați, ei aveau dreptul de a se bucura de imaginea de nevinovați până la rămânerea definitivă a hotărârii. Cu alte cuvinte, de protecția oferită de prezumție trebuie să se bucure acuzatul pe parcursul întregii proceduri penale, oricare ar fi rezultatul ei.

Indiferent că este vorba despre o obligație pozitivă sau negativă din partea judecătorului, de a nu lăsa sau de a nu atinge chiar el prezumția de nevinovăție, trebuie menționat momentul până la care îi incumbă această obligație. Cel mai adesea tentația este ca din momentul pronunțării condamnării cel prezumat nevinovat să devină vinovat. Totuși, puține sunt situațiile în care rămânerea definitivă a hotărârii corespunde momentului pronunțării⁹, astfel că în acest interval nici organele judiciare, și nici părțile să nu se grăbească în a emite aprecieri, mai ales că exercitarea unei căi de atac prelungește aplicabilitatea prezumției și poate chiar răsturna soluția pronunțată anterior.

c') Abținerea de la interpretarea refuzului acuzatului de a da declarații drept o prezumție absolută de vinovăție

A condamna o persoană pe motivul indirect și tacit al refuzului de a contribui la propria incriminare este gradul cel mai ridicat, poate, al absenței de echitate a procedurilor într-un proces penal. Deși aparenta sancționării ar fi alta- existența probelor incriminatorii, de exemplu, sau obținerea lor prin constrângere, ea este indisolubil legată de protejarea prezumției de nevinovăție. De fapt, respectarea acestei prezumții este strâns legată de dreptul de a tăcea și de a nu contribui la propria incriminare¹⁰.

Când pentru comiterea unui accident este condamnată o persoană pe motiv că în seara respectivă nu se afla la domiciliu și pe motiv că a păstrat tăcerea cu privire la ceea ce s-a întâmplat este clar că hotărârea judecătorului, întemeiată doar pe un raport al poliției a fost pronunțată cu nesocotirea prezumției de nevinovăție¹¹ și trebuie desființată. Pentru ca un proces să fie echitabil, această echitate trebuie apreciată ca trăsătură a întregii proceduri, ceea ce include analiza prezumției. La judecători punctul de plecare în administrarea probelor nu a fost o ipoteză, ci direct o concluzie. Iar prin această atitudine, nu numai ca dreptul subiectiv al individului, dar și ca regulă de probă (în sensul deplasării sarcinii probei de la acuzare la apărare) prezumția de nevinovăție a fost încălcată.

În plus, atunci când chiar nu există suficiente probe în acuzare, soluția trebuie să fie încercarea obținerii lor prin presiuni, ci pronunțarea achitării. Iar pronunțarea unei astfel de soluții este expresia nevinovăției acuzatului care trebuie să se perpetueze indiferent de motivele de fapt sau de drept care au stat la baza ei. În ce măsură judecătorul ar trebui să aibă această percepție și ar trebui să acorde despăgubiri acuzatului vom analiza în subsecțiunea următoare.

De menționat și păstrarea obiectivității și imparțialității judecătorului cu privire la declarațiile martorului, când acesta dă o declarație cu consecințe incriminatorii la adresa lui. Chiar dacă în principiu există obligația colaborării lui cu organul judiciar, atunci când,

⁹ A se vedea art. 416, 416¹ și 417 Cod procedură penală.

¹⁰ M. Udriou, O. Predescu, *Protecția europeană a drepturilor omului și procesul penal român, Tratat*, Ed. All Beck, București, 2008, p. 629.

¹¹ Cu atât mai mult cu cât din probele acuzatoare administrate nu reieșea fără echivoc vinovăția celui acuzat. A se vedea hotărârea pronunțată de CEDO în data de 20 martie 2001, în cauza *Telfner c. Austriei*.

de exemplu, un învinuit ori inculpat într-un dosar devine martor într-un alt dosar disjuns de acesta, el beneficiază de dreptul la tăcere și dreptul de a nu se autoincrimina. Ceea ce implică și obligația organului judiciar de a nu interpreta refuzul acestuia de a da declarații drept o circumstanță agravantă sau o vinovăție implicită.

d') Abținerea de la condiționarea acordării despăgubirilor în funcție de temeiurile achitării

Ca regulă de probă, prezumția de nevinovăție presupune că absența probelor de vinovăție echivalează cu nevinovăția. Ce se înțelege prin nevinovăție? Nu atât neîndeplinirea condițiilor privind latura subiectivă a infracțiunii, cât absența vreuneia dintre trăsăturile esențiale ale infracțiunii¹².

Când soluția pronunțată de judecător a fost achitarea în absența unor probe certe care să-l incrimineze pe acuzat, este evident că judecătorul în acest caz nu și-a putut forma o convingere sigură cum că făptuitorul este vinovat. Ori de vreme ce nu există o certitudine în acest sens, poate fi vorba de un refuz cert, a priori, a unei cereri de acordare a unor despăgubiri pentru perioada de arest preventiv? Răspunsul este negativ.

Practica judecătorilor este însă alta uneori, distingând între lipsa oricărui dubiu asupra vinovăției și existența câtorva dubii. Poziționarea acestora nu este însă echitabilă, căci oricare ar fi motivele reținute de judecători, soluția este numai una. Și aceasta are impact și asupra acuzatului, și asupra ordinii publice. Deși aspectele civile prea puțin interesează și afectează opinia publică, în schimb, nerespectarea de către judecător a dispozitivului unei hotărâri penale merge în contra curentului garantării drepturilor omului. Nu este exclus ca în final soluția judecătorului să fie în sensul neacordării despăgubirilor, dar ceea ce este de condamnat este poziționarea încă de la început împotriva ideii de admitere pe rol a unei astfel de cereri. Practic, nici hotărârea judecătorească, și nici prezumția de nevinovăție, devenită absolută prin rămânerea definitivă a hotărârii de achitare nu ar mai avea efecte *erga omnes*. Așadar, garanția prezumției de nevinovăție produce efecte și ulterior desfășurării procesului penal¹³.

Toate aceste situații expuse relevă opțiunile judecătorului de a acționa sau nu potrivit legii în sensul respectării prezumției, într-un cadru legal preexistent.

Ce se întâmplă atunci când intervenția sa este ulterioară unei alte intervenții nelegitime, în cadrul unui proces penal, și reclamă o conduită a acestuia în primul rând pentru a preveni sau sancționa atingerile ce pot surveni din partea particularilor sau instituțiilor statului? Ce măsuri pot fi luate sau trebuie luate de judecător pentru a evita atingerile?

Practic este vorba despre situația actelor judecătorului care pot surveni independent de orice act sau inacțiune a unui terț, sau dimpotrivă, ele pot surveni ulterior și dependent de un act premergător și nelegal. În această ultimă situație, cum se pot păstra ele astfel încât să nu dubleze gravitatea atingerilor aduse prezumției de nevinovăție.

Privită chestiunea din perspectiva instituțiilor statului, mai concret din perspectiva judecătorului – care face obiectul analizei, important este de analizat ce anume poate

¹² M. Udrioiu, O. Predescu, *Protecția europeană a drepturilor omului și procesul penal român, Tratat*, Ed. All Beck, București, 2008, p. 633.

¹³ F. Sudre, *Drept european și internațional al drepturilor omului*, Ed. Polirom, 2006, p. 295

face el astfel încât justițiabilii să nu-și mai caute protecția drepturilor în fața instanțelor europene. Cum se poate concretiza, deci, protecția prezumției de nevinovăție împotriva procurorilor, polițiștilor, experților, presei etc. Până unde poate merge rolul activ al judecătorului, astfel încât să nu depășească sfera competențelor sale?

e') Actele judecătorului – răspuns la actele nelegitime ale particularilor

Ori de câte ori judecătorul este sesizat ulterior încălcării, cu o nouă cauză care are ca obiect exclusiv încălcarea dreptului la prezumția de nevinovăție, în mod cert el nu trebuie să ignore plângerea și să deruleze toate diligente necesare în vederea stabilirii, în cadrul unui proces, dacă și în ce măsură s-a adus atingere dreptului invocat. Cel mai adesea însă, în astfel de cauze, se invocă conexas cu nerespectarea prezumției – depășirea limitelor libertății de exprimare, cu consecințe asupra demnității și dreptului la imagine al persoanei [art. 30 alin. (6) din Constituția României și art. 10 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului].

Cea care suscită probleme este ipoteza unei încălcări a prezumției de nevinovăție, evidente inclusiv pentru judecător.

Un prim aspect, și cel mai important, dar care nu ține atât de mult de caracterul negativ al obligației de protecție presupune păstrarea imparțialității, indiferent de natura vinovăției proclamate, ori de calitatea celui care o face.

Un alt aspect îl constituie situația unei astfel de încălcări cu ocazia unei ședințe de judecată, când martori, părți sau însuși procurorul face judecăți de valoare, afirmând vinovăția celui acuzat. În acest caz se cuvine în primul rând a le atrage atenția asupra modalității de formulare, iar în măsura în care nu respectă dispoziția judecătorului se cuvine a le aplica o amendă judiciară. Cauza însă nu este exclusiv încălcarea adusă prezumției, ci conexasă cu tulburarea ordinii și solemnității ședinței și cu depășirea limitelor libertății de exprimare.

Spre deosebire de astfel de sancțiuni administrative aplicate particularilor, în privința procurorului, dincolo de atragerea atenției asupra modalității de exprimare, judecătorul mai poate cel mult să-i arate cazul de incompatibilitate în care se află. Reglementările naționale nu prevăd însă posibilitatea recuzării lui de către judecător; aceeași abordare a incompatibilității este valabilă și pentru expertul din ale cărui afirmații sau acte reiese convingerea prestabilită asupra vinovăției persoanei în cauză.

În cazul încălcărilor prezumției de nevinovăție cu ocazia unor învinuiri formulate public, în temeiul rolului activ al său judecătorul poate tot să-i atragă atenția asupra riscului încălcării prezumției, sau chiar a încălcării ei. Dar la nivel procedural, cel mai mult poate face partea vizată și afectată în drept care poate introduce o acțiune în justiție împotriva procurorului respectiv.

Recomandarea nr. R (94) 12, Principiul I (2) (d) stipulează că: „Legea trebuie să prevadă sancțiuni împotriva persoanelor care încearcă să influențeze judecătorii în orice mod”. Ca principii generale, libertatea față de influențe nedorite și necesitatea aplicării de sancțiuni în cazuri extreme sunt incontestabile(..). Mai mult, CCJE nu are motive să creadă că acestea nu sunt prevăzute corespunzător ca atare în legislația statelor membre. Pe de altă parte, operarea lor în practică necesită prudență, atenție și, în unele contexte, constrângere politică. Discuțiile purtate cu judecători din diverse state și înțelegerea și sprijinul de care au dat dovadă pot fi foarte utile în această privință. Dificultatea stă mai

dgrabă în a decide ce constituie influență nedorită și de a realiza un echilibru între, de exemplu, necesitatea de a proteja procesul judecătoresc față de denaturări și presiuni, fie politice, fie din partea presei sau a altor surse, și interesul dezbaterii publice a chestiunilor de interes public în viața publică și într-o presă liberă.

Judecătorii trebuie să accepte că ei sunt figuri publice și că nu trebuie să aibă un caracter prea susceptibil sau o constituție prea fragilă¹⁴.

f') Preocuparea administrării probatoriului sub toate aspectele

Ca regulă de probă, prezumția de nevinovăție impune judecătorului să-și manifeste activ rolul său în vederea aflării adevărului și soluționării echitabile a cauzei. Potrivit art. 287 CPP convingerea judecătorului trebuie să se facă pe baza probelor administrate în cauză – probe care îl pot incrimina pe inculpat, sau îl pot apăra. Iar judecătorul nu trebuie să fie reticent în a lua în considerare ambele categorii de probe. Și chiar dacă în adâncul sufletului lui el ar fi convins de vinovăția inculpatului, posibilitatea schimbării opiniei nu trebuie scoasă din calcul de către el¹⁵.

La finalul administrării probatoriului, numai în măsura în care rezultă că fapta există, este infracțiune și a fost săvârșită de inculpat, prezumția este răsturnată. În caz contrar, dacă judecătorul constată numai existența unor date, unor probe netemeinice, care nu sunt de natură a confirma suspiciunea săvârșirii unei infracțiuni, prezumția de nevinovăție se permanentizează. Această administrare a probelor și lămurire a cauzei sub toate aspectele poate fi percepută drept o transpunere a egalității armelor, de data aceasta fiind vorba despre o egalitate a probelor.

În cauza *Kiprianou contra Greciei*, potrivit constatării CEDO, din conduita procesuală a instanței, care a culminat cu motivarea hotărârilor interne, se putea desprinde lipsa unei imparțialități. Au fost avute în vedere inițierea unor proceduri sumare, dialogurile purtate între petent și judecători, cuvintele folosite în motivarea deciziei, toate acestea denotând eșecul detașării judecătorilor de situația existentă.

Înainte de a fi o problemă de drept, regula *in dubio pro reo* este o problemă de fapt. Înfăptuirea justiției penale cere ca judecătorii să nu se întemeieze, în hotărârile pe care le pronunță, pe probabilitate, ci pe certitudinea dobândită pe bază de probe decisive, complete, sigure, în măsură să reflecte realitatea obiectivă (fapta supusă judecătii).

Numai așa se formează convingerea, izvorâtă din dovezile administrate în cauză, că realitatea obiectivă (fapta supusă judecătii) este, fără echivoc, cea pe care o înfățișează realitatea reconstituită ideologic cu ajutorul probelor¹⁶.

Numai o stabilire a situației reale de fapt precum și a tuturor împrejurărilor și circumstanțelor reale și personale privitoare la fapta săvârșită și la făptuitor este de natură a răsturna prezumția de nevinovăție, prin pronunțarea unei hotărâri definitive a instanțelor de judecată.

¹⁴ Avizul nr. 1 (2001) al Consiliului Consultativ al Judecătorilor Europeni (CCJE) în atenția Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei referitor la standardele privind independența puterii judecătorești și inamovibilitatea judecătorilor, para.63.

¹⁵ S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Ed. Oxford University Press, 2006, p. 163.

¹⁶ I.C.C.J., S. penală, Decizia nr. 3.465 din 27 iunie 2007.

§ Concluzii

De vreme ce protecția jurisdicțională a prezumției de nevinovăție se dovedește deopotrivă scop și mijloc, impactul acțiunilor judecătorești cu privire la ea se dovedește major.

De ce este un scop protejarea prezumției?

Fiindcă judecătorești îi revine îndatorirea soluționării problemelor pe care celelalte instituții ale statului nu le rezolvă; mai exact, judecătorești este actorul principal în remedierea atingerilor aduse drepturilor și libertăților atât de particulari, de stat prin agenții săi sau chiar de lege – *lato sensu*. Astfel, simpla garanție normativă își dovedește eficiența doar prin dublarea ei de o garanție jurisdicțională.

De ce este și mijloc?

Fiindcă întregul parcurs al procedurilor care au această finalitate trebuie să cunoască aceeași preocupare.

De fapt, este vorba despre mijlocul și garanția legală de pronunțare a unei soluții legale și temeinice. Într-adevăr, sfera penală a proceselor prezintă o particularitate – aceea că toate garanțiile recunoscute părților în proces sunt subsumate imperativului de restabilire a ordinii de drept. Justificarea ar fi că unul dintre subiecții conflictului de drept îl reprezintă societatea.

Din acest punct de vedere, impactul acțiunilor sau inacțiunilor unui judecătorești, cu ocazia exercitării funcției sale, se lărgeste și în sfera socialului, dincolo de granițele unui proces. Evident, este de la sine înțeles și rolul de interpret al normărilor europene și internaționale privitoare la protejarea drepturilor omului și de autoritate de aplicare a acestora în dreptul intern.

Astfel, judecătorești ordinar nu mai este acel actor discret, uneori ignorant al integrării juridice europene și de aplicare a dreptului internațional¹⁷, ci dimpotrivă este perceput drept un „promotor al unei noi ordini mondiale”¹⁸. Bineînțeles, este vorba fie de un „judecătorești locotenent” care încearcă să atragă contenciosul în fața jurisdicțiilor proprii, fie de un „judecătorești ambasador” care încearcă să-și impună cultura judiciară în cadrul instanțelor internaționale, în alcătuirea cărora intră. De reținut că globalizarea dreptului aplicat trebuie înțeleasă nu atât prin raportare la obiectul schimburilor, cât prin raportare la funcțiile și preocupările lor – *imperium, jurisdictio* și o a treia funcție – de a asigura caracterul echitabil al unui proces a cărei soluție să aibă efecte deja anticipate de aceștia. Cu atât mai mult cu cât lipsa unor reglementări în sectoare nevralgice – homosexualitatea, eutanasia, finanțarea campaniilor electorale, naște chiar o obligație morală de intersecție a celor două spații judecătorești.

¹⁷ Așa cum era denumit de Oliver J. Guillardmod – judecătorești federal elvețian în *La nouvelle Cour européenne des droits de l'homme dans la perspective du juge national* în noiembrie 1998, p. 22 .

¹⁸ Garapon, Antoine et Allard, Julie, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Editions du Seuil et La République des Idées, 2005, pp. 47-54.

Dreptul la viață *versus* dreptul la moarte: dileme morale

Conf. univ. dr. Bogdan ADRIAN
Universitatea din Craiova,
Facultatea de Drept și Științe Sociale



The life right *vs.* the death right: moral dilemmas

Abstract:

Euthanasia has caused controversy in the literature. Euthanasia is an act of “humanity” to exempt torments victim of an incurable disease, which causes great suffering, the medical staff or the spouse or a close relative, for example, by lethal injection. Although many countries allow euthanasia formal, however it is not supported by Romanian law even more, any action or inaction involved in this regard. Solving the problem of euthanasia depends, ultimately the concept of the right to life and the interpretation of the obligation to respect and protect human dignity. Some theorists have seen in euthanasia a limitation of the right to life.

Keywords: human rights, euthanasia, the life right.

Drepturile omului sunt fundamentate pe valorile esențiale ale omenirii respectiv: integritatea și demnitatea umană, egalitatea, pacea, nediscriminarea etc. Ele se pot manifesta plenar numai în cadrul unui colectivități umane, fiind, în esență, niște drepturi subiective.

În calitatea lor de drepturi subiective impun, pe de o parte, o obligație a individului de a respecta drepturile celorlalți semeni, iar pe de altă parte, conferă individului posibilitatea de a pretinde celorlalți semeni să-i respecte aceste drepturi. De aici, se poate desprinde caracterul universal al drepturilor omului, ele fiind opozabile *erga omnes*.

*Drepturile omului sunt acele libertăți, imunități și beneficii stabilite în conformitate cu valorile contemporane, pe care orice ființă umană este îndreptățită să le pretindă de la societatea în care trăiește*¹.

Dreptul internațional contemporan afirmă egalitatea în drepturi a tuturor persoanelor și promovează eliminarea oricărei forme de discriminare.

*Anumiți autori au ajuns la concluzia că drepturile omului sunt inalienabile, nu numai în sensul că persoanei nu i se poate refuza satisfacerea acestor drepturi dar și în sensul că pierderea acestor drepturi este moral imposibilă: nu se pot pierde aceste drepturi și trăi în același timp ca ființă umană*².

¹ Lenkin Louis, *The Age of Rights*, Columbia University Press, New York, 1990, p.38.

² Vezi în acest sens, Donnelly J., *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press, London, 1989, p. 17.

Conform art. 2 din Convenția europeană a drepturilor omului, dreptul la viață al oricărei persoane este protejat prin lege. Moartea nu poate fi cauzată cuiva în mod intenționat, decât în executarea unei sentințe capitale, pronunțate de un tribunal, în cazul în care infracțiunea este sancționată cu această pedeapsă prin lege. Există situații în care moartea unei persoane nu constituie o încălcare a acestui articol și anume: atunci când rezultă din apărarea oricărei persoane împotriva violenței ilegale; când are loc în cursul unei arestări legale sau pentru a împiedica evadarea unei persoane legal deținute sau are loc când se reprimă, conform legi, tulburări violente sau o insurecție.

Dreptul la viață este garantat tuturor subiecților de drept și nu doar acelor persoane care reprezintă autoritățile publice, așa cum am putea fi înclinați să credem în primul moment³.

Conform legislației în vigoare⁴, “dreptul la viață precum și dreptul la integritatea fizică și psihică a persoanei sunt garantate”. Legislația noastră a stabilit că dreptul la viață se naște în momentul, când copilul, separat de corpul mamei, își începe existența sa proprie. Dreptul la viață încetează odată cu producerea fenomenului natural al morții. Acest drept este protejat și de dreptul penal care pedepsește orice acțiune sau inacțiune care ar duce la încălcarea dreptului la viață. Adunarea Parlamentară a Consiliului Europei a contribuit la adoptarea, în anul 1985, a protocolului adițional la Convenție, prin intermediul căruia a fost abolită pedeapsa cu moartea pe timp de pace. Majoritatea cazurilor de încălcare dreptului la viață au loc pe timp de război sau în timpul unor conflicte sociale.

Problema eutanasiei a provocat controverse în literatura de specialitate. Eutanasia constă într-un act de “umanitate”, de scutire a victimei de chinurile unei boli incurabile, care îi provoacă mari suferințe, de către personalul medical sau de către soț sau o rudă apropiată, de exemplu printr-o injecție letală⁵. Deși multe țări permit formal eutanasia, totuși în legislația noastră aceasta nu este acceptată, mai mult chiar, orice acțiune sau inacțiune în acest sens este încriminată.

Etimologic, cuvântul *eutanasi* provine din limba greacă putând fi tradus prin sintagma *o moarte bună*. Hotărârea de a recurge la această metodă de părăsire a vieții poate aparține bolnavului, rudelor sau medicului și, conform opiniei majorității promotorilor eutanasiei, are la bază compasiunea sau mila față de suferind⁶. Datorită faptului că medicina actuală se află într-un stadiu incipient de dezvoltare, ce nu permite o prognozare exactă a datei la care pacientul va deceda, are drept consecință o acutizare a problemei eutanasiei. Complexitatea eutanasiei rezidă și din invocarea aspectului umanitar al scutirii de suferințe a bolnavului incurabil aflat într-un stadiu final al bolii.

În literatura de specialitate nu s-a ajuns la un consens în ceea ce privește elaborarea unei definiții a eutanasiei. Există, desigur, unele concepte referitoare la eutanasi

³ I. Dogaru, D.C. Dănișor, *Drepturile omului și libertățile publice*, vol. I, p. 99.

⁴ *Constituția României*, art. 22.

⁵ V. Ciuvăt, *Protecția juridică a drepturilor omului*, Ed. Themis, Craiova, 2000, p. 107.

⁶ V. Duculescu, *Drepturile Omului*, Ed. Lumina Lex, București 1998, p. 299.

Eutanasia se poate clasifica în funcție de mai multe criterii:

- în funcție de decizia pacientului avem: eutanasia voluntară și eutanasia involuntară;
- după acțiunea sau inacțiunea persoanei ce efectuează eutanasia avem: eutanasia activă și eutanasia pasivă.

Eutanasia voluntară presupune îndeplinirea a 3 condiții și anume:

1. există un agent al actului eutanasic și un pacient (beneficiar) al acestuia;
2. actul eutanasic este intenționat (făcut în mod deliberat) și în cunoștință de cauză asupra consecințelor sale posibile;
3. agentul acționează în vederea apărării interesului și spre binele pacientului, la care se mai adaugă și un atribut caracteristic și anume acela că moartea survine în urma cererii sau consimțământului explicit al pacientului, cu condiția ca acesta să fie în deplinătatea facultăților sale mintale. Cu alte cuvinte, eutanasia voluntară este înțeleasă ca o acțiune premeditată a unui individ de a se omorî, acțiune ce nu poate fi dusă la îndeplinire decât cu ajutorul unei alte persoane.

Eutanasia involuntară este opusul eutanasiei voluntare respectiv reprezintă acțiunea unei persoane care omoară sau lasă să moară o altă persoană fără a avea acordul acesteia. În ceea ce privește încadrarea juridică putem spune că eutanasia involuntară este mai apropiată de omucidere pe când eutanasia voluntară se apropie de sinucidere. Eutanasia activă constă în acțiunea unei persoane de a suprima viața altei persoane care se află într-un stadiu terminal al bolii și suferă de dureri insuportabile. „Multor oameni le-a părut neplauzibilă încercarea de a deosebi în acest fel (numai pe baza distincției acțiune/abținere de la acțiune sau omisiune) între a omorî și a lăsa să moară și au fost căutate alte căi de a trasa această deosebire. O supozitie plauzibilă a fost următoarea: omorârea a fost înțeleasă ca inițiere a unui curs al evenimentelor care va duce la moarte. Potrivit acestei abordări, administrarea unei injecții cu efect letal va reprezenta o *omorâre*, iar a nu conecta un pacient la un aparat de respirat sau deconectarea lui de la un astfel de aparat va reprezenta o *lăsare să moară*. În cel de-al doilea caz, pacientul moare pentru că agentul nu intervine într-un curs al evenimentelor (de pildă, o boală care amenință viața pacientului), care nu sunt inițiate de către agent și care sunt deja în curs de desfășurare”⁷.

Eutanasia pasivă constă în inacțiunea unei persoane care are drept rezultat suprimarea viața altei persoane, ce se află într-un stadiu terminal al bolii și suferă de dureri insuportabile. Clasificarea eutanasiei în una dintre cele patru categorii stă în răspunsul dat la întrebarea: *Cine hotărăște ce trebuie făcut?* Dacă răspunsul la întrebare este că această responsabilitate o are pacientul, ne aflăm în situația eutanasiei voluntare sau involuntare. Dar, dacă răspunsul la întrebare este că această decizie trebuie să fie luată de doctor sau o altă persoană, suntem în situația eutanasiei active sau pasive. Spre deosebire de omucidere, eutanasia se caracterizează prin două trăsături importante: uciderea cu intenție a unei persoane (aspect ce o încadrează în categoria omuciderii); efectuarea acestei acțiuni se face de dragul persoanei căreia i se ia viața (de regulă pentru a fi scutită de chinuri insuportabile, atunci când se află într-un ultim stadiu al unei boli incurabile).

⁷ A. Miroiu, *Etica aplicată*, Ed. Alternative, București, 1995, pp. 105 și 106.

Rădăcinile eutanasiei se întind până în Antichitate, Platon afirmând că *cei al căror corp este rău constituit, precum și cei care au inima perversă și incorigibilă prin natură, vor fi lăsați să moară*⁸. În anul 1623 în lucrarea *Instauratio Magna*, Francis Bacon menționa că *medicina are și scopul de a atenua durerile și suferințele bolnavului, respectiv, să procure bolnavului, când nu mai există nici o speranță, o moarte dulce și liniștită*. La începutul secolului XVI-lea, în lucrarea *Utopia*, Sir Thomas Moore a prezentat argumente în favoarea eutanasiei. Acest lucru a stârnit un val de proteste, întrucât în acea perioadă creștinismul propovăduia ideea că viața umană este sfântă și numai Dumnezeu are dreptul de a da și a lua viața. A practica eutanasia ar fi echivalentul uzurpării acestui drept al lui Dumnezeu.

Poziția Bisericii a rămas, de-a lungul timpului, inflexibilă, aceasta condamnând eutanasia. În anul 1906 în statul Ohio din S.U.A. a fost propus un proiect de lege privind eutanasia, dar care nu a fost aprobat. Anul 1939 a marcat începerea acțiunii programului *Aktion T4* prin care Adolf Hitler a trecut la eutanasia copiilor până la 3 ani care prezentau handicapuri fizice și mintale. Ulterior Adolf Hitler a extins programul și la copii mari și la adulți. Acțiunea acestui program s-a concretizat în eliminarea a peste 200.000 de persoane care se încadrau în categoria mai sus menționată, majoritatea fiind copii. Codul penal rus din 1922 exonera de pedeapsă pe autorul unui omor săvârșit din milă, dacă acesta dovedea că a acționat astfel la solicitarea victimei. La scurt timp această prevedere a fost abrogată datorită implicațiilor sale.

Discuții pro și contra eutanasiei au existat și există și în prezent. Prima țară care a legalizat eutanasia a fost Olanda, legea intrând în vigoare la 10 aprilie 2000. Belgia a dezincriminat parțial eutanasia tot în această perioadă. Australia deține, de câțiva timp, un record sinistru, care a cutremurat întreaga lume: în teritoriul de Nord a intrat în vigoare prima lege, care a autorizat eutanasia la bolnavii terminali, sau, mai corect, sinuciderea, asistată nu neapărat de un medic, ci de un computer. Spre deosebire de legislația Olandei și a celei a statului Oregon (aceasta din urmă, intrată în vigoare pe 27 octombrie 1997), care se limitau să depenalizeze eutanasia, cea australiană este prima care legalizează sinuciderea asistată, adică dreptul oricărui bolnav terminal de a muri, beneficiind de asistență medicală. De această lege poate beneficia orice cetățean australian, care locuiește sau se află în trecere prin Teritoriul de Nord. Încă din prima zi, s-au anunțat șase bolnavi, solicitând *beneficiile* acestei legi. Totuși, aplicarea ei s-a lovit de o furtună de critici de natură legală, religioasă, etică, politică, din partea bisericilor, a asociațiilor religioase *pro vita*, a asociațiilor medicilor. Astfel că medicii care ar fi dispuși să aplice acest tratament, se tem încă de imputația de omucid. Însă și normele aplicative ale legii sunt greu de respectat. Cererea de eutanasia trebuie aprobată de un grup de trei medici, dintre care unul să fie psihiatru, iar altul un specialist în boala de care suferă bolnavul, aceștia trebuie să declare că bolnavul este incurabil. Cum însă *Northen Territory* are puțini specialiști și nici un oncolog, legea e inaplicabilă.

Astfel, din martie 1996, Teritoriile din Nord ale Australiei au devenit primul loc din lume unde a fost legalizată eutanasia voluntară, dar, în 1997, a fost abrogată de către Parlamentul australian. Janus Rachel enumeră cinci particularități ale eutanasiei, fapt ce o diferențiază de omucidere și anume: pacientul a fost omorât în mod deliberat; pacientul

⁸ Platon, *Opere complete*, vol. IV, Republica, Ed. Garnier Presses, Paris, 1936, p. 111.

era pe patul de moarte (ar fi murit oricum); pacientul avea dureri atroce (*terrible pain*); pacientul a cerut să fie omorât; omorârea sa să fie un act de compasiune.

O altă problemă legată de eutanasiere este aceea dacă medicul are dreptul moral de a eutanasia un pacient. Conform jurământului lui Hipocrat medicul are obligația de a nu prescrie medicamente cu efect letal fiindu-i interzis să dea sfaturi, care să ducă la sinuciderea pacientului. Asociația Mondială a Medicilor a declarat că sinuciderea asistată, nu are un caracter etic, fiind incompatibilă cu calitatea de medic.

Soluționarea problemei eutanasiei depinde, în ultimă instanță de concepția asupra dreptului la viață și de interpretarea dată obligației de a respecta și proteja demnitatea umană. Unii doctrinari au văzut în eutanasiere o limitare a dreptului la viață. Astfel, Isaiah Berlin spunea că: *Sunt liber (...) în măsura în care niciun individ sau grup de indivizi nu intervine în sfera mea de activitate (...). Dacă alții mă împiedică să fac ceea ce aș fi putut altfel să fac, nu sunt în întregime liber, iar dacă această arie este restrânsă sub o anumită limită, se poate spune că sunt constrâns sau poate chiar aservit*⁹. Joel Feinberg menționa că: „Este imposibil de negat faptul că dreptul pacientului la viață fixează limitele de aplicabilitate ale actelor eutanasice permisibile. Dacă pacientul nu dorește să moară, atunci nimeni nu are dreptul să-i aplice o procedură eutanasică activă; dar și eutanasiere pasivă poate fi, de asemenea, exclusă atunci când pacientul are dreptul de a beneficia de serviciile doctorilor sau al altor persoane cu datorii asemănătoare”¹⁰. Thomas Nagel menționa că: „...viața merită să fie trăită chiar dacă este plină de experiențe negative și cele pozitive sunt prea puține pentru a le putea contrabalansa. Greutatea din talerul binelui va fi reprezentată mai degrabă de însăși experiența vieții decât de oricare elemente din conținutul său”¹¹.

O altă controversă iscată de eutanasiere a fost aceea a superiorității unuia dintre cele trei principii fundamentale aplicabile în acest domeniu și anume: dreptul omului de a nu fi supus unor suferințe inutile; dreptul omului de a dispune în mod liber de propria viață; dreptul fiecărui om la viață. Adepții eutanasiei susțin superioritatea primului principiu asupra celorlalte două. Oponenții lor susțin că dreptul la viață este suveran și nu poate fi limitat în vederea exercitării dreptului de a nu fi supus la suferințe inutile. Dacă practicile legate de eutanasiere sunt în continuare interzise în majoritatea covârșitoare a țărilor, totuși acestea sunt folosite. Punctul de vedere al Uniunii Europene a fost exprimat foarte clar de către Adunarea Parlamentară a Consiliului Europei, care pe data de 3 mai 2005 a respins proiectul de rezoluție privind *asistența pentru pacienți la sfârșitul vieții*. Rationamentul avut la baza acestei decizii a fost acela că, protejarea demnității umane și drepturilor subsecvente ale acesteia duce la o instituire a interdicției de a provoca moartea în mod deliberat. Cu toate acestea, există două state membre ale Consiliului Europei (Belgia și Olanda), care au îngăduit sub o formă sau alta practicarea eutanasiei.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului în cazul *Pretty versus UK* a considerat că dreptul la viață nu poate fi interpretat ca și cum ar cuprinde dreptul la moarte, care este diametral opus și care ar obliga statul să adopte acte ce ar viza întreruperea vieții¹². Prin

⁹ I. Berlin, *Patru eseuri despre libertate*, Ed. Humanitas, București, 1996, p. 204.

¹⁰ J. Feinberg, *The Nature and Value of Rights*, în revista „The Journal of Value Inquiry”, nr. 4, p. 244.

¹¹ T. Nagel, *Death in Moral Problems*, Ed. James Rachets, New York, 1971, p. 362.

¹² P. Wachsmann, *Libertés Publiques*, Ed. Dalloz, Franța 2002, p. 367.

dezincriminarea eutanasiei de către anumite state pot apărea unele probleme, cum ar fi exercitarea abuzivă a eutanasiei sau apariția unui fenomen social care ar presupune migrarea bolnavilor incurabili către statele ce îngăduie practicarea eutanasiei. Învățăturile Bisericii condamnă eutanasia, menționând că viața este sacră și inviolabilă și că aceasta nu poate îmbrăca haina umanității și carității. Curmarea suferințelor bolnavului ascunde de multe ori ipocrizie și interes, urmărindu-se, de exemplu, dobândirea moștenirii.

Legislația României nu îngăduie eutanasia. Art. 22 din Constituția României menționează că „dreptul la viață, precum și dreptul la integritate fizică și psihică ale persoanei sunt garantate”. De regulă, încadrarea legală a eutanasiei în România constituie conținutul infracțiunii de determinare sau înlesnirea sinuciderii unei persoane, prevăzută și pedepsită de art. 191 din noul Cod penal¹³.

Eutanasia este încriminată distinct în articolul 190 din noul Cod penal, care prevede că, „uciderea săvârșită la cererea explicită, serioasă, conștientă și repetată a victimei care suferea de o boală incurabilă sau de o infirmitate gravă atestată medical, cauzatoare de suferințe permanente și greu de suportat, se pedepsește cu închisoarea de la unu la 5 ani”.

Pe plan internațional, în anii '80 au existat numeroase proiecte în legătură cu regimul juridic al eutanasiei. S-a admis de regulă, că omorul săvârșit la rugămintă nu exonerează de răspundere persoana care l-a săvârșit, dar conferă acesteia circumstanțe atenuante (Elveția, Grecia, Danemarca, Islanda, Finlanda, Austria, Germania, Olanda)¹⁴. Totuși, considerăm că eutanasia trebuie să fie în continuare încriminată atât pe considerente de ordin etic și moral cât și pentru a preveni eventualele abuzuri.

Paradoxal este faptul că statele europene, deși au abolit pedeapsa cu moartea au tendința de a legaliza eutanasia activă. Mai mult chiar, în prezent au loc luări de poziție în ceea ce privește eutanasierea animalelor, în sensul interzicerii acesteia, pe când faptul eutanasierii oamenilor este acceptat, uneori, cu prea mare ușurință. Trecând peste argumentele de ordin moral și religios privind eutanasia, s-a conturat concluzia că recunoașterea acesteia ar duce, în final, la întărirea tendințelor sinucigase ale membrilor societății. În prezent, având în vedere diversitatea opiniilor, nu se întrevide o soluție referitoare la problematica eutanasiei, fapt ce ne determină să adoptăm o poziție obiectivă, în conformitate cu care considerăm că adoptarea unor legi care ar permite eutanasia ar putea deschide calea unor abuzuri.

¹³ Art. 1910 alin. (1) din Codul penal menționează că: „Fapta de a determina sau înlesni sinucidera unei persoane, dacă sinucidera a avut loc, se pedepsește cu închisoarea de la 3 la 7 ani ...”.

¹⁴ V. Duculescu, *Protecția juridică a drepturilor omului*, Ed. Lumina Lex, București, 1998, p. 301.

Dreptul individului la delimitarea propriei sfere private. Studiu comparativ între jurisprudența americană și cea europeană

*Drd. Mădălina BUZĂRNESCU¹
Facultatea de Drept și Științe Sociale,
Universitatea din Craiova*



The individual's right of shaping his own private sphere. Comparative study between American and European jurisprudence

Abstract:

The emergence and development of the concept of „private life” is relatively late. First explained as „the right to be let alone” („the right to be let alone” for American people), modern judge is more and more focused on this concept as a result of the evolution of yellow journalism.

Although initially the right of privacy and the individual's right of shaping his own personal sphere issue was intensely debated in USA, paradoxically, the current trend of American jurisprudence is to relativize the right of privacy and to give priority to freedom of speech risking the individual's intimate sphere to be expressed in the name of public interest. In comparison with the American trend, the European judge's approach is less deferential to freedom of the press for legitimate and realistic reasons. The 'public watchdog' rationale ought not to apply to publications aimed at satisfying the reader's „curiosity”, not to say voyeurism, and there is no pressing need to presumably tip the scales in favor of the press. To put it briefly, Thomas Jefferson certainly did not fight for the public's right to see politicians or other public figures in swimming suits or drunk, despite of many but completely unreal arguments offered by the American judge in defense of the „entertainment” press.

Keywords: the right of privacy; the right to be let alone, American jurisprudence, freedom of speech, European judge.

¹ Autoarea este doctorandă buget a Universității din Craiova, Facultatea de Drept și Științe Sociale.

§ 1. Introducere

Dreptul la respectul vieții private este un drept complex, cu multiple interpretări conceptuale. Apariția și dezvoltarea noțiunii de „viață privată” este relativ târzie. Explicat mai întâi ca „dreptul de a trăi la adăpost de privirile străine” sau „dreptul de a fi lăsat în pace” („the right to be let alone” pentru americani), conceptul este din ce în ce mai mult în centrul preocupărilor judecătorului modern ca urmare a evoluției jurnalismului de senzație și a mass-mediei care aduc atingere din ce în ce mai gravă intimității indivizilor².

Intruziunile mass-mediei generează o serie de conflicte între libertatea de exprimare și dreptul publicului la informare, pe de-o parte, și dreptul la respectul vieții private, de cealaltă parte. În caz de conflict, „rolul judecătorului este de a măsura, de a tempera, de a modera, pe scurt, de a arbitra”³. Astfel, judecătorul va trebui fie să privilegieze respectul vieții private, fie să favorizeze relativizarea vieții private în scopul garantării libertății de exprimare. În încercarea de echilibrare a drepturilor aflate în conflict, criteriile care par a fi decisive sunt caracterul de „știre” al informației și „statutul” individului implicat, precum și gradul de interes al publicului, cunoscut fiind faptul că dreptul publicului de a ști este mai presant, dacă nu chiar irezistibil, când o persoană publică este implicată.

§ 2. Dreptul la auto-determinarea sferei private

Deși consfințită în textul legii noastre fundamentale și în legi speciale, noțiunea de „viață privată” nu și-a găsit, deocamdată, o definiție legală care să ne permită determinarea cât mai precisă a sferei vieții private a individului. Situația este similară și în alte sisteme de drept, iar textele convențiilor internaționale nu aduc completări în acest sens.

Premisa multor încercări de elaborare a unor definiții a fost constatarea împrejurării că limitele vieții private diferă de la stat la stat și de la individ la individ. În Franța anilor '70, de exemplu, erau prohibite comentariile privind procesele de divorț ale persoanelor publice, pe când tabloidele britanice acordau spații generoase cronicilor de gen. În aceeași ordine de idei, sfera vieții private pare a se modifica sub aspectul conținutului și limitelor divulgării, după cum persoana vizată este cunoscută publicului – om politic, artist al scenei sau ecranului, sportiv de performanță sau, dimpotrivă, simplu cetățean⁴.

Reținând aceste diferențe de tratament, putem afirma că viața privată este un concept cameleonic, care își schimbă înfățișarea, de-a lungul timpului, dar păstrează, totodată, elemente de perenitate.

² S. Warren & L. Brandeis, „The Right to Privacy”, Harvard Law Review, vol. IV, nr. 15 1890. Articolul poate fi consultat pe pagina web http://www.lawrence.edu/fast/boardmaw/Privacy_brand_marr2.html.

³ B. Beignier, „La protection de la vie privée”, în R. Cabrillac, M.-A. Frison Roche, T. Revet (dir.), *Libertés & Droits fondamentaux*, 6e éd. Dalloz, 2000, ns 261.

⁴ R. Linton, *Les droits de la personnalité*, Paris, Dalloz, 1974, p. 13 și 14.

În cuvinte puține, dar expresive, s-a spus că viața privată este dreptul individului la o viață retrasă și anonimă⁵. În termeni apropiați, este dreptul omului de a duce viața pe care o dorește, la adăpost de orice ingerințe⁶. Această din urmă definiție a inspirat textul Rezoluției nr. 428 a Adunării Consultative a Consiliului Europei, adoptată în 1970: „În liniile sale esențiale, dreptul la respectul vieții private constă în posibilitatea persoanei de a-și duce viața așa cum dorește, cu un minimum de ingerințe. Acest drept se referă la viața privată, la viața sa familială și la aceea a căminului, la integritatea fizică și morală, la onoare și reputație, la faptul de a nu fi prezentat într-o lumină falsă, la nedivulgarea unor fapte inutile și jenante, la publicarea fără autorizare a fotografiilor private, la protecția împotriva spionajului și a indiscrețiilor nejustificate sau inadmisibile, la protecția împotriva utilizărilor abuzive a comunicărilor private, la protecția împotriva informațiilor confidențiale comunicate sau primite de către un particular. Nu se pot prevala de dreptul la protecția vieții lor private persoanele care, prin propriile lor activități au încurajat indiscrețiile de care se plâng”.

Rezoluția conține două idei pe care le putem reține ca jaloane ale ocrotirii vieții particulare: divulgarea faptelor cu caracter privat este licită dacă acestea sunt notorii; consimțământul celui vizat este condiția *sine qua non*, prealabilă oricărei dezvăluiri.

Este lesne de observat că Rezoluția recurge la delimitarea vieții private prin enumerarea diferitelor sale aspecte. Este, de altfel, una dintre modalitățile preferate și de o parte a doctrinei. Exemplificativ enumerate, elementele vieții private sunt viața familială (îndeosebi căsătoria, filiația, divorțul), viața sentimentală, imaginea, sursele de venit și impozitele, modul de petrecere a timpului liber, viața profesională și sănătatea⁷.

De fapt, considerăm că una dintre cele mai mari contribuții în promovarea ideii că dreptul la respectul vieții private semnifică un drept de control personal asupra sferei informațiilor intime, a avut-o Alan Westin, profesor de drept la Universitatea Harvard. În anul 1967, el definește dreptul la viață privată ca fiind prerogativa individului de a controla și de a alege cum, unde și ce categorii de informații cu caracter personal vor fi comunicate publicului⁸. Lucrarea lui Westin⁹ a avut o importanță semnificativă în consolidarea legislației SUA privind dreptul la viață privată și a contribuit la protejarea sferei private a individului în multe țări democratice în anii '60 și '70.

Astfel, s-a susținut ideea că „viața privată” reprezintă o formă de autonomie, de control personal, de auto-determinare privind gestionarea problemelor personale¹⁰.

Ideea generată de Westin a fost preluată și de alții. În anul 1983, prin definiția dată vieții private, William Parent privește această chestiune ca fiind „o condiție de a nu poseda în mod nelegal informații personale despre alții”¹¹, în timp ce Julie Inness definește

⁵ Autorul acestei definiții este profesorul american Niezer, citat după R. Lindon, *op. cit.*, p. 16.

⁶ Afirmatia aparține profesorului Stig Stromholm, cu ocazia Congresului juriștilor din țările nordice din 1967 și a fost preluată ulterior de jurisprudența franceză (a se vedea Cour Européenne des Droits de l'homme, 19 février 1997, note J.-M. Larralde, „Recueil Dalloz”, Jurisprudence, nr. 8, 1998, p. 98).

⁷ R. Lindon, *op. cit.*, p. 14 și 15.

⁸ A. Westin, „*Privacy and Freedom*”, 1967, New York, Atheneum, 1968. (...) individual's right to control, edit, manage, and delete information about them[selves] and decide when, how, and to what extent information is communicated to others”.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Afirmatia aparține Curții Supreme Americane: *Hot. Einstadt v. Baird* 405 U.S.438 (1972).

¹¹ W. Parent, „Privacy, Morality and the Law”, *Philosophy and Public Affairs* 12: 269-88, 1983.

acest concept ca „o stare de deținere a controlului asupra unei sfere a deciziilor intime”¹². Recent, Judith Wagner DeCew a propus ca „sfera privată a vieții individului să cuprindă orice tip de informație și activitate care să nu constituie preocuparea legitimă a altora”¹³.

De fapt, Alan Westin a ajuns la această definiție dată sferei vieții private plecând de la concepția americană, care aducea în atenție conceptul de „the right to be let alone”.

Dreptul de a fi lăsat în pace („the right to be let alone” pentru americani) este, în general, asociat cu articolul lui Samuel D. Warren și Louis D. Brandeis¹⁴ apărut în Revista Juridică Harvard. Pornind de la acest articol, observăm că s-a afirmat pentru prima dată, într-un mod convingător, existența și necesitatea protecției unui drept de a fi lăsat în pace, calificat ca *right of privacy* și, totodată, ca drept al personalității ce aparține fiecărui individ (echivalentul expresiei *vie privée*, utilizată în dreptul francez). Considerat de Harry Kalven Jr. ca „cel mai influent articol dintr-o revistă juridică de pretutindeni”¹⁵, articolul nu a provocat o schimbare imediată de perspectivă.

Într-o primă etapă, Curtea Supremă a SUA nu a acceptat recunoașterea acestui drept. Faptul că unul dintre autori, Louis D. Brandeis, a devenit membru al Curții Supreme, a permis o schimbare vizibilă: în 1928, acesta își justifică pe larg decizia sa într-un caz de ingerință în viața privată privitor la o anchetă a poliției. El teoretizează pentru prima dată dreptul cetățeanului „de a fi lăsat în pace” („the right to be let alone”), printr-o interpretare deschisă a Constituției americane: „dreptul individului de a fi lăsat în pace” îi pare a fi „cel mai cuprinzător dintre drepturi, dreptul cel mai valoros pentru un om civilizat”. Dreptul individului de a fi lăsat în pace semnifică dreptul persoanei de a refuza publicitatea. Doar în 1965 înalta jurisdicție a decis că se afla în prezența unui drept consacrat implicit în Constituție¹⁶.

„Acest drept de a fi lăsați în pace nu ne furnizează informații despre modul în care ar trebui să fim lăsați în pace”¹⁷. Conform spuselor lui Solove, această definiție este prea „săracă”, prea simplă pentru a fi utilă. Ea prezintă conceptul de „viață privată” ca fiind dreptul individului de a acționa, dar fără a ști cum, într-un mod despre care nu se face nicio mențiune. Ea pare mai degrabă o definiție a libertății decât a vieții private. S-a concluzionat astfel că acest mod de definire a vieții private este inadecvat și insuficient.

Dreptul de a fi lăsat în pace garantează un drept la delimitarea propriei sfere private, în care fiecare individ să poată duce o viață liniștită, departe de curiozitățile terțelor persoane. Noțiunea de „viață privată” este sintetizată foarte bine de Jean Carbonnier: „Ar trebui să i se permită fiecărui individ o sferă secretă a vieții din care să fie îndepărtate terțele persoane: doctrina modernă i-ar recunoaște astfel un drept la respectarea caracterului privat al persoanei sale, un drept de a fi lăsat liniștit (...). Dreptul la respectul vieții private se traduce practic printr-o obligație de abținere: obligația de a lăsa în pace un individ. Această obligație, care are valoare psihologică, prezintă aspecte multiple și

¹² J. Inness, „Privacy, Intimacy and Isolation”, New York: Oxford University Press, 1992, 140.

¹³ J. Wagner DeCew, „In Pursuit of Privacy”, p. 58 și 64.

¹⁴ S. Warren & L. Brandeis, „The Right to Privacy”, *op. cit.*

¹⁵ „The most influential law review article of all”- Harry Kalven Jr., „Privacy in Tort Law-Were Warren and Brandeis Wrong?”, 31 Law & Contemporary Problems 3L6, 327 (1966).

¹⁶ P. Kayser, „La protection de la vie privée. Protection du secret de la vie privée”, tome 1, Economica, Presse Universitaires Aix-Marseille, 1984, p. 46.

¹⁷ D. Solove, „Conceptualizing Privacy”, 2002, 90 Cal. L. Rev. 1087 la 1102.

complet diferite...”¹⁸. Dreptul la viață privată semnifică mai mult decât respectul dreptului la domiciliu sau la intimitate și nu poate fi definit prin simpla opoziție cu viața publică. Acest drept reprezintă, de fapt, libertatea de a fi tu însuți, dreptul la respectul vieții personale, ceea ce americanii numesc „right of privacy”. Astfel, potrivit lui B. Beignier, noțiunea de „viață privată” ar trebui definită pornind de la „dreptul de a avea o existență liniștită”¹⁹.

Determinarea unei sfere de autonomie a individului, în care acesta să se poată simți protejat în fața intruziunilor exterioare, se află din ce în mai mult în centrul preocupărilor judecătorului american și cel european, îngrijorați că această protecție poate ceda, în funcție de circumstanțe pe care le vom preciza în continuare, în fața necesității informării publicului.

§ 3. Analiză comparativă între jurisprudența americană și cea europeană privind delimitarea sferei private a individului

„Viața privată” este caracterizată ca fiind un interes legitim extrem de protejat prin arsenalul legislativ din majoritatea țărilor continental-europene. Atunci când exercițiul libertății de exprimare aduce atingere dreptului la respectul vieții private, rolul judecătorului este în esență de a arbitra conflictul iscat. În încercarea de echilibrare a drepturilor aflate în conflict, judecătorul modern tinde să privilegieze, uneori nejustificat, pe unul în defavoarea celuilalt.

Pornind de la o hotărâre de referință²⁰ în materia dreptului la viață privată, vom încerca să identificăm principiile directe în soluționarea conflictului dintre libertatea de exprimare-dreptul la viață privată și în determinarea sferei private a individului.

Cazul *Van Hannover v. Germania*²¹ este de o mare importanță. Caroline von Hannover a susținut că deciziile instanțelor germane, în cazul ei, au încălcat dreptul său la respectarea vieții sale private și de familie, garantat de articolul 8 din Convenție. Ziarele germane au publicat, în mai multe rânduri, serii ample de fotografii care o prezentau pe Prințesa de Monaco fie cu un actor francez, fie cu copiii ei. Fiind un personaj extrem de cunoscut în societatea contemporană („eine ‘absolute’ Person der Zeitgeschichte”), instanțele germane au concluzionat că prințesa trebuia să tolereze astfel de publicații. Înainte de a analiza speța, trebuie remarcat faptul că aceasta oferă, de asemenea, un fundal perfect pentru a aprecia diferențele dintre cele două școli principale de gândire în ceea ce privește protecția dreptului la viață privată. Sub aceste aspect, jurisprudența în Germania și Statele Unite ale Americii oferă abordarea cea mai liberală în contrast cu, de exemplu, jurisprudența franceză. Și înainte de a pune speța de mai sus într-un context, trebuie să reamintim cititorului câteva principii esențiale ale dreptului german cu privire la noțiunea de viață privată.

Dreptul la viață privată sau, mai exact, „dreptul la liberă dezvoltare a personalității fiecărei persoane”, este prevăzut de articolul 2 din Constituția Germană, coroborat cu

¹⁸ J. Carbonnier, *Droit civil*, tome 1, § 71, citată de Bernard Beignier, *Le droit de la personnalité*, Puf, 1992, p. 55 și 56.

¹⁹ B. Beignier, *La protection de la vie privée*, op. cit., nș 249-250.

²⁰ CEDO, *Hotărârea Von Hannover c. Germaniei*, 24 iunie 2004.

²¹ *Ibidem*.

articolul 1 (referitor la demnitatea umană). Teoretic, acest drept garantează o sferă de autonomie în care fiecare individ poate să-și delimiteze singur viața privată, prin dezvoltarea și protejarea individualității proprii²². Prin urmare, fiecare persoană are dreptul, în principiu, să stabilească dacă și în ce măsură ceilalți pot fi informați cu privire la chestiunile din viața sa privată. În practică, însă, punerea în aplicare a acestor principii are rezultate mai puțin satisfăcătoare atunci când este implicată „o persoană publică”. În astfel de circumstanțe, operează automat o prezumție în favoarea mass-mediei, asemănătoare celei din Statele Unite ale Americii. Astfel, când o persoană publică se află într-un spațiu public, se prezumă că mass-media are dreptul să relateze despre acțiunile acesteia bazat pe faptul că acest tip de informație este „o știre” *per se*. În practică, instanțele americane merg și mai departe și promovează protecția dreptului publicului de a ști, considerând că există un drept al presei de a publica informații „private” și presupunând că orice informație publicată reprezintă o chestiune de interes public. Instanțele judecătorești consideră că informațiile trebuie să aibă caracter de „știre” și, în consecință, vor intra sub protecția Primului Amendament, cu excepția cazului în care au un caracter obscen. Această prezumție este dificil de răsturnat, în special, în situația în care o persoană publică se află într-un loc public. Motivul care stă la baza acestei jurisprudențe a fost clar exprimat de către Curtea Supremă de Justiție: „Riscul [...] de a fi expus este un incident esențial într-o societate care dă o valoare mai mare libertății de exprimare și libertății presei. Libertatea discuțiilor [...] trebuie să nu dea naștere unor problemele legate de informațiile care sunt considerate necesare a fi discutate astfel încât să permită membrilor societății să facă față exigențelor perioadei”²³.

Revenind la speta *Von Hannover v. Germania*, Curtea Constituțională Federală Germană a concluzionat că prințesa, ca persoană publică, trebuia să tolereze fotografiile în care ea apărea într-un loc public și care au făcut obiectul litigiului. Natura activităților prințesei era lipsită de relevanță pentru că publicul avea un interes legitim în a ști unde își petrecea aceasta vacanța și modul în care se comporta în public²⁴. Singura modalitate prin care poate fi răsturnată prezumția în favoarea dreptului publicului la informare este prin a se demonstra că atunci când este vorba de un loc public, acesta nu este în întregime accesibil publicului, are și „zone mai ferite”. Un set de argumente în favoarea prințesei priveau faptul că în unele fotografii aceasta era înconjurată de copiii ei. Într-adevăr, Curtea Constituțională a hotărât că, prin deciziile sale, Curtea Federală de Justiție a încălcat drepturile fundamentale ale prințesei întrucât nu a luat în considerare că Secțiunea 6 din Legea Fundamentală garantează dreptul persoanei la respectarea drepturilor personalității, cu atât mai mult când în cauză sunt implicați copiii. Decizia a fost astfel respinsă cu privire la acest punct.

Curtea de la Strasburg a trebuit să hotărască dacă publicarea fotografiilor în care prințesa apărea fie singură, fie alături de actorul francez încălcau dreptul său la respectul vieții private. Un argument foarte interesant din punct de vedere legal a fost invocat de prințesă: cum fotografiile au fost inițial făcute în Franța, apoi au fost vândute și publicate în Germania, ea nu mai beneficia de protecția vieții private astfel cum îi era garantată

²² A se vedea *Lebach*, BVerfGE 35, 202, at 232.

²³ *Time, Inc v Hill* 385 US 374, 388 (1967).

²⁴ *Caroline von Monaco II*, BVerfGE 101, 361.

prin articolul 9 din Codul civil francez, și, prin urmare, acest drept i-a fost încălcat prin deciziile instanțelor germane. Într-adevăr, în dreptul francez nu există o astfel de delimitare între persoanele publice și oamenii obișnuiți. Un principiu de bază, în mod constant invocat de Curtea de Casație, este că fiecare om este propriul său stăpân și poate determina singur limitele vieții sale publice și private, indiferent de nivelul faimei sale („notoriété”)²⁵. În plus, o a doua diferență majoră față de legislația americană și germană, este că simpla prezentă a unei persoane într-un spațiu public nu semnifică, *ipso facto*, o renunțare la drepturile personalității. Pentru un judecător francez, o întrebare esențială ar fi, în schimb: activitatea persoanei respective poate fi calificată ca fiind de natură publică sau privată? Simpla poziționare într-un loc public este doar un factor în căutarea unui răspuns. În cazul în care este vorba despre o activitate de natură privată, următoarea întrebare care se ridică este: situațiile litigioase și fotografiile au o relevanță „substanțială” și „directă” pentru interesul legitim al publicului? Și dacă da, dreptul publicului la informare ar putea fi mai presus de drepturile personalității ale fiecărui individ chiar dacă principiul demnității umane este încălcat²⁶?

Curtea de la Strasburg a adoptat aceeași soluție ca și instanța franceză în speța Von Hannover. În primul rând, Curtea este de acord că există o zonă de interacțiune a unei persoane cu alta, chiar și într-un context public, care poate intra în domeniul de aplicare al noțiunii de „viață privată”²⁷. De asemenea, Curtea Europeană găsește dificil a fi de acord cu modul de interpretare a conceptului de „persoană publică” adoptat de instanța germană²⁸. În termeni non-diplomatici, acest lucru înseamnă clar că „statutul” indivizilor, conform dreptului francez, nu trebuie luat în considerare de către instanțe astfel încât să creeze prezumția potrivit căreia încălcarea vieții private este justificată atât timp cât este vorba de „persoane publice”. În al doilea rând, când trebuie realizat un echilibru între cele două drepturi în conflict, atunci când informațiile sunt de natură privată, instanțele naționale trebuie să decidă dacă fotografiile sau articolele publicate răspund unui interes general²⁹. Acesta este criteriul esențial de care instanțele trebuie să țină cont când încearcă să găsească un echilibru între protecția vieții private și cea a libertății de exprimare. Totuși, acest test al echilibrului este mai puțin riguros decât cel utilizat de către instanțele franceze. De exemplu, nu este necesară o anchetă privind contribuția fotografiilor și relevanța lor în definirea chestiunii de interes public legitim. În cele din urmă, de fapt, ceea ce pare să conteze în favoarea dreptului la respectul vieții private a prințesei, este natura mediei implicate. Cu alte cuvinte, se prezumă că presa de scandal urmărește, mai degrabă, să satisfacă tendințele voyeuristice ale cititorilor săi și să facă profituri uriașe, decât să contribuie la dezbateră publică într-o societate democratică. Instanțele franceze au tendința de a urma un raționament asemănător.

În Germania sau în Statele Unite ale Americii, prezumția funcționează complet invers: când o persoană publică se află într-un loc public, orice informații legate de

²⁵ A se vedea Pech (n 3), para. 373-377.

²⁶ Trimiterea la demnitatea umană, definită ca lipsa voinței deliberate în fața încercărilor mass-mediei de găsi informații „senzationale” și „indecente”, este o tendință recentă, din ce în ce mai răspândită în jurisprudența franceză.

²⁷ CEDO, *Hotărârea Von Hannover c. Germaniei*, 24 iunie 2004, §50.

²⁸ *Idem*, §72.

²⁹ *Idem*, §60.

aceasta sunt considerate „știri” și reprezintă chestiuni de interes public. Instanțele franceze, precum și Curtea Europeană a Drepturilor Omului, consideră însă că presa specializată doar în relatarea activităților persoanelor publice are ca scop satisfacerea curiozității unei anumite categorii de cititori cu privire la detaliile intime din viața privată a acestora. Sarcina probei este astfel inversată. Cu toate acestea, este de competența instanțelor naționale să aprecieze cu mai multă sau mai puțină rigiditate caracterul necesar al fotografiile publicate prin raportare la dezbateră de interes general. Astfel, presupunem că libertatea de exprimare va prevala atunci când presa „serioasă” va publica un articol cu privire la viața privată a unui funcționar public³⁰.

În comparație cu jurisprudența privind dreptul la reputație, abordarea Curții este mai puțin „protectoare” cu libertatea de exprimare din motive foarte bine întemeiate și total adevărate. Argumentul conform căruia presa reprezintă „câinele de pază” al democrației nu ar trebui să se aplice în cazul publicațiilor, al căror singur scop este să satisfacă „curiozitatea” cititorului, ca să nu spunem voyeurism, și nu există nicio nevoie stringentă de a înclina balanța în favoarea presei. Mai mult, considerăm că Thomas Jefferson cu siguranță nu a luptat pentru dreptul publicului de a vedea politicieni sau alte persoane publice, în costume de baie sau în stare de ebrietate după o noapte lungă, în ciuda multelor argumentelor, dar complet irelevante oferite de Curtea Constituțională Federală a Germaniei în apărarea presei de „scandal”.³¹

§ 4. Contribuția la dezbateră de interes general. Existența unui interes legitim

În cauzele în care se pune problema realizării unui echilibru între viața privată și libertatea de exprimare, Curtea Europeană a pus întotdeauna accentul pe contribuția adusă de apariția în presă a fotografiilor sau articolelor la dezbateră de interes general, simpla curiozitate a unui anumit public cu privire la viața intimă a personalităților cunoscute nefiind de natură să contribuie la o asemenea dezbateră. (*News Verlags GmbH & CoKG c. Austriei* și *Krone Verlags GmbH & CoKG c. Austriei*³²). Astfel, dacă există un raport suficient de strâns cu interesul general, actual sau cultural, publicarea unui element al vieții private este legitimă, în pofida absenței consimțământului persoanei respective, sau chiar împotriva consimțământului acesteia³³. Sunt numeroase cazurile când unele

³⁰ A se vedea o altă hotărâre: *Plon c. Franței* (App nr. 58148/00) CEDO 18 mai 2004. Curtea Europeană a considerat că există o încălcare a articolului 10, în contextul publicării de către fostul medic personal al Președintelui Mitterand a unei cărți ce cuprindea dezvăluiri despre starea de sănătate a președintelui.

³¹ *Caroline von Monaco II*, BVerfGE 101, 361 astfel cum a fost citată de Curtea Europeană în hot. *Von Hannover* (n 35) [25]: “The fact that the press fulfils the function of forming public opinion does not exclude entertainment from the functional guarantee under the Basic Law. The formation of opinions and entertainment are not opposites. Entertainment also plays a role in the formation of opinions. It can sometimes even stimulate or influence the formation of opinions more than purely factual information. ... Nor can mere entertainment be denied any role in the formation of opinions. That would amount to unilaterally presuming that entertainment merely satisfies a desire for amusement, relaxation, escapism or diversion. Entertainment can also convey images of reality and propose subjects for debate that spark a process of discussion and assimilation relating to philosophies of life, values and behaviour models”.

³² *News Verlags GmbH & CoKG c. Austriei* și *Krone Verlags GmbH & CoKG c. Austriei*.

³³ J.-P. Gridel *apud* J.-F. Renucci, *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 189.

personalități din domeniul cinematografiei, artei, sportului etc. acceptă oferte sau procedeză, din proprie inițiativă, pentru sume importante, la înstrăinarea și difuzarea unor imagini sau a altor documente ce conțin secrete de familie, intime, pentru a satisface, nu de multe ori dezinteresat, curiozitatea cititorilor sau telespectatorilor consumatori de senzational.

Presa se folosește deseori de argumentul că invadarea vieții private a persoanelor, în special a celor publice, este justificată de interesul legitim al cititorilor de a fi informați chiar și în domeniul vieții private. Acest lucru poate fi îndreptățit doar în cazul politicianilor care se supun votului publicului, care, prin urmare trebuie să își poată forma o opinie corectă, la formarea căreia unele aspecte de viață privată ale candidatului pot fi concludente.

Un aspect delicat al acestei probleme este raționamentul asupra utilității sociale a informației care trebuie difuzată și care justifică depășirea necesității de protejare a persoanei direct interesate, utilitate a cărei apreciere este lăsată în voia jurnalistului. Doar pe o eventuală cale a contenciosului, ceilalți vor putea parcurge din nou acea evaluare și hotărâ asupra existenței sau nu a unei ingerințe în viața privată³⁴. Atunci când se acordă protecție vieții private, aceasta trebuie delimitată de viața publică. Persoanele publice au, dincolo de viața lor publică, o viață privată la care, în mod firesc, țin. Unii, însă, consideră că în cazul lor nu ar trebui să se facă o disociere între aceste două moduri de viață, că viața privată contribuie la explicarea vieții publice, mai mult, cel care a urmărit cucerirea celebrității a renunțat prin aceasta la sfera sa de intimitate. Oricum, opinia publică exercită un control asupra vieții private a oamenilor politici și se interesează de cei care sunt celebri, de multe ori reușita lor profesională depinde de opinia publică. Se poate ca anumite elemente ale vieții private ale unei persoane care exercită o activitate publică sau care a dobândit o anumită notorietate să poată deveni de interes public. Se poate întâmpla și ca un individ simplu, prin comportamentul său privat, să atingă interese care țin de domeniul public (o privatizare ilegală, devalizarea unei bănci, folosirea abuzivă a fondurilor publice etc.). Pot exista evenimente legate de viața privată a unui personaj istoric decedat care, însă, pot fi publicate fără ca moștenitorii să se poată opune, deoarece aici intervin „drepturile istoriei”. Nu este întotdeauna ușor de stabilit ce este un personaj istoric, notorietatea este decisivă, dar și aceasta este trecătoare. Astfel, aprecierile se vor face în context, iar întinderea dreptului la viață privată este mai redusă dacă persoana pune în contact viața sa privată cu viața publică³⁵. Dreptul la viață privată operează și împotriva difuzării de știri pozitive, favorabile persoanei la care se referă, care, însă, poate decide dacă acestea pot fi sau nu difuzate.

Presa are obligația de a publica doar informații de interes public, informații care pot răspunde interesului legitim al oamenilor de a le cunoaște. Sfera informațiilor de interes public nu conține doar date privind activitatea autorităților sau instituțiilor publice, ci toate informațiile legate de interesele generale ale societății. O informație de interes public trebuie să urmărească conștientizarea publicului cu privire la interesele sale generale,

³⁴ M. Golla, *Privacy și jurnalism în M.G. Losano, Legea italiană în privința protecției vieții private*, Ed. All Beck, București, 2004, p. 376.

³⁵ O. Ungureanu, *Dreptul la onoare și dreptul la demnitate*, Pandectele Române, nr. 2/2006, p. 130 și 131.

În constatarea legitimității ingerințelor presei în viața privată, preferința pe care judecătorul o are pentru libertatea presei sau pentru dreptul la viață privată nu poate fi una de ordin general, ci numai una circumstanțială, care să țină cont de cazul concret dedus judecății. În măsura în care libertatea de exprimare se exercită pentru analiza unui subiect privind activitatea unei persoane publice și care răspunde interesului legitim al publicului de a fi informat, această libertate trebuie considerată ca reprezentând principiul în acest raport, iar protecția vieții private constituind excepția. Din contră, dacă motivul exercitării libertății de exprimare nu este unul care să satisfacă interesului legitim al publicului trebuie protejată în principiu viața privată a persoanei.

În constatarea legitimității ingerințelor presei în viața privată, preferința pe care judecătorul o are pentru libertatea presei sau pentru dreptul la viață privată nu poate fi una de ordin general, ci numai una circumstanțială, care să țină cont de cazul concret dedus judecății. În măsura în care libertatea de exprimare se exercită pentru analiza unui subiect privind activitatea unei persoane publice și care răspunde interesului legitim al publicului de a fi informat, această libertate trebuie considerată ca reprezentând principiul în acest raport, iar protecția vieții private constituind excepția. Din contră, dacă motivul exercitării libertății de exprimare nu este unul care să satisfacă interesului legitim al publicului trebuie protejată în principiu viața privată a persoanei.

³⁶ C.M. Cercelescu, *Regimul juridic al presei. Drepturile și obligațiile jurnaliștilor*, Ed. Teora, București, 2002, p. 98.

³⁷ D. Bogdan, M. Selegean, *Drepturi și libertăți fundamentale în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului*, Ed. All Beck, București, 2005. p. 470 și 471.

A few considerations of juridical nature concerning the role held by the N.B.R. in performing the monetary policy

Drd. Eduard DOGARU



A few considerations of juridical nature concerning the role held by the N.B.R. in performing the monetary policy

Abstract:

This study will analyze the juridical nature concerning the role held by the National Bank of Romania in performing the monetary policy.

The legal statute of the National Bank of Romania (N.B.R.) is actually ruled by the Law no. 312/2004 which dedicates its full 2nd chapter to the ruling of monetary policy of the exchange rate and of the currency policies.

Keywords: National Bank of Romania, juridical nature, monetary policy.

The legal statute of the National Bank of Romania (N.B.R.) is actually ruled by the Law no. 312/2004 which dedicates its full 2nd chapter to the ruling of monetary policy of the exchange rate and of the currency policies. According to the Law's art. 5¹, the principle is shaped that the N.B.R. ought to make use of procedures and instruments that are specific to the monetary market and to the crediting of credit institutions themselves, as well as of the mechanism which consists in the existence of minimal compulsory reserves. The concerned normative act continues by referring to: operations within the monetary market, where the legislator had thought of as imperatively necessary to underline, even since the regulation's *incipit*²; the prohibition of acquiring from the primary market certain types of claims, concretely the ones concerning some

¹ Law no. 312/2004, art. 5: „In the frame of the monetary policy it promotes, the National Bank of Romania makes use of procedures and instruments which are specific for operations upon the monetary market and for crediting the credit institutions, as well as of the mechanism of the minimal compulsory reserves”.

² Law no. 312/2004, art. 6, par. 1: „The National Bank of Romania is prohibited from acquiring Be autonomous institutions under state'supervision, on national societies, national companies and on other societies the capital of which is mostly owned by the state”.

national level institutions and entities; crediting operations, namely the credits granted to eligible credit institutions, under conditions established through its own respective regulations, as well as the prohibition of crediting the state itself or other national level entities through whatever kinds of uncovering practices; the regime of minimal compulsory reserves and the means through which the exchange rates 'policy is carried on.

§ The N.B.R. elaborates and applies the monetary and exchange rates policies

1.1 Monetary policy. Doctrine has retained several definitions of monetary policy. Under the perspective of Professor C. Kiritescu³, monetary policy consists in: „the aggregate of monetary actions taken by the state and the central bank in order to accomplish the equilibrium between the massive amount of circulating currency and the economy's needs of money, or in order to influe upon the economical current status, directing it towards a certain sense”. In the definition given by Professor D. Hyman, the monetary policy consists in: „the actions taken by the central bank in the sense of influing upon the money's amount or upon interest rates, through an attempt of stabilizing the economy”.⁴ Other authors have synthesized the definition of monetary policy, saying that: „it represents an ensemble of taken actions through which the monetary authorities (among them, the central bank) do influe upon the amount of circulating money, upon the level of interest rates, the currencies 'exchange rates and upon other economical & monetary indices, viewing to realize the general objectives of the chosen economical policy”.⁵ The Law no. 312/2004, in its art. 12, states that the N.B.R. is the only competent authority entitled to exert the activity of monetary emission. This exclusivity concerns whatever monetary marks, under the forms of banknotes or coins, used as legal payment means on the Romanian territory. The N.B.R. is also the only institution which is entitled to establish, for coins and banknotes, their nominal value and other technical features such as their dimensions and weight. The N.B.R.'s monetary emission's policy concerns as well elaborating the banknotes and coins 'emission schedule, the monetary marks 'release into circulation as well as their replacement through withdrawal or annulations, should the economical or social requirements impose it. In order to accomplish its monetary policy,⁶ the N.B.R.makes use of specific procedures and instruments suitable for monetary market operations, for crediting the credit institutions and for cash control through the existence of minimal compulsory reserves.

³ Economist of a high reputation, the Academy Member C. Kiritescu had also graduated Law studies, thus he was owning a deepened juridical knowledge.

⁴ Both authors are cited in: D. Drosu Saguna, M.A. Ratiu, *Drept bancar*, 2nd edition, C.H. Beck p.h., Bucuresti, 2007, p. 109.

⁵ L. Sauleanu, L.E. Smarandache, A. Dodocioiu, *Drept bancar*, 2nd edition, Universul Juridic p.h., Bucuresti, 2012, p. 29. The authors do constitute a specialized core in the matter of Banking Law at the Faculty of Law and Social Sciences, University of Craiova, Romania.

⁶ As doctrine has recorded: „liquidity is the impulsive element of banking activity and, generally, of monetary policy”. In this regard, see: C.N. Florescu *Regulations concerning the banks' liquidity*, in *Revista de Drept Comercial* nr. 6/2001, p. 182.

1.1.1. Monetary market operations. According to the enforced regulations, the monetary market operations of the National Bank of Romania are the operations which involve one among the transactions nominated by the legislator, executed due to the central bank's initiative and carried on by this latter with eligible participants. *The category of eligible participants* with whom the National Bank of Romania may close and carry on monetary market operations⁷ does include: banks; mortgage credit banks; central pay desks of credit cooperatives; economizing and inhabiting domain's credit banks; Romanian moral persons and branch offices from Romania of the credit institutions from E.U.'s member states and non-E.U. member states, except for the credit institutions which do emit e-currencies and for these latter's office branches from Romania. Eligible participants ought to comply to eligibility criteria concerning, respectively: – the constitution of minimal compulsory reserves and the allegiance to the dispositions stated by the central bank's regulations regarding solvency indices (for the category of Romanian credit institutions and moral persons); – the constitution of minimal compulsory reserves and the certifying, at least upon an annual basis, by the banking survey authority from its respective country of origin, of the observed allegiance by the concerned foreign credit institution towards the banking prudence regulations enforced by the respective foreign country (for the category composed of the branch offices from Romania held by credit institutions of a foreign nationality). *The category of transactions*⁸ involved by the monetary market operations does include: 1) reversible sales/purchases-repo/reverse repo-of assets eligible for transaction; 2) granting of collateralized credits through assets eligible for warranting; 3) sales/purchases of assets eligible for transaction; 4) emission of bank deposit certificates; 5) currencies' swap; 6) deposits' attracting. In respect to the purpose it aims to, the central bank could initiate either transactions for absorbing liquidity (that is to say: reversible sales of assets eligible for transaction; sales of assets eligible for transaction; emission of deposit certificates; currencies' swap; deposits' attracting;) or transactions for injecting liquidity (meaning: reversible purchases of assets eligible for transaction; granting of collateralized credits through assets eligible for warranting; purchases of assets eligible for transaction; currencies' swap). Monetary market operations are carried on either through bilateral procedures and/or through auctions, in respect to the conditions established by the law. We do appreciate that, in regard to their object, the transactions involved by monetary market operations may be classified as follows: a) *transactions which involve assets eligible for transaction and/or warranting*. In the domain we analyse, the legislator does institute as eligible assets for transacting and for warranting: the state issued bonds;⁹ the deposit certificates emitted by the central

⁷ In virtue of the recommendation juridical norms stated by the Law of organization and functioning which concerns it and by its own regulations.

⁸ Their sense is the one normatively enforced by the dispositions of the N.B.R.'s Regulation nr. 1 from 30th March 2000, republished in the M. Of. no. 84 from 1st February 2008, concerning the monetary market operations carried on by the N.B.R. and the permanent facilities granted by it to the eligible participants, art. 1 letters a)-h). Their procedure and the conditions to be respected for their functioning are stated by the dispositions of its arts. 8-15.

⁹ In the matter of state bonds, the N.B.R., as an agent of the Ministry of Public Finance, is the one which administrates the primary market and the secondary inter-banks market. The central bank does organize and direct the activity of spreading upon the internal market the emissions of state bonds

bank, as well as other categories of eligible negotiable assets, established in virtue of a decision from the N.B.R.'s Administration Council.¹⁰ These letters are due to fulfill the following requirements, cumulatively: 1) to constitute an ownership of the presenting eligible participants; 2) not to be placed under pledge or under distraint; 3) their settling day ought to be situated after the one of the performed operation; 4) to contain coupons the settling day of which ought to be situated after the one of the performed operation; 5) not to be emitted by the presenting eligible participants themselves. In order to be able to participate in the central bank's monetary market operations which involve transactions with the state bonds issued under a de-materialized form, in lei or in a foreign currency, on the Romanian internal market as well as with deposit certificates emitted by the National Bank of Romania, eligible participants ought at first become detainers of the quality of participants in the SaFIR deposit and reimbursement system, acquired under legal conditions. On the basis of such types of transactions,¹¹ the monetary market operations performed by the National Bank of Romania are:

– *emission of deposit certificates.* The totality of the operations related to the emission of deposit certificates does form the primary market of the deposit certificates emitted by the National Bank of Romania. The emission of deposit certificates does represent transactions in the frame of which, for the purpose of absorbing liquidity, the central bank does sell to eligible participants deposit certificates. Such documents do represent its obligations towards the detainers of this type of instruments. Deposit certificates are denominated in the Romanian national currency; they are emitted under a de-materialized form and are objects for transactions. They are also emitted with a discount, at a value that is inferior to their nominal one: the difference between the value at which they are emitted and their nominal value does represent the interest¹² paid at the settling day, related to the sum previously paid by the detainer at their emission moment.

– *reversible sales/purchases-repo/reverse repo-of assets eligible for transaction.* The reversible-repo-purchases of assets eligible for transaction (pensions) are reversible transactions in the frame of which, for the purpose of injecting liquidity, the National Bank of Romania does buy from eligible participants assets eligible for transaction, under the commitment taken by the letters to buy back the concerned assets, at a date posterior to the transaction and for a price established at the moment of the transaction's

under de-materialized form, in lei and in foreign currency. See for details the dispositions of the N.B.R.'s Regulation nr. 11/2005 concerning the primary market of state bonds, administrated by the N.B.R., with ulterior modifications and addenda, as well as the ones of the N.B.R.'s Regulation nr. 12/2005 concerning the secondary market of state bonds, administrated by the N.B.R., with ulterior modifications and addenda.

¹⁰ Since the moment of Romania's adhesion to the Euro-system, the sphere containing the assets eligible for warranting the credits granted by the N.B.R. does extend itself towards the two categories of eligible assets defined by the Central European Bank.

¹¹ Since they hold an economical significance, prior to being simply qualified as N.B.R.'s monetary market operations, in the field of law they stand as juridical procedures pertaining to the branch of Banking Law. To this category do belong: a) the emission of deposit certificates; b) the reversible sales/purchases – repo/reverse repo – concerning assets eligible for transaction; c) the sales/purchases concerning assets eligible for transaction; and d) the granting of credits collateralized with assets eligible for warranting.

¹² The applied interest rate is the simple one, yet under the convention: „Number of Days/360”.

closing. In the case of reversible sales-reverse repo-concerning assets eligible for transaction (pensions), they are reversible transactions in the frame of which, for the purpose of absorbing liquidity, the National Bank of Romania does sell to eligible participants assets eligible for transaction, committing itself to buy back the concerned assets, at a forthcoming date and for a price established at the moment of the transaction's closing. In both cases, during the time period concerned by the transaction, the ownership upon the respective assets is transferred towards the creditor.

– *sales/purchases of assets eligible for transaction*. These are transactions in the frame of which, for the purposes of absorbing/injecting liquidity, the National Bank of Romania does sell/buy assets eligible for transaction. They involve, for the concerned eligible assets, the ownership's transfer from the seller towards the buyer, accomplished through the mechanism: „delivery vs. payment”.

– *granting of collateralized credits through assets eligible for warranting*. These are reversible transactions in the frame of which, for the purpose of injecting liquidity, the central bank does grant credits to eligible participants, while these letters do preserve their ownership right upon the eligible assets they have brought as guaranty. Such operations do technically belong to the usual banking' sphere but, simultaneously, do constitute themselves as genuine juridical procedures pertaining to the branch of Banking Law. The National Bank of Romania is enabled to grant credits to eligible credit institutions only, the conditions for which are established through its own regulations.¹³ In the matter of such operations, the central bank is submitted to another instituted prohibition, consisting in not being allowed to credit (through accounts' uncovering or whatever other crediting type): 1) the state itself, the central and local public authorities, the institutions under autonomous' supervision management, the national range' societies, the national range companies, and other societies the capital of which belongs mostly to the state, with the exception yet of the credit institutions funded mostly by the state's capital; 2) other organisms that are ruled by public law and public companies from E.U.'s member states. The National Bank of Romania is entitled to grant credits to the eligible credit institutions, for terms which cannot exceed 90 days, credits guaranteed with the following kinds of assets, but without limiting itself to them only: 1) state bonds generated through public emissions, by their delivery towards the central bank's portfolio; 2) deposits constituted at the central bank itself or at other moral persons agreed by it; 3) eligible assets according to the definition given to this concept by the Central European Bank, meant to complete the eligible assets for warranting the credits granted by the National Bank of Romania, but starting only since the moment of Romania's adhesion to the Euro system. It is the N.B.R. which brings to public knowledge the crediting requirements, the minimal level of the interest's ratio chosen to be granted for the credits provided to credit institutions, as well as the criteria which the credit institutions ought to fulfill so that they might request for credits from the National Bank of Romania under competitive grounds. The central bank may also establish limiting amounts for granted credits and for interests'ratios, reimbursement terms and other conditions able

¹³ The crediting facilities which might be offered by the central bank to the eligible credit institutions in the frame of crediting operations are presented in detail by the dispositions of the N.B.R.'s Regulation nr. 1/2000 R, art. 15 and foll.

to create a competitive ground in the matter of credits' granting. For all the crediting operations it performs, the National Bank of Romania does institute and cash in interests and allowances. Exceptionally and case by case only, the central bank may provide to credit institutions other kinds of credits as well, with no guaranty required or guaranteed through other assets than the ones discussed of above, in view of fulfilling its own attributed task to ensure Romania's financial stability. b) *Transactions which do not involve assets eligible for transacting and/or for warranting*. The National Bank of Romania's performed operations upon the basis of such types of transactions is:

– *the currencies' swap*. It consists in two simultaneous transactions, closed with the same counterpart, through which the National Bank of Romania: 1) buys at sight convertible foreign currency vs. lei, for the purpose of injecting liquidity, and sells at a posterior date the same sum in convertible foreign currency vs. lei; or 2) sells at sight foreign convertible currency vs. lei, in order to absorb liquidity and buys, at a posterior date, the same sum in foreign convertible currency vs. lei; and

– *the deposits' attracting*. This is a transaction of which the settlement day is previously established, in the frame of which, for the purpose of absorbing liquidity, the National Bank of Romania does attract deposits from eligible participants. For the monetary market operations, the settlement day cannot be placed at more than 90 calendar's days since their closing, except for the ones which are performed upon the ground of transactions involving the emission of deposit certificates, for which the maximum term for the settlement day is of one year. The National Bank of Romania is entitled to develop its monetary market operations either alternatively or simultaneously, suiting the market's circumstances and according to the chosen objectives of monetary policy towards which the central bank does aim, of which the starting point is the decision made by the National Bank of Romania to intervene upon the monetary market. In the matter of monetary market operations, a prohibition is instituted for the National Bank of Romania, as it is stated by its own statute.¹⁴ According to it, the N.B.R. is prohibited from acquiring upon the primary market the claims upon the state itself, upon the central and local public authorities, upon the national institutions under autonomous management, upon national societies, national companies and other societies the capital of which comes mostly from the state, as well as the claims upon other organisms and companies ruled by public law from the E.U.'s member states. However, upon the secondary market, in respect to the conditions which it might estimate as necessary to be fulfilled in order to accomplish the objectives of its chosen monetary policy, the central bank is enabled to perform: a) reversible operations, direct sales/purchases, or it might receive as pledges, in view of granting collateralized credits, claims upon the state itself or state bonds, claims upon the central and local authorities, upon the national institutions under autonomous management, upon the national societies, national companies and other societies the capital of which is mostly owned by the state, upon credit institutions or upon other moral persons. Among such operations, in the matter of the ones involving the state's bonds, the central bank is enabled to act as an agent on behalf of the state, with the due receiving of an allowance and in virtue of the conventions it has previously concluded with the Ministry of Finance, in what concerns: 1) the spreading

¹⁴ Law no. 312/2004, art. 29.

towards third parties of the state bonds' emissions and of other negotiable instruments through which the state might oblige itself; 2) the exerting of an agent's functions about the state bonds' recording, deposit and transfer; 3) the payment of capital, of interests, of allowances and of other related expenses; 4) the execution of reimbursements within the State's Treasury's general current account¹⁵; 5) other operations suitable for the central bank's fundamental objective and for its attributes; 6) the execution of payments related to the above mentioned cases through accounts opened within its book keeping, including the ones related to the service of the issuing as well as to other costs related to transactions and operations. The state's loans made through bonds are performed according to the conventions agreed between the central bank and the Ministry of Public Finance, in virtue of which decisions are taken about at least the following elements: the loan's value, its settling day, the interest's rate and the calculus modality chosen for the interest, acting for the whole duration of the credit, the costs of the debt' service as well as the data concerning the negotiable state bonds emitted for each of the loans; b) it may practice currency swaps or issue deposit certificates and also attract deposits from credit institutions.

1.1.2. Permanent facilities granted to credit institutions. The N.B.R.'s Regulation nr. 1/2000 does state about the National Bank of Romania's possibility of granting permanent facilities in the matters of credit and deposit towards eligible participants. *The credit facility*¹⁶ (*the Lombardy credit*) may be requested by a credit institution aiming to obtain liquidity under a very brief term. The legislator does establish the procedure which ought to be respected in order to access this credit facility granted by the National Bank of Romania. The applicant should address, for this purpose, a written request to the central bank-Direction of Market Operations, signed by the authorized persons and bearing the stamp of the respective institution. It is due to contain, yet without limiting itself to them, the following elements: the credit institution's identifying elements; the sum requested for; the type and value of the warranties brought in. Until the end of the respective working day of the bank, the National Bank of Romania is due to notify towards the petitioning banks the decisions it has reached to about their requests. The Lombardy credit is granted overnight only. Further more, its approval is conditioned by

¹⁵ The State Treasury's general current account is managed within the book keeping records of the central bank, as it is opened on behalf of the Ministry of Public Finance. The functioning of the State Treasury's general current account and the operations' recording within it are established through conventions agreed upon between the central bank and this Ministry. The operations performed by the N.B.R. on behalf of the State Treasury do consist in: 1) it receives the cash flows in for the State Treasury's general current account and the payments' delivery, within the limits of the existing cash availabilities within the concerned account; 2) when discounting the operations carried through the State Treasury's general current account, it prelevates the due allowances and it pays the interests resulted from the cash availabilities existing within it; 3) under conditions previously established in agreement with the Ministry of Public Finance, it acts as an agent of the state for the purpose of establishing which credit institutions should be eligible to receive the State Treasury's deposits.

¹⁶ In the perspective of the *New Civil Code* (art. 2193), the credit facility is the contract through which a credit institution, a financial non-banking institution or whatever other entity authorized in virtue of a special law does oblige itself to keep a sum of money at its client's disposal, for a time duration either determined or undetermined.

its collateralization with assets eligible for warranting.¹⁷ The value of the warranty assets brought in by the petitioner is due to cover at 100% the credit and the interest related to it; they also have to be presented until the moment of the credit's granting. For the Lombardy credit, the level of the interest's rate is pre-determined, being established by the National Bank of Romania's Administration Council as suitable for the objectives chosen by it in the monetary policy. Usually, the Lombardy rate represents the maximum level of interest rate currently applied by the banking system. For the Lombardy credit, the interest is due to be paid together with the credit's reimbursement. In exceptional cases, the N.B.R.'s Administration Council may limit or place under suspension the banks' access to Lombardy credit. The central bank may also modify at any moment the interest rate, the changement taking effect upon the Lombardy credits granted during the very next working day of the bank. *The deposit facility* might be accessed by a credit institution for the purpose of taking advantage from its exceeding amount of liquidity. The legislator does establish the procedure which ought to be respected by the eligible participants in order to be able to constitute deposits at the N.B.R. For this purpose, the petitioner ought to forward a written request towards the Direction of Market Operations, signed by the authorized persons and bearing the respective institution's stamp. It is due to contain, yet without limiting itself to them, the following elements: the eligible participant's identifying elements; the sum which is intended to be constituted as a deposit. Until the end of the bank's working day, the N.B.R. is due to notify towards the petitioning eligible participants the decisions it had come to concerning their respective requests. In the frame of this facility, the N.B.R. has chosen overnight as the duration for accepting deposits. The level of the interest rate for accepted deposits is pre-determined, as it is established by the N.B.R.'s Administration Council as suitable for its chosen objectives in monetary policy. The remunerations for accepted deposits are relying upon a fixed rate of interest, previously announced by the N.B.R. and calculated as a simple interest rate, conventionally assuming: $\text{Number of Days}/360$. The interests of such deposits are due to be paid at the deposits' settling day. The N.B.R.'s Administration Council may, at any moment, place under suspension the access of the eligible participants to the deposit facility, under exceptional circumstances. The interest rate might also be modified at any moment by the central bank; the changement is due to take effect upon the deposits accepted during the very next working day of the bank.

1.1.3. Operations of liquidity's control through compulsory minimal reserves. The National Bank of Romania is the one which is establishing the regime of minimal compulsory reserves¹⁸ that credit institutions are due to constitute and maintain within the accounts they have opened at the former. Minimal compulsory reserves do represent cash availabilities of the credit institutions, either in lei or in foreign currencies, reaching to a level that has been established through norms. The compliance to the requirements concerning the minimal compulsory reserves would be fulfilled when the effectively existing amount of the

¹⁷ To be able to participate in the N.B.R.'s credit facilities which involve transactions with state bonds and/or deposit certificates, the eligible participants must firstly own the quality of being a participant in the SaFIR deposit and discount' system.

¹⁸ The N.B.R.'s Regulation no. 6 concerning the regime of minimal compulsory reserves, published in the M. Of. nr. 566 from 1st August 2002, with ulterior modifications and addenda.

reserves¹⁹ should be equal to the amount normatively foreseen concerning them.²⁰ The owners of the obligation to maintain minimal compulsory reserves are: the banks, the central payment desks of credit cooperatives, the institutions issuing on-line currencies and the saving offices for the inhabiting domain,²¹ the Romanian moral persons, as well as the branch offices from Romania of the foreign credit institutions. In the case of a merger for two or several credit institutions, the obligation to constitute the minimal compulsory reserves (for all the merging credit institutions) is transferred to the resulting credit institution. In the case of a division, the same obligation ought to be assumed by each of the resulting credit institutions, in respect to the allotted ratio from the calculus ground meant for obtaining the amount of the minimal compulsory reserve at the ceased (split) credit institution. In what concerns the credit institutions' accounts,²² these are opened and operated with by the central bank itself, according to its own regulations. The N.B.R. is also the one which operates the final, irrevocable and unconditioned discounting operation for the funds' transfers within the owners' accounts. The central bank establishes and cashes in allowances for all the operations it performs within the accounts opened in its book keeping records. The exceptions to that fact are the accounts owned by the European Commission and by the international financial organisms. For the accounts in foreign currencies, the minimal compulsory reserves ought to be constituted of foreign currency only. The concerned credit institutions are due to assume entirely the costs of the eventually related exchange operations required for constituting the reserves in foreign currency, as well as the possible currency fluctuation risks generated by such operations. For the effectively existing level of the reserves, the N.B.R. does pay the interest until reaching to the foreseen level for the minimal compulsory reserves. The central bank is entitled to establish and/or modify the rate of the interest paid for the minimal compulsory reserves through an administrative memorandum. Yet, the interest rate is due to be situated at least at the level of the average interest rate usually practised by most of the credit institutions for deposits at sight. In the case of a deficit concerning the reserves, that is to say when the difference between the effective and the foreseen levels of the minimal compulsory reserves is negative, the N.B.R. is entitled to calculate the level of and then to prelevate penalizing interests. Repeatedly occurring, such situations are sanctioned by the N.B.R. through warnings, amercements or even through limiting the operations' extent for the concerned credit institution.

¹⁹ It represents the product between the calculus ground and the rate of the minimal compulsory reserves. About them: the calculus ground is constituted by the average level during the survey period reached to by the surplus stock of the passive elements from the balance sheet of the credit institutions upon which the respective rate for minimal compulsory reserves is applied. The survey and the applying durations are consecutive one to the other (the survey period represents the interval between the 24th of last month and the current 23rd).

²⁰ It is constituted by the average daily surplus stock level recorded by the concerned credit institution within the account where the minimal compulsory reserves are maintained during the applying period. The determining of the average daily level for the surplus stock is made by using for the calculus the counted number of calendar days of which is constituted the applying duration. This latter represents the time interval during which the level foreseen by the N.B.R. for the minimal compulsory reserves ought to be maintained within the accounts opened at the N.B.R.

²¹ Right now, for the banks dedicated to savings and to credits meant for the inhabiting domain, the rate for the minimal compulsory reserves is of 0 (zero)%.

²² Things go the same way for the accounts of the State Treasury, for the ones of compensation offices and for the ones of other entities, either residing or not in Romania.

Capacitatea civilă a persoanei fizice. Ocrotirea persoanei în reglementarea noului Cod civil

Drd. Ana-Maria FLOREA

Drd. Constantin GIURCĂ

*Facultatea de Drept și Științe Sociale – Școala Doctorală,
Universitatea din Craiova*



Civil capacity of the individual. Protecting of the individual within the regulation of the new Civil Code

Abstract:

The civil capacity of the individual, with its two components: ability to use and exercise capacity in the regulation of the new Civil Code, has no great novelty items, except for the introduction of a new way of obtaining the capacity to exercise, respectively that ability for early exercise. However, in the matter of protecting the individuals/natural persons, the new Civil Code brings some notable news, both in terms of the institutions responsible for control and supervision over legal guardian, guardian and trustee and as on the designation way of the guardian, by an authentic act, during life, on the task of guardianship of his minor children or on their own guardianship task, if placed under judicial interdiction.

Keywords: civil capacity, utilization capacity, exercise capacity, protecting the person, guardianship, trusteeship.

§ I. Capacitatea civilă și personalitatea juridică

Noțiune

Capacitatea civilă nu reprezintă altceva decât calitatea de a fi subiect de drept civil¹.

Personalitatea juridică este aptitudinea generală și abstractă de a fi titular de drepturi și obligații. Legea conferă personalitate juridică tuturor persoanelor umane.

Potrivit articolului 6 din Declarația Universală a Drepturilor Omului adoptată în 1948 „Fiecare are dreptul să i se recunoască personalitatea juridică, oriunde s-ar afla”.

Capacitatea civilă este o componentă a personalității juridice, între noțiunile de capacitate civilă și personalitate juridică nu există identitate în toate cazurile ci numai o suprapunere parțială².

¹ *Curs de drept civil. Partea Generală*, ed. a 2-a revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu 2012.

² Flavius A. Baias, E. Chelaru, Rodica Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod Civil. Comentariu pe articole art. 1-2.664*, Ed. C.H. Beck, 2012, p.31.

Structură

Capacitatea civilă are în structura sa două elemente: capacitatea de folosință și capacitatea de exercițiu.

Legea recunoaște calitatea de drept civil tuturor persoanelor fizice.

Capacitatea de folosință. Definiție

Legea³ prevede următoarea definiție a capacității de folosință a persoanei fizice „Capacitatea de folosință este aptitudinea persoanei de a avea drepturi și obligații”.

În literatura de specialitate s-au conturat mai multe definiții ale capacității de folosință a persoanei fizice, astfel într-o formulare, capacitatea de folosință a persoanei fizice este definită ca fiind cea parte a capacității civile care constă în aptitudinea omului de a avea drepturi și obligații civile⁴.

Într-o altă formulare capacitatea de folosință a persoanei fizice este definită ca parte a capacității civile a omului, ca aptitudinea acestuia de a avea drepturi și obligații civile.⁵

Începutul capacității de folosință a persoanei fizice

Potrivit art. 35 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată, cu modificările ulterioare, de regulă capacitatea de folosință începe la nașterea persoanei și încetează cu moartea acesteia, iar art. 36 consacră excepția de la această regulă astfel că drepturile copilului sunt recunoscute de la concepțiune, însă numai dacă el se naște viu.

Nicio persoană fizică nu poate fi lipsită de capacitatea de folosință iar limitarea capacității de folosință poate avea loc numai în condițiile expres prevăzute de lege.

Persoana fizică nu poate renunța, nici total, nici parțial, la capacitatea de folosință.

Capacitatea de exercițiu

Definiție

Potrivit dispozițiilor legale⁶ capacitatea de exercițiu este aptitudinea unei persoane de a încheia acte juridice civile.

În literatura juridică, definițiile capacității de exercițiu, cunosc deosebiri de formulare deși conțin aceleași elemente:

- Capacitatea de exercițiu a persoanei fizice este cea parte a capacității civile a omului care constă în aptitudinea acestuia de a dobândi și exercita drepturi civile și de a-și asuma și executa obligații civile prin încheierea de acte juridice civile⁷;

- „.....capacitatea persoanei de a-și exercita drepturile și de a-și asuma obligații, săvârșind personal și singură acte juridice”⁸;

- „Capacitatea deplină de exercițiu este capacitatea persoanei de a săvârși ea însăși, nemijlocit și fără ajutorul juridic al altei persoane, acte juridice de drept civil”⁹.

³ Art. 34 din Legea nr. 287/2009 privind Codul Civil, republicată cu modificările și completările ulterioare.

⁴ G. Beleiu, *Introducere în dreptul civil*, 2003, Ed. Universul Juridic, București, p. 313.

⁵ E. Lupan, *Drept Civil. Persoanele*, 1988, p. 17.

⁶ Art. 37 din Legea nr. 287/2009 privind Codul Civil, republicată cu modificările și completările ulterioare.

⁷ G. Beleiu, *Introducere în dreptul civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2003, p. 347.

⁸ C. Stătescu, *Drept Civil. Persoana fizică. Persoana juridică, Drepturi Reale*, EDP 1970, p. 224.

⁹ S. Ghimpu, *Capacitatea și reprezentarea persoanelor fizice*, p. 40.

- „Parte a capacității civile, capacitatea de exercițiu a persoanei fizice este aptitudinea omului de a dobândi și exercita drepturi civile și de a-și asuma și executa obligații civile prin săvârșirea de acte juridice civile”¹⁰.

Conținut

Capacitatea de exercițiu are ca premisă capacitatea de folosință a persoanei și îi permite să concretizeze vocația de avea drepturi și obligații civile .

Dacă orice persoană fizică are capacitatea de folosință, nu toate persoanele fizice au capacitatea de exercițiu.

În general, o persoană de-a lungul existenței sale parcurge 3 faze , care sunt marcate de maturitatea psihică, respectiv de discernământ (faza lipsei totale a capacității de exercițiu, faza capacității de exercițiu restrânse, faza de capacității de exercițiu depline)¹¹.

Începutul capacității de exercițiu

Capacitatea de exercițiu deplină începe, de regulă, la data când persoana devine majoră, respectiv la împlinirea vârstei de 18 ani .

Capacitatea de exercițiu este condiționată de existența discernământului.

Legiuitorul prezumă existența discernământului persoanelor care ating vârsta majoratului, prezumție care poate fi răsturnată dacă se dovedește că persoana în cauză suferă de o boală psihică de natură să afecteze acest discernământ.

Un alt mod de dobândire a capacității de exercițiu deplină îl reprezintă încheierea căsătoriei de către femeie înainte de a împlini optsprezece ani.

Noul Cod civil¹² reglementează un nou caz de dobândire a capacității de exercițiu deplină, respectiv capacitatea de exercițiu anticipată.

Potrivit articolului 40 din noul Cod civil capacitatea de exercițiu deplină poate fi recunoscută minorului care a împlinit vârsta de 16 ani, de către instanța de tutelă, pentru motive temeinice. În acest scop, vor fi ascultați și părinții sau tutorele minorului, luându-se, când este cazul, și avizul consiliului de familie.

Cererea privind dobândirea capacității de exercițiu anticipate nu poate fi făcută decât în interesul minorului și pentru motive temeinice, lăsate la aprecierea instanței de tutelă.

Lipsa de maturitate și de discernământ ale minorului , precum și posibilitatea acestuia de a-și cunoaște propriul interes, vor constitui obstacole în calea acordării capacității de exercițiu anticipate¹³.

Capacitatea de exercițiu restrânsă

Legiuitorul consideră că minorul cu vârstă cuprinsă între 14 și 18 ani are discernământul în curs de formare, motiv pentru care îi recunoaște capacitatea de exercițiu restrânsă¹⁴.

¹⁰ I. Dogaru, *Drept Civil Român. Tratat, vol. I.*, Ed. Themis Craiova, 2000, p. 402.

¹¹ O. Ungureanu, C. Munteanu, *Drept Civil. Persoanele în reglementarea noului Cod Civil*, Ed. Hamangiu, 2011, p. 137.

¹² Art. 40 din Legea nr. 287/2009 privind Codul Civil, republicată cu modificările și completările ulterioare.

¹³ O. Ungureanu, C. Munteanu, *Drept Civil. Persoanele în reglementarea noului Cod Civil*, Ed. Hamangiu, 2011, p. 149.

¹⁴ Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod Civil. Comentariu pe articole*, art. 1-2.664, Ed. C.H. Beck, 2012, p. 46.

În privința capacității de exercițiu restrânsă, noul Cod civil reiterează vechile dispoziții din Codul familiei cu privire la posibilitatea minorului de a face singur acte de conservare și de administrare care nu îl prejudiciază, iar actele de dispoziție le poate încheia numai cu încuviințarea ocrotitorului legal (părinte sau tutore) și/sau cu autorizarea prealabilă a instanței de tutelă, în anumite cazuri prevăzute de lege¹⁵.

Noul Cod civil introduce o noutate în materia actelor juridice pe care le poate face minorul cu capacitate restrânsă de exercițiu, adăugând la actele de conservare și pe cele de administrare care nu îl prejudiciază și actele juridice care sunt de mică valoare, au caracter curent și cu executare imediată.

Menționăm că aceeași noutate este introdusă și în materia actelor juridice încheiate de persoana lipsită de capacitate de exercițiu, respectiv minorul care nu a împlinit vârsta de 14 ani și interzisul judecătoresc, în numele cărora, reprezentanții lor legali încheie acte juridice, în condițiile prevăzute de lege.

De asemenea, minorul cu capacitate de exercițiu restrânsă poate să încheie acte juridice privind munca, îndeletnicirile artistice sau sportive sau referitoare la profesia sa, însă cu încuviințarea ocrotitorului legal, și acolo unde este cazul, cu respectarea dispozițiilor legale.

În acest caz, minorul exercită singur drepturile și execută tot astfel obligațiile izvorâte din aceste acte și poate dispune singur de veniturile dobândite¹⁶.

Lipsa capacității de exercițiu

Persoanele lipsite de capacitate de exercițiu sunt minorii care nu au împlinit vârsta de 14 ani și persoanele puse sub interdicție judecătorească.

Legiuitorul consideră că minorii care nu au împlinit vârsta de 14 ani și persoanele puse sub interdicție judecătorească sunt lipsite de discernământ, lipsirea acestora de capacitatea de exercițiu reprezentând o măsură de protecție a intereselor lor¹⁷.

Actele persoanei lipsite de capacitate de exercițiu pot fi încheiate, în numele lor, de către părinți sau tutori, aceștia având calitatea de reprezentanți legali, cu respectarea dispozițiilor legale.

Regimul incapacității de exercițiu este dominat de grija de a-i asigura incapabilului o protecție contra slăbiciunii ori alterării prezumate a consimțământului său, dar numai în măsura în care el are în mod real o asemenea nevoie¹⁸.

§ II. Ocrotirea persoanei fizice

Aspecte generale

Reglementările anterioare noului Cod Civil în materia ocrotirii persoanei fizice, se regăseau în principal în Legea nr. 4/1953, respectiv în Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea dreptului copilului și Legea 273/2004 privind regimul juridic al adopției.

¹⁵ *Codul Civil al României, Îndrumar Notarial*, vol. I, București, 2011, p. 27.

¹⁶ Art. 40 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată cu modificările și completările ulterioare.

¹⁷ O. Ungureanu, C. Munteanu, *Drept Civil. Persoanele în reglementarea noului Cod Civil*, Ed. Hamangiu, 2011, p. 138.

¹⁸ J. Flour, J.L. Aubert, E. Savaux, Ed. Arnaud Colin, *Droit Civil*, 2001, p. 180.

Odată cu intrarea în vigoare a noului Cod civil și Legii nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii 287/2009 privind Codul Civil, acestea au fost abrogate total sau parțial, noul cod Civil devenind principalul act normativ care reglementează domeniul ocrotirii persoanei fizice.

Ocrotirea persoanei fizice are ca scop protejarea drepturilor și intereselor legitime ale acesteia.

Orice măsură de ocrotire a persoanei fizice se stabilește numai în interesul acesteia.

Ocrotirea persoanei fizice, trebuie privită în contextul „ideii generale a protecției, ocrotirii omului, care străbate dreptul roman în ansamblul său”¹⁹.

Persoanele ocrotite

Subiectele „ocrotirii persoanei fizice” sunt persoanele fizice aflate în situații speciale datorită vârstei, stării de sănătate mintală sau aflate în alte circumstanțe speciale²⁰.

Sunt supuse ocrotirii prin mijloace juridice de drept civil:

- minorii (ocrotirea se realizează prin părinți, tutelă și curatelă);
- alienații și debili mintali (ocrotirea se realizează prin interdicția judecătorească, urmată de instituirea tutelei sau curatelei);
- persoane aflate în situații deosebite (ocrotirea se realizează prin măsura de ocrotire numită curatelă)²¹.

Măsurile de ocrotire

În ansamblul său, dispozițiile legale ale dreptului român au în atenție ocrotirea persoanei prin mijloace proprii, specifice.

Ocrotirea persoanei fizice este reglementată în același mod ca și în vechiul Cod civil, numai că toate atribuțiile în materie se exercită de către instanța de tutelă, în locul autorității tutelare.

Astfel, orice măsură de ocrotire a persoanei fizice se stabilește numai în interesul acesteia, iar la luarea unei măsuri de ocrotire trebuie să se țină seama de posibilitatea persoanei fizice de a-și îndeplini obligațiile cu privire la persoana și bunurile sale.

Măsurile de ocrotire, potrivit noului Cod Civil²², în cazul minorului, se realizează prin părinți, prin instituirea tutelei, darea în plasament sau, după caz, prin alte măsuri de protecție specială prevăzute de lege iar în cazul majorului, prin punerea sub interdicție sau prin instituirea curatelei, în condițiile prevăzute de Cod.

Ocrotirea majorului are loc prin punerea sub interdicție judecătorească sau prin instituirea curatei, în condițiile prevăzute de lege.

Măsuri de ocrotire a minorului

Autoritatea părintească

Autoritatea părintească reprezintă mijlocul juridic de ocrotire a minorului prin exercitarea drepturilor și îndeplinirea îndatoririlor cu privire la persoana și bunurile minorului de către părinți.

¹⁹ G. Belei, *Drept Civil, op cit.*, p. 330.

²⁰ I. Dogaru, *Drept Civil Român Tratat Vol. I.*, Ed. Themis, Craiova, 2000, p. 412.

²¹ G. Belei, *Introducere în dreptul civil*, Ed. Universul Juridic, București 2003, p. 363.

²² Art. 40 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată cu modificările și completările ulterioare.

Exercitarea autorității părintești se face exclusiv în interesul superior minorului.

Ocotirea părintească, are în conținutul său, două laturi: personală și patrimonială.

Latura personală se referă la ocrotirea persoanei copilului, iar latura patrimonială la patrimoniul acestuia, respectiv la administrarea bunurilor minorului, reprezentarea legală a minorului sub 14 ani în actele juridice civile și la încuviințarea actelor civile ale minorului de 14 ani.

Noul Cod Civil introduce ca element de noutate instanța de tutelă și de familie, prin care se realizează măsurile de ocrotire ale persoanei fizice.

Autoritatea tutelară este înlocuită cu instanța de tutelă care dispune cu privire la bunurile minorului, supraveghează și controlează activitatea tutorelui.

Această înlocuire se datorează rolului crescut al tutorelui în noua reglementare față de reglementarea anterioară.

Disponerea măsurilor de ocrotire precum și procedurile privind ocrotirea persoanei fizice sunt de competența instanței de tutelă, care soluționează de îndată aceste cereri.

Până la reglementarea prin lege a organizării și funcționării instanței de tutelă atribuțiile acesteia, prevăzute de noul Cod civil, sunt îndeplinite de instanțele, secțiile sau, după caz, completele specializate pentru minori și familie²³.

Până în momentul stabilirii organizării și funcționării prin Legea privind organizarea judiciară, atribuțiile instanței de tutelă referitoare la exercitarea tutelei cu privire la bunurile minorului sau, după caz cu privire la supravegherea modului în care tutorele administrează bunurile minorului revin autorității tutelare²⁴.

Ocotirea persoanei fizice prin tutelă se realizează de către tutore, desemnat sau numit, precum și de către consiliul de familie ca organ consultativ.

Un nou element adus de noul Cod civil îl constituie reglementarea consiliului de familie, organ facultativ cu rol consultativ instituit pentru supravegherea modului în care tutorele își exercită drepturile și își îndeplinește obligațiile cu privire la persoana și bunurile minorului.

Consiliul de familie este supus controlului judecătoresc exercitat de către instanța de tutelă.

Consiliul de familie se poate constitui de către instanța de tutelă, numai la cererea persoanelor interesate pentru a supraveghea modul în care tutorele își exercită drepturile și își îndeplinește îndatoririle.

Atribuțiile consiliului de familie vor fi exercitate de către instanța de tutelă dacă consiliul de familie nu se constituie.

Stabilind că instanța de tutelă preia atribuțiile consiliului de familie, în lipsa constituirii acestuia, textul conduce la concluzia că deși este conceput ca un organ cu caracter facultativ, consiliul de familie este un element important în ceea ce privește ocrotirea persoanei fizice²⁵.

²³ Art. 229 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil.

²⁴ Art. 27 din Legea nr. 60/2012 privind aprobarea O.U.G. nr. 79/2011 pentru reglementarea unor măsuri necesare intrării în vigoare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil.

²⁵ Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole art. 1-2.664*, Ed. C.H. Beck, 2012, p. 121.

Consiliul de familie este compus din 3 rude sau afini, ținându-se seama de gradul de rudenie și de relațiile personale cu familia minorului, dar în lipsă de rude sau afini pot fi numite și alte persoane care au avut legături de prietenie cu familia minorului sau manifestă interes pentru interesul acestuia.

Consiliul de familie dă avize consultative, la solicitarea tutorelui sau instanței de tutelă, și ia decizii, în cazurile prevăzute de lege.

Deciziile vor fi motivate și consemnate într-un registru special constituit, iar la luarea lor, minorul care a împlinit vârsta de 10 ani va fi ascultat.

Tutela minorului

Tutela minorului se instituie atunci când ambii părinți sunt, după caz, decedați, necunoscuți, decăzuți din exercițiul drepturilor părintești sau li s-a aplicat pedeapsa penală a interdicției drepturilor părintești, puși sub interdicție judecătorească, dispăruți ori declarați judecătorește morți, precum și în cazul în care, la încetarea adopției, instanța hotărăște că este în interesul minorului instituirea unei tutele.

O altă noutate introdusă de noul Cod civil în materia ocrotirii persoanei fizice, o constituie posibilitatea desemnării tutorelui de către părinte, prin act unilateral sau prin contract de mandat, încheiate în formă autentică, ori după caz, prin testament.

Desemnarea tutorelui copiilor săi de către părinte poate fi revocată oricând de către acesta, chiar și printr-un înscris sub semnătură privată.

Revocarea desemnării tutorelui este supusă publicității, pentru opozabilitate, fie în Registrul Național de Evidență a Testamentelor, fie în registrul Național de Evidență a Procurilor, notarul public sau instanța de tutelă, după caz, având obligația să verifice la registre dacă persoana desemnată pentru a fi tutore nu a fost revocată.

În cazul în care au fost desemnate mai multe persoane ca tutore, fără vreo preferință, instanța de tutelă va hotărî ținând cont de condițiile lor materiale, precum și de garanțiile morale necesare dezvoltării armonioase a minorului.

În lipsa unui tutore desemnat, instanța de tutelă numește cu prioritate un tutore. Numirea tutorelui, se face cu acordul acestuia, de către instanța de tutelă în camera de consiliu prin încheiere definitivă.

O deosebire față de reglementarea anterioară o constituie renunțarea la caracterul obligatoriu al tutelei ce nu permitea tutorelui desemnat să refuze sarcina tutelei.

Noua reglementare privind caracterul facultativ al tutelei are un aspect pozitiv: o persoană căreia i s-ar impune o sarcină împotriva voinței sale ar putea prejudicia interesele minorului.

Poate fi numită tutore o persoană fizică sau soțul și soția, dacă nu se află în vreunul dintre cazurile de incompatibilitate prevăzute de dispozițiile legale.

Cazurile de incompatibilitate cu calitatea de tutore sunt cele din reglementarea anterioară prevăzute de Codul familiei cu unele actualizări de institutii, respectiv completări.

Noul Cod civil a introdus următoarele cazuri de incompatibilitate:

- starea de insolvabilitate a persoanei, instituirea acestei incapacități având ca scop protejarea intereselor minorului, voința părților;

- înlăturarea persoanei prin înscris autentic sau testament de către părintele care exercita autoritatea părintească. Instanța este obligată să ia în considerare voința părților, astfel persoana înlăturată în acest mod, nu poate fi desemnată tutore;

- relele purtări reținute ca atare de către o instanță judecătorească.

Cazurile de incompatibilitate pot surveni nu numai la numirea tutorelui, ci și pe parcursul exercitării funcțiilor tutelei, respectându-se procedura de numire a acestuia de către instanța de tutelă.

Sarcina tutelei, fiind o obligație asumată, tutorele are implicit obligația îndeplinirii sarcinilor ce-i incumbă.

Tutorele poate solicita înlocuirea sa de către instanța de tutelă, în cazurile prevăzute expres și limitativ de lege, dar noul Cod civil prevede obligația ca acesta să continue exercitarea atribuțiilor sale până în momentul soluționării cererii sale de către instanța de tutelă.

Tutela se exercită numai în interesul minorului atât în ceea ce privește persoana sau bunurile acestuia, măsurile privind persoana minorului luându-se de către tutore cu avizul consiliului de familie.

Tutorele are îndatorirea de a-l reprezenta pe minor în actele juridice, până când acesta împlinește vârsta de 14 ani, iar după ce minorul a împlinit 14 ani, tutorele îi încuviințează actele.

Tutorele nu poate, fără avizul consiliului de familie și autorizarea instanței de tutelă, să facă acte de înstrăinare, împărțeală, ipotecare ori de grevare cu alte sarcini reale a bunurilor minorului, să renunțe la drepturile patrimoniale ale acestuia, precum și să încheie în mod valabil orice alte acte ce depășesc dreptul de administrare.

Instanța de tutelă acordă tutorelui autorizarea numai dacă actul răspunde unei nevoi sau prezintă vreun folos neîndoielnic pentru minor.

Instanța de tutelă va efectua un control efectiv și continuu asupra modului în care tutorele și consiliul de familie își îndeplinesc atribuțiile cu privire la minor și bunurile acestuia.

În exercitarea controlului, instanța de tutelă poate solicita sprijinul autorităților și instituțiilor publice specializate pentru protecția copilului.

Curatela minorului

Ori de câte ori între tutore și minor se ivesc interese contrare sau dacă din cauza bolii sau a altor motive tutorele este împiedicat să îndeplinească un act în numele minorului pe care îl reprezintă sau ale cărui acte trebuie să le încuviințeze, instanța de tutelă va numi un curator special.

De altfel, un alt caz de instituire a curatorului special o regăsim în cadrul procedurilor succesoriale, când, pentru motive temeinice, notarul public poate numi provizoriu un curator special, care este după caz, validat sau înlocuit de către instanța de tutelă²⁶.

Cazurile de numire a curatorului special sunt strict și limitativ prevăzute de lege, deoarece curatela specială reglementată de dispozițiile noului Cod Civil, este un mijloc temporar și subsidiar al ocrotirii minorului.

Ocrotirea interzisului judecătoresc

Noțiune

Persoana care nu are discernământul necesar pentru a se îngriji de interesele sale, din cauza alienației și debilității mintale va fi pusă sub interdicție judecătorească.

²⁶ Art. 28 din Legea nr. 60/2012 privind aprobarea O.U.G. nr.79/2011 pentru reglementarea unor măsuri necesare intrării în vigoare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil.

Interdicția judecătorească este o măsură de ocrotire, de drept civil, care se ia de către instanța judecătorească față de persoana fizică lipsită de discernământul necesar pentru a se îngriji de interesele sale, datorită alienației sau debilității mentale, constând în lipsirea de capacitate de exercițiu și instituirea tutelei²⁷.

Punerea sub interdicție are caracter judiciar, instituirea acestei măsuri nu intervine de drept, fiind necesară instituirea unei hotărâri judecătorești.

Condiții

Pentru instituirea punerii sub interdicție, persoana nu trebuie să aibă discernământ iar lipsa discernământului să fie consecința alienației sau a debilității mintale.

Legiuitorul condiționează punerea sub interdicție de existența unei stări de tulburare mintală cu caracter general și permanent.

Nu orice boală psihică justifică punerea sub interdicție, ci numai alienația sau debilitatea mintală care lipsesc bolnavul de discernământ.

O altă condiție cerută pentru punerea sub interdicție o reprezintă imposibilitatea persoanei de a se îngriji singură de interesele sale.

Desemnarea tutorelui

În privința ocrotirii interzisului judecătorec, noul Cod civil, introduce mandatul pentru incapacitate, ca drept conferit persoanei fizice, ca în perioada în care este capabilă, să desemneze prin acte unilaterale sau contract de mandat încheiat în formă autentică o persoană care să se îngrijească de persoana sa sau de bunurile sale, în cazul în care va fi pusă sub interdicție judecătorească. Această desemnare va putea fi revocată oricând de către persoana capabilă.

Revocarea desemnării tutorelui este supusă publicității, pentru opozabilitate, fie în Registrul Național de Evidență a Testamentelor, fie în registrul Național de Evidență a procurilor, notarul public sau instanța de tutelă, după caz, având obligația să verifice la registre dacă persoana desemnată pentru a fi tutore nu a fost revocată.

Desemnarea tutorelui este condiționată de existența capacității depline de exercițiu la momentul încheierii actului.

Persoana desemnată va fi numită tutore de către instanța de tutelă, numindu-se un curator special, în caz de nevoie, până la soluționarea cererii de punere sub interdicție judecătorească.

Numirea curatorului reprezintă o măsură de ocrotire cu caracter excepțional, temporar și urgent.

Regulile privitoare la tutela minorului lipsit de capacitate de exercițiu se aplică și în cazul tutelei celui pus sub interdicție judecătorească.

Curatela

Curatela este o măsură de ocrotire a persoanei capabile care din diferite motive nu-și poate îngriji interesele, cu caracter temporar și subsidiar.

Instanța de tutelă poate institui curatela în următoarele cazuri:

²⁷ G. Beleiu, *Drept civil român. Subiectele dreptului civil*, ed. a XI-a revizuită și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 378.

- atunci când o persoană deși capabilă, nu poate personal, din cauza bătrâneții sau a unei infirmități, să își administreze bunurile sau să își apere interesele în condiții corespunzătoare și din motive temeinice, nu își poate numi un reprezentant sau un administrator sau în alte condiții prevăzute de lege;

- atunci când o persoană, deși capabilă, nu poate personal, nici prin reprezentat, din cauza bolii sau din alte motive, să ia măsurile necesare în cazuri a căror rezolvare nu amână amânare;

- atunci când o persoană, fiind obligată să lipsească vreme îndelungată de la domiciliu, nu a lăsat un mandatar sau un administrator general;

- atunci când o persoană a dispărut fără a exista informații despre ea și a lăsat un mandatar sau un administrator general.

Ca și în cazul tutelei, curatorul persoanei capabile poate fi desemnat prin act unilateral sau contract de mandat, încheiate în formă autentică.

În cazurile în care se instituie curatela, se aplică regulile de la mandat, curatela astfel instituită neaducând atingere capacității de exercițiu a persoanei, curatorul fiind obligat să țină seama de motivul instituirii curatelei.

Ca excepție, la cererea persoanei interesate sau din oficiu, instanța de tutelă poate hotărî că se impune investirea curatorului cu drepturile și obligațiile unui administrator însărcinat cu simpla administrare a bunurilor altuia.

Persoana pusă sub curatelă își păstrează capacitatea de exercițiu pe toată durata exercitării curatelei.

§ III. Concluzii

Un aspect pozitiv al noilor modificări în materia ocrotirii persoanei fizice îl reprezintă faptul că noul Cod civil vine cu o reglementare unitară în privința ocrotirii persoanei fizice. Comparând reglementarea actuală cu cea anterioară noului Cod civil, constatăm că deși mijloacele de ocrotire a persoanei fizice rămân aceleași – tutela, curatela și punerea sub interdicție, modalitatea de aplicare a acestor măsuri comportă modificări notabile. De altfel, observăm importanța sporită conferită de legiuitor măsurilor de ocrotire a persoanei fizice, atât prin înființarea instanței de tutelă cât și prin crearea unui nou organ consultativ, respectiv consiliul de familie. Cu toate acestea, deși legiuitorul a creat cadrul legal, în prezent atribuțiile instanței de tutelă rămân tot în competența autorității tutelare până la înființarea instanței de tutelă iar consiliul de familie, instituit pentru supravegherea modului în care tutorele își exercită drepturile și își îndeplinește obligațiile cu privire la persoana și bunurile minorului, este doar un organ facultativ.

Considerații cu privire la regimul juridic al societăților în Codul civil

Drd. Silvia GĂLOI

*Facultatea de Drept și Științe Sociale – Școala Doctorală,
Universitatea din Craiova*



Considerations regarding the legal status of the companies within the Civil Code

Abstract:

The New Civil code contains provisions regulating legal person in general (art. 197-251), but also provisions on companies.

The importance of this provisions is obvious because they also apply to the companies that the special law provides otherwise.

The lawmaker regulated distinctly the liability of the associates and the unenforceability of legal personality of the legal entity, the functioning of the legal entities established obligations of the members of management and legal status of the cancellation of acts of organs of the legal person.

Keywords: companies, legal entities, the liability of the associates, obligations, managers.

Legea nr. 287/2009 privind Codul civil intrată în vigoare la 1 octombrie 2011 conține un capitol distinct privind regimul societăților (art. 1.881-1.954), astfel că **în materia societăților identificăm două surse normative: pe de o parte Cod civil, iar pe de altă parte Legea nr. 31/1990 privind societățile. De precizat că intenția legiuitorului în materia societăților se observă în rolul acordat Codului civil în această materie și foarte clar exprimat în art. 1.887 alin. (1) “Prezentul capitol constituie dreptul comun în materia societăților”.**

Cu toate acestea, în Codul civil regăsim în afara dispozițiilor ce reglementează contractul de societate, societatea simplă și asocierea în participație, dar și un titlu întreg (Titlul IV din Cartea I) menit a reglementa persoana juridică în general (art. 197-251).

În prezentul studiu ne-am propus doar să identificăm acele dispoziții din noul Cod civil din materia persoanei juridice² care au relevanță în conturarea regimul societăților. Chiar dacă există după cum am văzut în Codul civil dispoziții ce vizează în mod direct

¹ Cu privire la regimul persoanei juridice în noul Cod civil, a se vedea Carmen Tamara Ungureanu, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, ed. a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2013, pp. 379 și urm.

societățile, totuși efectul art. 187 și urm. este unul direct, căci se aplică și societăților în măsura în care legea specială nu prevede altfel. În acest sens art. 192 prevede că persoanele juridice legal înființate se supun dispozițiilor aplicabile categoriei din care fac parte, precum și celor cuprinse în Codul civil dacă prin lege nu se prevede altfel.

Așadar, dispozițiile art. 197-251 se aplică societăților în măsura în care legea specială, anume Legea nr. 31/1990 privind societățile² nu prevede altfel în materia respectivă supusă analizei. De menționat că Legea nr. 31/1990 reglementează amănunțit în cele 294 de articole regimul celor 5 forme de societăți (societatea în nume colectiv, societatea pe acțiuni, societatea cu răspundere limitată, societatea în comandită simplă și societatea în comandită pe acțiuni), precum și societatea europeană [art. 2702, lit. a)-e)].

Cu privire la **răspunderea asociaților art. 193** („Efectele personalității juridice”) articolul reglementează, pe de o parte, răspunderea juridică proprie a persoanei juridice, iar, pe de altă parte, inopozabilitatea personalității juridice.

Art. 193 alin. (1) prevede că persoana juridică ”răspunde pentru obligațiile asumate cu bunurile proprii, afară de cazul în care prin lege se dispune altfel”³, dispoziție ce o regăsim și în Legea nr. 31/1990 la art. 3 alin. (1): obligațiile sociale sunt garantate cu patrimoniul social.

Art. 193 alin. (2) stabilește inopozabilitatea personalității juridice respectiv că ”nimeni nu poate invoca împotriva unei persoane de bună-credință calitatea de subiect de drept al unei persoane juridice dacă prin aceasta se urmărește ascunderea unei fraude, a unui abuz de drept sau a unei atingeri aduse ordinii publice”.

Așadar, se instituie o răspundere directă a asociaților persoanei juridice care au săvârșit o fraudă ori un abuz de drept sau au adus o atingere ordinii publice față de o persoană de bună-credință fără a putea să se prevaleze de calitatea de subiect de drept distinctă a persoanei juridice și răspunderea proprie a acesteia. De altfel, această dispoziție are un caracter general și regăsim o aplicație și în legea specială, respectiv în art. 237¹ alin. (3) și (4) din Legea nr. 31/1990 care stabilește că asociatul care, în fraudă creditorilor, abuzează de caracterul limitat al răspunderii sale și de personalitatea juridică distinctă a societății răspunde nelimitat pentru obligațiile neachitate ale societății dizolvate, respectiv lichidate.

În privința **capacității anticipate de folosință**⁴ legiuitorul a extins sfera acesteia în sensul că pe lângă situația dobândirii de drepturi și asumării de obligații în măsura în care acestea sunt necesare pentru ca persoana juridică să ia ființă în mod valabil [reglementată de art. 205 alin. (3)] a fost reglementată și capacitatea oricărei persoane juridice de a primi liberalități de la data actului de înființare chiar dacă acestea nu sunt necesare pentru ca persoana juridică să ia ființă în mod legal.

² Prin art. 18 pct. 31 din Legea nr. 76/2012 (de punere în aplicare a Codului de procedură civilă) s-a dispus înlocuirea sintagmei societăți comerciale cu cea de societăți urmând ca toate societățile înregistrate în Registrul comerțului să efectueze demersurile necesare înlocuirii în termen de 2 ani de la intrarea în vigoare a legii (15 februarie 2013).

³ Cu privire la interpretarea acestui text de lege a se vedea Mona-Maria Pivniceru, Pavel Perju, Corina Voicu, *Codul civil adnotat, Vol. I. Art. 1-257. Despre legea civilă. Despre persoane*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 273.

⁴ A se vedea M.A.G. Dima, *Comentariile Codului Civil. Persoana juridică*, Ed. Hamangiu, București, 2013, pp. 221 și urm.

Cu privire la funcționarea persoanelor juridice prin art. 213 au fost instituite **obligatiile membrilor organelor de administrare** stabilindu-se că „trebuie să acționeze în interesul acesteia, cu prudența și diligența cerute unui bun proprietar”; o dispoziție similară regăsim în Legea nr. 31/1990 însă la art. 144¹ fiind aplicabilă doar administratorilor de la societățile pe acțiuni, nu și la societățile cu răspundere limitată conform art. 197 alin. (4); în contextul în care Codul civil instituie această obligație pentru membri organelor de administrare ale persoanei juridice în general, apreciem că se aplică și societăților comerciale cu răspundere limitată.

Art. 214 reglementează **separarea de patrimonii** stabilind în mod imperativ că „Membrii organelor de administrare au obligația să asigure și să mențină separația dintre patrimoniul persoanei juridice și propriul lor patrimoniu. Ei nu pot folosi în profitul lor ori în interesul lor sau al unor terți, după caz, bunurile persoanei juridice ori informațiile pe care le obțin în virtutea funcției lor, afară de cazul în care au fost autorizați în acest scop de cei ce i-au numit.”

Aceste obligații le regăsim în Legea nr. 31/1990 la art. 237¹ alin. (3) (răspunderea asociatului nelimitată) și art. 272 pct. 2 care incriminează fapta asociatului, administratorului, directorului care „folosește cu rea-credință bunuri sau creditul de care se bucură societatea într-un scop contrar intereselor acesteia sau în folosul lui propriu ori pentru a favoriza o altă societate în care are interese direct sau indirect.”

În materia anulării **actelor emise de organele persoanei juridice**, art. 216 prevede că hotărârile și deciziile contrare legii, actului de constituire ori statutului pot fi atacate în justiție de oricare din membrii organelor de conducere sau administrare care nu au participat la deliberare ori care au votat împotriva și au cerut să se insereze aceasta în procesul-verbal de ședință în termen de 15 zile de la data când li s-a comunicat copia de pe hotărârea sau decizia respectivă.

Reglementarea este asemănătoare cu cea din art. 132 din Legea nr. 31/1990 privind societățile, însă legiuitorul de data aceasta în alin. (7) a prevăzut că acest art. 216 se aplică în măsura în care prin alte legi nu se dispune altfel, context în care prin raportare la derogările legii speciale constatăm două norme derogatorii:

- a) administratorii nu pot ataca hotărârile prin care au fost revocați din funcție;
- b) acțiunea în anulare pentru motivele de nulitate relativă se formulează în termen de 15 zile de la publicarea în Monitorul Oficial a hotărârii adunării și în privința motivelor de nulitate absolută dreptul la acțiune este imprescriptibil.

Prezumția de nulitate relativă (art. 1.252) se aplică în cazurile în care natura nulității nu este determinată ori nu reiese în chip neîndoielnic din lege, dispoziție foarte importantă în materia nulității hotărârilor AGA având în vedere că majoritatea dispozițiilor din Legea nr. 31/1990 nu conțin expres sancțiunea care intervine.

Art. 231 prevede **mențiunile obligatorii pe care trebuie să le conțină toate documentele** indiferent de forma care emană de la persoana juridică, obligație instituită și de Legea nr. 31/1990 în art. 74, diferența fiind aceea că în Codul civil este prevăzută posibilitatea persoanei prejudiciate de a solicita daune interese în cazul lipsei mențiunilor.

Considerații despre voința socială în formarea și funcționarea societății

*Drd. Răzvan SCAFEȘ**



Considerations about the social will into the formation and functioning of society

Abstract:

The volition of the company is different from the individual and internal volition (will) of each shareholder and represents a distinct feature, composed by joining the volitions of all shareholders in a unanimous way at the founding of the company and in a majoritary way in its functioning. The volition of the company is determined by *affectio societatis* and manifests in the general assemblies of the shareholders by each shareholders expression of his right to vote for adopting a majority decision that will become mandatory for the shareholders that voted against it.

Keywords: individual volition (will), volition of the company, *affectio societatis*, general assembly of the shareholders, right to vote.

§ 1. Precizări introductive

În ceea ce privește raporturile juridice, voința individuală reprezintă elementul principal în formarea și modificarea acestora. Prin voința fiecărei persoane se săvârșesc faptele juridice, se încheie actele juridice și se creează situațiile juridice prevăzute de normele de drept.

Analiza juridică împarte voința individuală în două categorii: voința internă și voința declarată. Astfel, voința internă este elementul psihologic care determină persoana să urmeze o anumită acțiune din punct de vedere juridic. Voința internă se formează astfel ca urmare a procesului rațional al fiecărei persoane.

Voința declarată reprezintă manifestarea exterioară a persoanei prin întreprinderea acțiunii determinată de voința internă.

Între cele două ar trebui să existe o legătură directă în sensul că odată formată voința internă, aceasta ar trebui să corespundă cu voința declarată ulterior. Cu toate

* Autorul este doctorand al Facultății de Drept și Științe Sociale a Universității din Craiova și avocat în Baroul Dolj.

acestea, există situații când voinței interne nu îi corespunde o voință declarată identică, cea din urmă putând să fie afectată de mai mulți factori așa cum ar fi de exemplu o insuficientă execuție practică.

În această situație de excepție, voința internă este cea care prevalează în raport cu voința declarată, legiuitorul stabilind că elementul psihologic este cel mai important și că la acel moment se formează voința reală.

Această viziune se observă și în art. 1.266 alin. (1) C. civ.¹, unde se stabilește că în materia contractelor, voința părților este cea care dă interpretarea corectă a prevederilor și nu sensul termenilor folosiți. Rezultă că, potrivit legislației naționale, interpretarea oricărui contract se face în raport de voința internă, reală, a părților. Astfel, a fost adoptat principiul interpretării subiective a contractului. Acest principiu a dat naștere principiului autonomiei de voință care presupune că încheierea și forța obligatorie a actelor juridice depind exclusiv de voința părților și nu de prevederile legale.

Prin conceptul de voință autonomă, se afirmă că voința părților contractante creează, numai prin ea însăși, actul juridic și efectele sale. Prin urmare existența contractului depinde exclusiv de voința internă a părților care, pusă în comun, formează o voință contractuală distinctă.

Evident, pentru a forma în mod corect actul juridic, voința trebuie să fie reală și să provină de la persoanele cărora legea le recunoaște prerogativa de a și-o manifesta. Spre exemplu, Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat că un contract de vânzare-cumpărare nu este în mod legal încheiat prin împuternicit dacă semnăturile de pe procura acestuia nu proveneau de la adevărații proprietari: “Prin urmare, în cadrul acțiunii în revendicare, procedând la compararea titlurilor părților și reținând că semnăturile de pe procura a cărei nulitate s-a solicitat a se constata, nu aparțin adevăraților proprietari ai bunului, lipsind, în consecință, voința juridică a acestora la încheierea actului, în mod legal instanța a admis acțiunea în revendicare, dând eficiență dreptului adevăraților proprietari, care nu au consimțit niciodată la înstrăinarea dreptului lor de proprietate”².

§ 2. Voința societății

Plecând de la ideea că, așa cum am arătat mai sus, contractul reprezintă materializarea voinței părților și luând în considerare faptul că societatea se formează prin contractul de societate, actul constitutiv fiind cadrul principal de exprimare a voinței asociaților, putem stabili că voința societății se formează prin voința asociaților persoane fizice sau persoane juridice.

Dacă exprimarea voinței persoane fizice se face simplu, prin exteriorizarea intenției fiecărei persoane privită în mod individual, “exprimarea voinței asociaților persoane juridice se înscrie în esență în funcționarea acestora prin organe alese, voința asociaților ponderată în proporțiile stabilite de legea comercială dând naștere la o voință juridică nouă, voința socială”³.

¹ Art. 1.266 alin. (1) C. civ., conform căruia: „Contractele se interpretează după voința concordantă a părților, iar nu după sensul literal al termenilor”.

² ÎCCJ, S. I civilă, Decizia nr. 3224 din 11 iunie 2013.

³ C. Gheorghe, *Societăți Comerciale. Voința asociaților și voința socială*, Ed. All Beck, București, 2003, p. 8.

Actul constitutiv⁴ conține voința comună a asociațiilor în sensul de a pune în comun aporturile lor pentru exercitarea de societate a faptelor de comerț în scopul obținerii de profit, urmărindu-se împărțirea beneficiilor. Modul în care voința socială va funcționa depinde de armonizarea voințelor individuale ale asociațiilor care se circumscriu unei intenții comune de a colabora pentru realizarea activității comerciale. Momentul formării actului constitutiv este momentul apariției lui *affectio societatis*, adică manifestarea de voință a asociațiilor de a colabora la desfășurarea activității societății. Unii autori⁵ afirmă chiar că acest element are o dublă semnificație: aceea de element psihologic care determină intenția fiecărui asociat de a colabora cu ceilalți pentru realizarea activității comerciale și aceea de voință societară ca și manifestare a voinței colective asociațiilor pe perioada funcționării societății. Indiferent de definiția acestuia, *affectio societatis* este practic expresia voinței sociale, regulatorul acesteia⁶, iar odată cu dispariția sa va dispărea și persoana juridică.

Dacă în constituirea societății, se afirmă că principiul care o guvernează este cel al unanimității, în sensul că voința socială se formează prin acordul tuturor asociațiilor, în funcționarea societății, voința socială este cârmuită de principiul majorității, fiind obligatorie pentru toți asociații indiferent de voința individuală a acestora. Este momentul în care voința socială se delimitează de voința fiecărui asociat și se manifestă ca o calitate nouă și nu strict ca o însumare a voințelor asociațiilor. Este necesară această delimitare faptică și juridică deoarece altfel societatea nu ar putea funcționa, fiind în permanență blocată de interese individuale contrare interesului social.

Legea nr. 31/1990 dispune că hotărârile luate de adunarea generală în limitele legii sau actului constitutiv sunt obligatorii chiar pentru acționarii care nu au luat parte la adunare sau au votat contra⁷. Principiul majorității are astfel o aplicabilitate practică în sensul că asociații a căror opinie se află în minoritate trebuie să se supună opiniei majorității, chiar dacă aceasta este contrară și astfel voința socială nu va mai fi rezultatul unui acord unanim.

În ceea ce privește formarea voinței sociale, Legea nr. 31/1990 consacră reguli diferite în funcție de forma juridică a societății. Astfel, în societățile de persoane, asociații pot lua hotărâri valabile cu majoritatea absolută a capitalului social, în cazurile prevăzute expres de lege⁸; în societățile de capitaluri, condițiile de cvorum și majoritate sunt diferite după cum este vorba de adunare ordinară sau extraordinară și în funcție de prima sau a doua convocare iar în aceste societăți, majoritatea se raportează la drepturile de vot și nu la numărul acționarilor⁹; în societatea cu răspundere limitată, hotărârile se iau prin

⁴ Pentru o tratare detaliată a condițiilor de fond și de formă ale actului constitutiv, a se vedea S.D. Cârpenaru, *Tratat de drept comercial român*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, pp. 195-208.

⁵ M. Bratiș, *Constituirea societății comerciale pe acțiuni*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 212.

⁶ S.D. Cârpenaru, *op. cit.*, p. 184.

⁷ Articolul 132 alin. (1) din Legea nr. 31/1990, conform căruia: „Hotărârile luate de adunarea generală în limitele legii sau actului constitutiv sunt obligatorii chiar pentru acționarii care nu au luat parte la adunare sau au votat contra”.

⁸ Conform art. 76-78 și art. 86 din Legea nr. 31/1990.

⁹ Art. 112 din Legea nr. 31/1990, conform căruia: „(1) Pentru validitatea deliberărilor adunării generale ordinare este necesară prezenta acționarilor care să dețină cel puțin o pătrime din numărul total de drepturi de vot. Hotărârile adunării generale ordinare se iau cu majoritatea voturilor exprimate. Actul constitutiv poate prevedea cerințe mai ridicate de cvorum și majoritate. (2) Dacă adunarea generală

votul reprezentând majoritatea absolută a asociațiilor și a părților sociale, iar pentru modificarea actelor constitutive, cu votul tuturor asociațiilor, afară de cazul când în actul constitutiv se prevede altfel, majoritatea fiind raportată atât la numărul asociațiilor cât și la capitalul social, fiind vorba de o societate cu natură mixtă¹⁰.

Voința socială în funcționarea societăților se formează într-un cadru deliberativ, în adunările generale ale asociațiilor, ordinare sau extraordinare, ale acesteia. Rolul adunărilor generale este tocmai acela de a acorda funcționalitate acestui vehicul care este societatea, prin luarea deciziilor cu privire la situațiile cu care se confruntă societatea și angajarea acesteia în raporturi juridice cu terții.

Adunarea asociațiilor este un „organ colectiv alcătuit din totalitatea asociațiilor, cu un rol fundamental în funcționarea societății”¹¹. Voința socială, ca voință colectivă, se formează aici prin deciziile asociațiilor și se manifestă prin membrii organelor de conducere și administrare ale societății, mandatați cu puterea de a reprezenta societatea în raporturile cu terții.

Hotărârile luate în adunările generale au la bază voința fiecărui asociat, materializată prin exprimarea votului asupra problemelor aflate pe ordinea de zi. Dreptul de vot al asociațiilor ca exprimare a voinței individuale, nu poate fi manifestat decât în adunările generale, așadar într-un cadru instituțional organizat astfel încât voința socială nu va putea fi formată decât în acest cadru și în niciun caz ca urmare a voinței individuale a fiecărui asociat în parte¹². Majoritatea voturilor exprimate, adică voința majoritară a asociațiilor cu voințe individuale comune, va determina voința socială ce va fi ulterior impusă și asociațiilor care s-au opus adoptării deciziei, afișând o voință contrară.

§ 3. Manifestarea concretă a voinței sociale. Studiu de caz

Înalta Curte de Casație și Justiție a făcut aprecieri cu privire la voința socială, fiind investită cu judecarea unui litigiu privind dreptul de retragere din societate al acționarului, ca urmare a schimbării formei juridice a societății¹³. Astfel:

ordinară nu poate lucra din cauza neîndeplinirii condițiilor prevăzute la alin. (1), adunarea ce se va întruni la o a doua convocare poate să delibereze asupra punctelor de pe ordinea de zi a celei dintâi adunări, indiferent de cvorumul întrunit, luând hotărâri cu majoritatea voturilor exprimate. Pentru adunarea generală întrunită la a doua convocare, actul constitutiv nu poate prevedea un cvorum minim sau o majoritate mai ridicată”, și art. 115 din același act normativ, conform căruia: „(1) Pentru validitatea deliberărilor adunării generale extraordinare este necesară la prima convocare prezența acționarilor deținând cel puțin o pătrime din numărul total de drepturi de vot, iar la convocările următoare, prezența acționarilor reprezentând cel puțin o cincime din numărul total de drepturi de vot. (2) Hotărârile sunt luate cu majoritatea voturilor deținute de acționarii prezenți sau reprezentați. Decizia de modificare a obiectului principal de activitate al societății, de reducere sau majorare a capitalului social, de schimbare a formei juridice, de fuziune, divizare sau de dizolvare a societății se ia cu o majoritate de cel puțin două treimi din drepturile de vot deținute de acționarii prezenți sau reprezentați. (3) În actul constitutiv se pot stipula cerințe de cvorum și de majoritate mai mari”.

¹⁰ S.D. Cărpenu, *op. cit.*, p. 404.

¹¹ C. Gheorghe, *op. cit.*, p. 77.

¹² Pentru o privire detaliată asupra exprimării votului în adunările generale, a se vedea L. Săuleanu, *Societățile Comerciale. Adunările generale ale acționarilor*, Ed. Hamangiu, București, 2008, pp. 163-197 și F. Stărc-Meclejan, *Votul asociațiilor în societățile comerciale*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, pp. 259-295.

¹³ ÎCCJ, S. comercială, Decizia nr. 1673 din 15 mai 2008.

„Reclamantul C.V.M. a chemat în judecată societatea M. SA și a solicitat ca prin sentința care se va pronunța să se constate nulitatea Hotărârii Adunării Generale Extraordinare a Acționarilor SC M. SA. În fapt reclamantul a susținut că în convocatorul publicat în Monitorul Oficial Partea a IV-a nu s-a prevăzut modalitatea de reprezentare a acționarilor în adunarea generală și nici termenul în care se depun procurile în original la sediul societății și a apreciat că în lipsa acestor precizări, în mod abuziv reprezentantul său nu a fost primit să participe la desfășurarea adunării în cadrul căreia a fost schimbată forma juridică a societății M. din societate pe acțiuni în societate cu răspundere limitată cu un număr de 13 asociați persoane fizice, angajați ai societății, cu excluderea restului acționarilor.

Tribunalul Timiș prin sentința nr. 49/PI/CC din 24 aprilie 2007 a respins acțiunea reclamantului reținând în considerente că: (...) Prin modificarea formei juridice aprobată cu o majoritate de 82,41% nu s-a procedat la excluderea acționarilor, că acestora le sunt aplicabile dispozițiile art. 207 alin. (2) lit. b) din LSC prin care s-a prevăzut restituirea către acționari a unei cote-părți din aporturi, proporțională cu reducerea capitalului social și calculată egal pentru fiecare acțiune sau parte socială.

Curtea de Apel Timișoara, prin decizia nr. 196/A, a admis apelul reclamantului și a schimbat sentința nr. 49/PI din 24 aprilie 2007 în sensul că s-a admis acțiunea și s-a constatat nulitatea absolută a Hotărârii Generale Extraordinare a Acționarilor a SC M. SA din data de 23 noiembrie 2006. Pentru a decide astfel instanța de apel a reținut că hotărârea prin care SC M. SA și-a schimbat forma juridică din societate pe acțiuni în societate cu răspundere limitată și a hotărât continuarea formei juridice cu numai 13 asociați din 555 de acționari, fără ca vreunul să fi depus cerere de retragere, echivalează cu excluderea acestora.

Concluzia excluderii mascate potrivit instanței de apel este dată de prevederile art. 134 alin. (2) din Legea nr. 31/1990 în forma de la acea dată, precum și de hotărârea adoptată care are în vedere două ipoteze, cea în care acționarii se retrag și cea a acționarilor care nu vor face parte din noua formă juridică. În continuare instanța de apel a apreciat că nu schimbarea formei juridice în sine duce la excluderea unor acționari ci excluderea a fost generată de hotărârea de a se continua societatea cu un număr de 13 asociați.

Împotriva deciziei nr. 196 din 27 septembrie 2007 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara a declarat recurs în termenul prevăzut de art. 302 Cod procedură civilă, pârâta SC M. SRL continuatoare a SC M. SA.

Recursul este fondat

1. Înalta Curte va lua în examinare mai întâi motivul prevăzut de art. 304 alin. (9) Cod procedură civilă, potrivit căruia modificarea sau casarea unei hotărâri se poate cere numai pentru motive de nelegalitate atunci „când hotărârea pronunțată este lipsită de temei legal ori a fost dată cu încălcarea sau aplicarea greșită a legii”.

Aceste dispoziții vizează aplicarea unui text de lege străin situației de fapt prin restrângerea sau extinderea nejustificată a aplicării normelor unei situații de fapt determinată, interpretarea și aplicarea greșită a textului de lege la o anumită situație de fapt sau încălcarea unor principii generale de drept.

Fată de aceste precizări și având în vedere că în apel se verifică legalitatea și temeinicia sentinței primei instanțe trebuie reținut că pentru nulitatea AGEA care s-a ținut la data de 23 noiembrie 2006 s-au invocat în drept dispozițiile art. 132 și 134 din Legea nr. 31/1990 care potrivit intimatului-reclamant au fost încălcate cu ocazia luării măsurii de schimbare a

formei juridice a societății pe acțiuni M., în societate cu răspundere limitată. Întrucât în primă instanță s-a pus problema legalității convocării și participării la AGEA au mai fost puse în discuție și prevederile art. 117, 125 și 207 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 31/1990. Prin urmare instanța de apel avea de examinat soluția primei instanțe din perspectiva aplicării dispozițiilor legale referitoare la urmările măsurii de schimbare a formei juridice a societății adoptată de adunarea generală a acționarilor.

Schimbarea formei juridice a societății potrivit LSC se hotărăște prin voința societară manifestată în AGEA, cu respectarea cerințelor impuse pentru forma juridică în care are loc schimbarea, capital social, număr de asociați etc.

Din acest punct de vedere instanța de apel în analiza criticilor aduse sentinței a pornit prin a constata că prin Hotărârea nr. 4 din 23 noiembrie 2006 a SC M. SA s-a decis modificarea actului constitutiv al acestei societăți determinată de schimbarea formei juridice a acesteia, din societate pe acțiuni în societate cu răspundere limitată care urma să aibă un număr de 13 asociați persoane fizice. De asemenea s-a stabilit că prin AGEA s-a hotărât care va fi capitalul social și s-au luat măsuri în baza art. 134 din Legea nr. 31/1990 în legătură cu drepturile convenite acționarilor care se retrag.

Potrivit dispozițiilor art. 134 alin. (1) din Legea nr. 31/1990, acționarii care nu sunt de acord cu hotărârile luate de adunarea generală cu privire la schimbarea formei juridice a societății au dreptul de a se retrage din societate și de a obține de la societate contravaloarea acțiunilor pe care le posedă la valoarea medie determinată de către un expert autorizat. (...)

Prin aceste dispoziții s-au avut în vedere situațiile în care este posibil ca prin voința societară să fie afectate interesele acționarilor, de aceea, legea le-a recunoscut dreptul de a se retrage din societate. Ca urmare a recunoașterii acestui drept de retragere, în continuare, în aceleași dispoziții sunt stipulate drepturile care li se cuvin acționarilor. În condițiile în care AGEA a hotărât respectând cvorumul prevăzut de lege, condițiile de convocare și de participare la vot în vederea exprimării opțiunii referitoare la schimbarea formei juridice a societății, **hotărârea fiind obligatorie pentru ceilalți acționari**, în mod greșit s-a reținut că acest vot reprezentând 82,41% din capital constituie o modalitate de îndepărtare din societate prin excluderea implicită a acționarilor și tot greșit au fost citate dispozițiile art. 222 din Legea nr. 31/1990, care în opinia instanței s-ar fi aplicat implicit deși aceste dispoziții sunt specifice societății de persoane și vizează institutia excluderii distinctă de procedura de retragere reglementată de art. 134 din LSC. Prin urmare, **nu poate fi opusă voința individuală a unui acționar hotărârii luată de adunarea generală care reprezintă voința societară decât în măsura în care pentru a se lua hotărârea în AGEA nu au fost respectate condițiile de convocare sau de deliberare.** Cum astfel de încălcări ale dispozițiilor legale nu au fost constatate, aprecierea că a avut loc o excludere mascată din societate nu are suport în lege și nici în conținutul hotărârii AGEA, a cărei nulitate se invocă.

Distincția între acționarii care se retrag și acționarii care nu vor face parte din societate din art. 2 al AGEA nu are nicio relevanță în privința aplicării art. 134 din Legea nr. 31/1990 câtă vreme ceea ce s-a adoptat prin acest articol este prețul pe acțiune care urma să se plătească acționarilor care nu vor mai face parte din societate, modalitatea admisă de lege fiind retragerea. Chiar și în ipoteza în care o astfel de cerere nu s-ar depune, drepturile foștilor acționari pentru a primi despăgubiri sunt recunoscute de lege așa încât nu vor fi reținute nici concluziile deduse din interpretarea art. 2 din AGEA.

Dreptul de a rămâne în societatea cu răspundere limitată care de această dată este o societate de persoane nu a fost exprimat în adunarea generală de către intimat, astfel că în lipsa acestei manifestări de voință, instanța de apel a reținut greșit că schimbarea formei juridice deși nu duce în sine la excluderea unor acționari totuși excluderea este generată de reținerea în societatea cu răspundere limitată a unui număr de 13 asociați.

După cum s-a arătat mai sus noua formă a societății impune un număr restrâns de asociați, însă această chestiune s-a votat în adunarea generală legal constituită cu un cvorum care viza 82,41%. Această hotărâre în privința numărului de asociați în noua formă juridică este o chestiune de oportunitate care scapă controlului instanței după cum și criteriile avute în vedere pentru stabilirea numărului de asociați, în măsura în care limitele legii au fost respectate pentru noua formă juridică, aparțin în totalitatea AGEA și nu încalcă norme imperative care să ducă la nulitatea Hotărârii nr. 4/2006.

Inițierea unei proceduri succesive în legătură cu schimbarea formei juridice nu este prevăzută de lege așa încât nici instanța nu o poate recomanda dacă modalitățile respective propuse nu sunt prevăzute de lege. În contextul arătat și trimiterea la art. 222 din Legea nr. 31/1990 este greșită deoarece aceste norme nu pot fi aplicate prin asemănare și nici nu se poate presupune că au fost implicit aplicate.

Față de argumentele de mai sus, concluzia care se desprinde este aceea că s-au interpretat și aplicat greșit dispozițiile legale analizate față de contextul speței în care ceea ce era de analizat era dacă s-au respectat dispozițiile legale referitoare la desfășurarea AGEA prin care s-a schimbat forma juridică a societății, fiind evident că dreptul de retragere și de a obține despăgubiri al acționarilor care nu și-au exprimat voința de a rămâne în noua formă juridică nu a fost suprimat sau încălcat.

Nu în ultimul rând instanța trebuia să observe că **măsura luată în AGEA este rezultanta voinței majorității acționarilor ca voință socială. Această voință de a schimba forma juridică precum și urmările acestei schimbări exprimată în AGEA este obligatorie și pentru acționarii minoritari sau care nu au fost de acord cu aceste măsuri**".

Instanța supremă a dat astfel eficiență principiului majorității analizat anterior stabilind că odată ce în adunarea generală a acționarilor a fost adoptată o hotărâre prin voința majoritară a acționarilor, acesta va fi impusă și celorlalți acționari, chiar dacă este contrară cu interesul acestora. Prin urmare ceea ce se protejează este interesul societar și nu interesul individual. Acționarii minoritari trebuie să se supună hotărârii adoptate atât timp cât aceasta este rezultatul îndeplinirii condițiilor legale pentru convocarea adunării generale și deliberarea acesteia.

Chiar dacă interesul individual al unor asociați a fost afectat prin hotărârea adoptată de majoritate, aceștia nu pot opune voința lor individuală în dauna voinței sociale. Legiuitorul a prevăzut în cazurile în care este posibil să apară un conflict între interesul social și cel individual, soluții pentru acționarii minoritari, așa cum este în speță dreptul de retragere din societate.

Înalta Curte oferă și o definiție pragmatică a voinței sociale ca fiind rezultanta voinței majorității acționarilor, respectiv a punerii în comun a voințelor individuale identice ale majorității acționarilor, ce pot fi exprimate doar prin votul în adunările generale iar aceasta se materializează în hotărârea adunării generale care, deși poate să nu fie rezultatul acordului de voință a majorității acționarilor (așa cum se întâmplă la societățile de capitaluri), odată adoptată, va fi obligatorie și își va produce efectele și față de cei care au votat împotriva deciziei adoptate.

Democrația locală în România – evoluție, context și perspective

Dr. Irina LAZĂR



Local democracy in Romania – evolution, context and expectations

Abstract:

The idea that the democracy and the participation of citizens at the social life is learned in the local collectivities is historically rooted, the local collectivity being perceived as a „hotbed of democracy”, because the local administrative authorities are the most anchored into the daily problems of the citizens. The European states have understood these realities and they created different mechanisms for the cooptation of local authorities into the very complex process of protection of citizen’s rights, curdling in this way, gradually, firstly in the doctrine and then in the legislation, the concept of „local democracy”.

The „recipe” of local democracy includes as essential ingredients the representative democracy and the participative democracy, so that the individuals will be incorporated into a common interest, which the local administrative authorities should respect and protect. The valuing (or rather, the upgrading) of citizen’s participation is very discussed lately, in the context of territorial administrative reorganization and the Constitutional revision. One real thoroughgoing and implementation of local democracy will lead to profound changes in the public sphere, in the functioning of local administration and last, but not least, in the collective mentality.

Keywords: public administration, local democracy, participative democracy, local autonomy.

§ 1. Reconsiderarea rolului autorităților administrației publice locale în protecția drepturilor cetățenilor

Autoritățile administrației publice locale constituie punctul de confluență maximă dintre administrație și cetățean, motiv pentru care întinderea competențelor lor, stabilită prin legi, influențează în mod direct raporturile pe care acestea le întrețin cu cetățenii. Caracterizate în doctrină ca fiind „o specificitate de raporturi economice, de relații de putere, de reprezentare, care evoluează în mod autonom, în funcție de o dinamică

aparte a fiecărei colectivități în parte, precum și de o anumită relație de interdependență, în contextul căreia se poate vorbi de o expresie de solidaritate locală”¹, colectivitățile locale pot să contribuie la exprimarea interesului cetățenilor, în măsura în care statul le creează această posibilitate. Modalitatea în care statul creează colectivităților locale posibilitatea de a lua decizii și de a se autogestiona în mod propriu se traduce prin implementarea descentralizării și a autonomiei locale.

La aceeași concluzie ajunsese și Alexis de Tocqueville care, în urma vizitei făcute în America, afirma că „celula de bază a democrației o reprezintă comuna. Istoria modernă a statelor lumii atestă faptul că stabilitatea democrațiilor este urmarea descentralizării pe care statul o creează. Instituțiile comunale înseamnă pentru libertate ceea ce școlile primare înseamnă pentru știință; ele o pun la îndemâna poporului, îi inoculează acestuia din urmă gustul pentru utilizarea lor pașnică și îl deprind să se folosească de ele. Fără instituții comunale, o națiune poate să-și formeze un guvern liber, dar nu posedă spiritul de libertate”². Discursul lui Tocqueville asupra importanței descentralizării în realizarea cadrului de cooperare între cetățeni și administrație este îmbrățișat de cea mai mare parte a doctrinei occidentale și române.

Au existat și voci importante, precum Charles Einsmann³ care afirma că nu există nicio legătură între descentralizare și democrația locală, deoarece „descentralizarea nu are, neapărat, un caracter democratic iar democrația poate să fie foarte bine compatibilă cu centralizarea administrativă”. Într-adevăr, implementarea descentralizării nu garantează în mod automat realizarea democrației locale (care este un proces mult mai amplu), însă ea constituie premisa de la care se pornește spre dezinvestirea statului din activitățile locale. Transpus la nivelul administrației publice, dezinvestirea statului și a acțiunii centralizate a acestuia presupune ca autoritățile aflate la baza piramidei administrative să se bucure de o putere de acțiune cât mai mare, astfel încât deciziile lor să fie cât mai apropiate de cetățean. Autoritățile administrației publice locale fiind cel mai bine ancorate în concretul problemelor cu care se confruntă colectivitatea locală vor putea lua cele mai bune decizii administrative, care să protejeze drepturile fundamentale ale cetățenilor și interesul general al colectivității. Marja lor de acțiune este cu atât mai mare, respectiv, protecția drepturilor persoanelor va fi cu atât mai bine făcută cu cât ele se bucură de competențe administrative sporite și de o autonomie locală reală. În concluzie, în opinia noastră, descentralizarea și autonomia locală sunt factori intrinseci pentru o mai bună colaborare între cetățeni și administrația publică, respectiv între cetățeni și reprezentanții colectivității locale.

O administrație publică locală autonomă trebuie să îndeplinească mai multe condiții: colectivitatea locală să beneficieze de personalitate juridică, colectivitatea locală să dispună de autorități administrative proprii, alese conform voinței cetățenilor respectivei colectivități iar supravegherea colectivităților locale să se facă numai prin intermediul formelor de control stabilite de lege⁴. Mijloacele de efectivizare a liberei administrări a colectivităților

¹ C. Manda, C. Manda, *Dreptul colectivităților locale*, Ed. Lumina Lex, București, 2005, p. 23.

² A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, apud Michel Raséra, *La démocratie locale*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 9.

³ C. Einsmann, apud Michel Raséra, *op. cit.* p. 10.

⁴ I. Vida, *Puterea executivă și administrația publică*, Regia autonomă Monitorul Oficial, București, 1994, p. 19.

locale sunt „puterea proprie de reglementare a autorităților locale și libertatea de a contracta cu alte entități juridice”⁵. În ceea ce privește libertatea normativă, trebuie precizat că aceasta este relativă și limitată, adică ea trebuie să se exercite în limitele prevăzute de lege. Când privește cel de-al doilea mijloc de efectivizare a liberei administrări, și anume, libertatea contractuală, aceasta trebuie să fie întotdeauna subsecventă legii. În Decizia nr. 365/2005⁶ Curtea Constituțională română a statuat că „libertatea contractuală poate fi valorificată numai în cadrul legal, cu respectarea unor limite rezonabile impuse de rațiuni de ocrotire a unor interese publice și private legitime; exercitată în afara acestui cadru, fără opreliști, orice libertate își pierde legitimitatea și tinde să se convertească în anarhie”.

Alături de dimensiunea instituțională a autonomiei locale aceasta poate îmbrăca și o dimensiune sociologică, înțelesă în sensul că membrii comunității prezintă un „anumit sentiment integrator de apartenență”⁷, care justifică desemnarea unor organe alese în vederea gestionării problemelor locale. În felul acesta, democrația locală își dovedește atașamentul față de sistemul reprezentativ, care la rândul său este influențat de gradul de efectivizare a autonomiei locale. În definitiv, rolul autonomiei locale se poate reduce la câteva funcții esențiale pe care le joacă aceasta pentru colectivitățile teritoriale: urmărește să implementeze democrația la nivel local, permite o mai bună gestionare financiară a colectivității și contribuie la consolidarea solidarității dintre cetățeni.

Autonomia locală sau libera administrare a colectivităților teritoriale poate avea mai multe accepțiuni și o paletă largă de cuprindere, care oscilează între două limite⁸: pe de o parte autonomia locală poate fi înțelesă ca fiind o stare naturală care reflectă realitățile sociologice ale colectivității. La polul opus, autonomia poate fi gândită nu ca o stare naturală a societății, ci ca o realitate instituțională, creată artificial de către stat. Ea constă într-o anumită concesie pe care statul o face colectivităților locale, în funcție de anumite exigențe ale societății și de o anumită evoluție a raporturilor de putere dintre centru și periferie, precum și a mecanismelor prin care sunt reglate aceste raporturi de putere. Asupra oricăreia dintre cele două accepțiuni ne-am oprit, putem concluziona că democrația locală este produsul rezultat din simbioza acțiunii publice de raționalizare a funcționării administrației publice cu substratul sociologic ce caracterizează colectivitățile teritoriale, substrat care se formează într-un anumit context istoric.

§ 2. Evoluția democrației locale în România

În România, introducerea în ordinea legislativă a descentralizării și a autonomiei locale a început după anul 1991, când a fost adoptată Legea administrației publice locale nr. 69/1991⁹, care abroga Legea nr. 57/1968 referitoare la organizarea și

⁵ D.C. Dănișor, *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 120 și 121.

⁶ Publicată în M. Of. nr. 735 din 12 august 2005.

⁷ V. Hoffman-Martinot, C. Sorbets, *Démocraties locales en changement*, Ed. Pedone, Paris, 2003, p. 17.

⁸ J.B. Auby, J. Fr. Auby, R. Nogouellou, *Droit des collectivités locales*, P.U.F. 3^{eme} ed., Paris, 2004, p. 57.

⁹ Publicată în M. Of. nr. 238 din 28 noiembrie 1991.

funcționarea consiliilor populare. După o perioadă îndelungată de domnie a comunismului, prima lege a administrației publice locale a constituit o gură de oxigen pentru administrația sufocată timp de aproape cincizeci de ani de centralism (1948-1989). Ca o curiozitate istorică, trebuie să specificăm faptul că înainte de instaurarea comunismului întâlnim în istoria modernă a României formule arhaice ale autonomiei locale încă din perioada Regulamentelor Organice (1831-1832) când „sfaturile orașelor puteau hotărî asupra bugetului local, a repartizării dărilor, a înfrumusețării orașelor”¹⁰ etc. .

Revenind la perioada post-revoluționară, când au început să fie cristalizate reformele prin care se urmărea descentralizarea administrativă, prima lege a administrației publice locale din România, Legea nr. 69/1991, introducea măsuri timide prin care se încerca asanarea efectelor comunismului la nivelul administrației publice locale. Legea a fost modificată în mai multe rânduri, prin Legea nr. 24/1996, Legea nr. 50/1997, Legea nr. 215/2001 și Legea nr. 286/2006. Articolul 2 al Legii-cadru în materie, nr. 215/2001 prevede că „Administrația publică în unitățile administrativ-teritoriale se organizează și funcționează în temeiul principiilor descentralizării, autonomiei locale, deconcentrării serviciilor publice, eligibilității autorităților administrației publice locale, legalității și al consultării cetățenilor în soluționarea problemelor locale de interes deosebit”. Următoarele articole ale legii insistă foarte mult pe necesitatea existenței unei autonomii locale solide, realizate în baza descentralizării competențelor autorităților administrației publice locale.

În anul 2004, în vederea creșterii descentralizării din administrația publică, a fost adoptată Legea-cadru a descentralizării nr. 339/2004¹¹, care prevede în art. 3 faptul că descentralizarea trebuie să se realizeze în beneficiul cetățeanului, prin întărirea puterii și rolului administrației publice locale. Articolul 4 al legii stipulează faptul că principiile pe baza cărora se realizează procesul de descentralizare în România sunt următoarele: principiul subsidiarității, egalitatea cetățenilor în fața autorităților administrației publice locale, garantarea calității serviciilor publice oferite cetățenilor de către autoritățile administrației publice, independent de locul de rezidență al acestora, stimularea competiției ca mijloc de creștere a eficienței serviciilor publice, exercitarea competențelor de către autoritățile administrației publice locale situate pe nivelul administrativ cel mai apropiat de cetățean, asigurarea unui echilibru între descentralizarea administrativă și descentralizarea financiară la nivelul fiecărei unități administrativ-teritoriale, transparența actului decizional bazat pe accesul cetățenilor la informația publică și participarea acestora la luarea deciziei și asigurarea descentralizării financiare bazate pe reguli transparente cu privire la calculul resurselor financiare alocate unităților administrativ-teritoriale.

Asemănător prevederilor art. 72 alin. (4) din Constituția Franței, legiuitorul român a introdus pentru prima dată în art. 6 al Legii nr. 339/2004 dreptul la experimentare al colectivităților locale care „pot organiza, pe o perioadă determinată, centre pilot cu privire la implementarea deciziilor privind descentralizarea anumitor competențe de la nivel central la nivel local, înainte de generalizarea acestora la nivel național, prin legea descentralizării privind competențele locale”. Acest articol a fost abrogat odată cu adoptarea Legii nr. 195/2006¹², actuala lege-cadru a descentralizării.

¹⁰ I. Nedelcu, *Drept administrativ și elemente de știința administrației*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 262.

¹¹ Publicată în M. Of. nr. 668 din 26 iulie 2004.

¹² Publicată în M. Of. nr. 453 din 25 mai 2006.

În legătură cu acest fapt trebuie făcute unele precizări: în timp ce în Franța s-a optat pentru constituționalizarea dreptului la experimentare în materie de descentralizare al colectivităților teritoriale, în România legiuitorul a abrogat prevederea existentă, semn că descentralizarea ar fi un proces încheiat, iar singurele care pot decide conținutul reformelor în materie, sunt autoritățile centrale ale statului. Considerăm regretabil acest demers legislativ, deoarece implementarea descentralizării este un proces continuu, care trebuie să țină seama de particularitățile și opțiunile tuturor actorilor locali.

Exemplul francez este foarte grăitor: anterior constituționalizării dreptului de experimentare, acesta a fost intens utilizat de colectivitățile locale, în limitele prevăzute de Consiliul de Stat, deoarece s-a considerat că el îndeplinește un rol de pivot pe calea reformelor în materie de descentralizare. Tocmai de aceea s-a optat pentru constituționalizarea sa. În România în perioada 2000-2004 au avut loc importante reforme legislative în administrația publică (adoptarea legii administrației publice locale, elaborarea proiectului Codului de procedură administrativă). Tocmai de aceea, plecând de la experiențe izolate ale diferitelor colectivități locale care au dovedit o mai bună capacitate de auto-gestionare și inspirat de modelul francez, s-a decis înscrierea în legea administrației publice locale a dreptului la experimentare al colectivităților teritoriale. Având în vedere nevoia acută de descentralizare și autonomie locală care se resimte în România *propunem reintroducerea în cadrul Legii descentralizării nr. 195/2006 a dreptului la experimentare al colectivităților teritoriale*. În felul acesta se pot contracara tendințele mascate ale puterii centrale de a controla și chiar subordona administrațiile locale. Acest drept poate avea nu numai o valență defensivă, ci și una constructivă, deoarece experiențele diverselor colectivități teritoriale pot servi drept model legiuitorului național în momentul elaborării reformelor administrative în domeniul descentralizării și al autonomiei locale.

Dincolo de normele juridice care reglementează funcționarea structurilor și procedurilor de lucru ale administrației publice locale (așa cum rezultă din procesul descentralizării), așadar, dincolo de administrația formală din România, care prezintă fizionomia unei administrații moderne, descentralizate, se află o administrație reală care „funcționează după propriile reguli, uneori nescrise”¹³. Această administrație concretă pe care o resimțim cu toții este una în care persistă tendințe de „centralism excesiv concomitent cu manifestări centrifuge de natură entropică”¹⁴. Realitatea românească ne prezintă mostre de structuri administrative „descentralizate” care sunt complet dependente de stat, din punct de vedere financiar, din punct de vedere al influențelor politice și comandamentelor venite de la centru, astfel încât, deși există un cadru legislativ relativ încheiat din care ar trebui să decurgă în mod firesc descentralizarea și autonomia locală, cele două procese sunt încă deficitare.

Fenomenele acestea nu sunt singulare în peisajul administrativ românesc. Tendințe de centralism în plin avânt al reformelor descentralizării regăsim și în alte state europene cu tradiție democratică mai îndelungată decât a României. De aici trebuie să înțelegem că rețeta descentralizării și a autonomiei locale nu se efectivizează doar ca urmare a unor procese de reformă. Traduse în pachete legislative adoptate pe bandă rulantă

¹³ I. Alexandru, *Tratat de administrație publică*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 759.

¹⁴ *Ibidem*.

(după modelul românesc), implementarea lor trebuie să fie corelată în mod necesar cu exigentele și rigoarea cu care autoritățile atât cele centrale cât și cele locale trebuie să aplice legea.

Deși în România s-au făcut pași importanți pe calea descentralizării, prin adoptarea unor legi care prezintă toate premisele pentru acest fapt, finalitatea este departe de a se fi obținut. În plus, descentralizarea și autonomia locală nu constituie un scop în sine, ci ele trebuie să decurgă în mod firesc din corelarea tuturor pârghiilor care pun în mișcare mașinăria administrativă. Profesorul Ioan Alexandru arăta că „centralizarea excesivă a actului de administrare din România derivă nu numai din modul în care sunt așezate structurile autorităților administrative în plan vertical și orizontal, ci și din felul în care sunt distribuite competențele, și de asemenea, de tipul procedurilor administrative. Din acest punct de vedere există semne frecvente privind existența paralelismelor, a conflictelor pozitive de competență, precum și a lacunelor în multe reglementări legale, ceea ce a generat starea de confuzie și acordarea calificativului de administrație birocratică, în sens peiorativ”¹⁵.

Responsabile pentru starea de fapt a administrației publice din România sunt sechelele comunismului care continuă să existe și să se transmită în societatea românească, deși suntem în plin proces de construire a statului de drept. La acestea am putea adăuga direcțiile defectuoase de funcționare a administrației publice locale și centrale, imprimate în timpul diferitelor guvernări, politizarea excesivă care îngenunchează autonomia locală și face ca descentralizarea să aibă un caracter pur formal și nu în ultimul rând, lipsa de profesionalism cu care este îndeplinit uneori actul de administrare atât la nivel central cât și la nivel local¹⁶.

În ciuda tuturor barierelor în calea descentralizării, ne manifestăm încrederea în faptul că societatea românească va putea să depășească aceste obstacole. Soluția se găsește din punctul nostru de vedere în recalibrarea relațiilor din cadrul subsistemelor administrației publice locale și centrale. Această recalibrare trebuie să se realizeze prin intermediul unei politici sănătoase și consecvente, care să fie susținută din interiorul sistemului administrativ prin acțiuni responsabile ale tuturor autorităților administrației publice, în condițiile respectării și aplicării corespunzătoare a legii.

§ 3. Emergența democrației locale participative datorită insuficienței sistemului reprezentativ

Deși „Constituția face din sistemul reprezentativ orizontul juridic de nedepășit de către democrația locală”¹⁷, modalitatea în care cetățenii sunt reprezentați, atât la nivel central, cât și local, comportă un anumit deficit democratic, căci „reprezentarea nu este neapărat democratică, iar democrația nu este neapărat reprezentativă”¹⁸. Așadar, o

¹⁵ *Idem*, p. 760 și 761.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ J. Caillose, *Ce que la Constitution française donne à voir de la démocratie locale*, Mélanges Jacques Moreau, Economica, 2003, p. 49 și 50.

¹⁸ B. Manin, *The principles of representative government*, Cambridge University Press, 1997, p. 17.

cauză pentru apariția democrației participative, în special la nivel local o constituie criza democrației reprezentative.

De esența democrației locale reprezentative este faptul că în urma votului, cetățenii mandatează aleșii locali să gestioneze problemele cu care se confruntă colectivitatea locală și să ia decizii în numele lor. Modalitatea de acțiune precum și limitele competențelor exercitate de reprezentanții locali sunt stabilite prin lege. De asemenea, legitimitatea acțiunii reprezentanților locali nu este dobândită prin simplul efect al votului, deoarece democrația locală nu se reduce la procesul electiv, ci mai presus de acesta, ea presupune respectarea pluralismului, garantarea drepturilor și libertăților persoanelor și construirea dialogului între cetățeni și reprezentanți. Legitimitatea reprezentanților depinde și de conformarea acestora la anumite exigențe de ordin etic, ei trebuind să se muleze pe așteptările și să acționeze în conformitate cu nevoile colectivității care i-a desemnat.

Alimentată de numeroase exemple de proastă guvernare, de abuzuri și de corupție, nemulțumirea cetățenilor se transformă într-o discreditare a reprezentării. Cum poate fi atenuată această ruptură și cum poate crește încrederea pe care cetățenii o au în reprezentanți? Fără a avea pretenția de a furniza soluții general valabile, vom evidenția în continuarea studiului nostru soluțiile pe care le propune democrația reprezentativă, precum și cele rezultate din implementarea democrației participative.

O primă soluție pentru remedierea deficiențelor democrației reprezentative ar putea veni din consolidarea mecanismelor care guvernează sistemul relațiilor dintre cetățeni și reprezentanți. Informația este un element deosebit de important al societății în care trăim, care poate schimba sau inhiba atitudinea cetățenilor față de reprezentanți. Informarea cetățenilor se face de o manieră indirectă și mediată, prin intermediul surselor media, care oferă o „informație pre-digerată”¹⁹, susceptibilă să influențeze percepția colectivă asupra reprezentanților. Tocmai de aceea, re-creditarea reprezentării ar putea să pornească de la consolidarea comunicării care există între reprezentanți și reprezentați, precum și de la îmbunătățirea calității informației transmisă cetățenilor de către sursele de informare în masă, care trebuie să redea cu o cât mai mare acuratețe și imparțialitate deciziile adoptate de clasa politică de la nivel local sau central.

O altă direcție de acțiune prin care ar putea fi revigorată democrația reprezentativă face apel la necesitatea și importanța educației politice. Platon afirma acum mai bine de două mii de ani că lipsa educației poate conduce cetatea la un regim oligarhic în care oamenii cetății sunt manipulați datorită proastei creșteri și relei alcătuirii a regimului²⁰. Această afirmație este extrem de actuală și în zilele noastre iar pentru ruperea acestei tradiții nefericite de construire a unor mase docile, dar nemulțumite de deficiențele societății în care trăiesc, este necesar să se înlăture mediocritatea, printr-o implicare activă a instituțiilor statului și a cetățenilor în procesul de educație. Numai în felul acesta se poate înlătura indiferența cetățenilor față de problemele colectivității și lipsa de responsabilitate a aleșilor locali, superficialitatea sau nepăsarea cu care aceștia decid în numele cetățenilor. În sfârșit, o altă cale de consolidare a democrației reprezentative presupune identificarea anumitor modalități de responsabilizare a aleșilor față de cei care i-au mandatat să ia

¹⁹ Bernard Manin, *op. cit.*, p. 23.

²⁰ Platon, *Republica*, p. 359, *apud.* D.C. Dănișor, I. Dogaru, Gh. Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 69.

decizii publice. Cum s-ar putea realiza acest lucru? Răspunsul este foarte dificil de formulat deoarece el face apel nu doar la mijloace de natură juridică, ci mai ales socială, psihologică și educațională. În plus, aceasta este una din cele mai vechi dileme ale democrației, așa încât soluția este foarte greu de identificat dată fiind multitudinea și complexitatea variabilelor care apar.

Având în vedere toate aceste probleme cu care se confruntă sistemul reprezentativ și ținând cont de faptul că soluțiile propuse au în general un conținut difuz, considerăm că la nivel local democrația reprezentativă trebuie dublată de posibilitatea cetățenilor de a fi consultați și de a decide în mod direct în anumite probleme de interes comun. De altfel, democrația reprezentativă nu este incompatibilă cu democrația participativă, care o poate consolida și potența, din îmbinarea celor două componente ale democrației locale cetățeanul putându-se bucura de plenitudinea drepturilor sale politice garantate de Constituție și legi.

Democrația nu este un regim natural, ci ea se „reproduce în tensiune și conflict”, punându-și tot timpul în discuție principiul, astfel încât criza devine unul dintre elementele constitutive ale oricărui regim democratic²¹. Teoriile cele mai radicale cu privire la criza modelului democratic de construire a statului merg până într-acolo încât vorbesc de o adevărată decădere a acestuia, ca urmare a acțiunii corozive a mai multor elemente de destabilizare, cărora instituțiile statului în general, și administrația, în particular, nu au reușit să se adapteze. Această teorie este în acord cu teoria lui Rousseau cu privire la reprezentare, care spunea că democrația nu poate fi conciliată cu procedura reprezentării. Pentru farmecul evocării vom reda un paragraf din opera acestuia: „Suveranitatea nu poate fi reprezentată din același motiv pentru care ea nu poate fi înstrăinată; ea rezidă, în mod esențial, în voința generală, iar voința nu poate fi reprezentată. Deputații nu sunt și nici nu pot fi reprezentanți, ei nu sunt decât comisari”²². Rousseau merge mai departe cu critica reprezentării arătând că „Idea reprezentanților nu este una nouă: ea provine din guvernările feudale, acele guvernări absurde în care ființa umană este degradată sau în care omul este dezonorat. În vechile republici, sau chiar în monarhie, poporul nu are reprezentanți. Acest termen nu există”²³. Fără a cădea în asemenea teorii extremiste, considerăm că democrația actuală din România suferă de o acută criză a reprezentării. De altfel, critica sistemului reprezentativ nu este o noutate. Ea este la fel de veche precum sistemul reprezentativ însuși, astfel că se poate vorbi de o criză permanentă a sistemului reprezentativ²⁴.

Această criză a reprezentării, atât la nivel local cât și la nivel central, poate avea mai multe cauze, unele dintre ele ținând de resorturile interne de funcționare a democrației, în timp ce altele sunt alimentate de factori extrinseci, rezultați din pervertirea mecanismelor prin care reprezentanții poporului în ansamblul său, sau ai colectivității locale, construiesc și exprimă „interesul general”.

În prima categorie de factori care generează criza reprezentării putem include „explozia individualismului și balcanizarea identitară”²⁵. Societatea democratică se

²¹ J. Chevallier, *Science administrative*, P.U.F., Paris, 2007, p. 273.

²² J.J. Rousseau, *Du contrat social*, Livre III, Chapitre XV, apud F. Robbe, *La démocratie participative*, L'Harmattan, Paris, 2007, p. 19 și 20.

²³ *Ibidem*.

²⁴ F. Robbe, *op. cit.*, p. 18.

²⁵ J. Chevallier, *L'identité politique*, P.U.F., 1994, p. 14.

caracterizează prin echilibrul dintre interesul general, prezent la nivelul spațiului public și interesul individual al fiecărui cetățean. Ori în contextul în care indivizii devin tot mai centrați în jurul propriului interes, în detrimentul interesului general, explozia individualismului apare ca o consecință „firească” a deturnării de către reprezentanți a scopului și mijloacelor prin care trebuie să slujească interesul general. Echilibrul fragil dintre interesul general și interesul personal al reprezentanților este rupt de faptul că cei ce au în mână puterea au tendința de a abuza de ea, în detrimentul celor pe care îi reprezintă. Aceștia din urmă, cei reprezentați, au la dispoziție o paletă foarte restrânsă de mijloace prin care să cenzureze sau să limiteze deciziile aleșilor locali sau naționali, într-un sistem democratic bazat pe reprezentare. Din acest punct de vedere, guvernarea „de către popor și pentru popor”²⁶, „rămâne în mare parte retorică, generoasă și ambițioasă, neîndoielnică, sublimă, dar în contradicție, cel puțin parțială, cu realitatea socială, politică și juridică”²⁷. Aceasta este o critică general valabilă ce se poate aduce oricărui sistem democratic, care își dovedește aplicabilitatea și în cadrul administrației publice locale.

O altă cauză pentru criza reprezentării democrației locale, manifestată cu mare intensitate în România își are sursa în permanentele reforme în care statul și administrația sunt antrenate, reforme care își ating foarte rar finalitatea. „Eternul adamism românesc” (pentru a utiliza celebra expresie a lui Emil Cioran) al reformelor administrative poate fi pus pe seama reprezentanților locali sau de la nivel național, care nu reușesc să elaboreze politici consecvente prin care să se efectivizeze procesul de reformă. De aici ia naștere o stare generală de nemulțumire și răzvrătire a cetățenilor față reprezentanții lor.

Urmare a scăderii încrederii în reprezentanți s-au modificat și comportamentele electorale ale cetățenilor, atât în ceea ce privește participarea la alegerile locale sau centrale, cât și participarea în cadrul procedurilor consultative de la nivel local. Alegerile locale sau centrale reprezintă momentul în care se realizează transferul simbolic, dar și practic al puterii, din mâinile cetățenilor, în mâinile reprezentanților. Comportamentul la vot al cetățenilor constituie un indicator al încrederii acestora în sistemul reprezentativ. Or, de vreme ce statisticile ultimilor ani dovedesc o scădere îngrijorătoare a încrederii cetățenilor în reprezentanți, este evident că sistemele politice contemporane traversează o criză a reprezentării, în care cetățenii simt că administrația este tot mai străină și mai îndepărtată de problemele lor. „Administrația din România a devenit în ultimii ani tot mai îndepărtată de corpul social. Ea utilizează forțele, dotările, logistica nu în interesul societății, ci pentru interese politice, ale forțelor politice la guvernare și pentru propriile interese sectoriale pe care a știut mereu să le scoată în evidență și să le soluționeze”²⁸. În mare măsură, administrația publică din România se comportă ca înainte de 1989 cu prea multă obediență față de puterea politică, fiind dispusă să încalce legea pentru a satisface interesele celor care dețin puterea²⁹.

Urmare a politizării excesive și a pervertirii mijloacelor de acțiune a administrației publice din România, se creează o ostilitate a cetățenilor față de administrația publică,

²⁶ J.J. Rousseau, *Despre contractul social*, Ed. Nemira, București, 2008, p. 72.

²⁷ I. Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 408.

²⁸ I. Alexandru, *op. cit.*, p. 758.

²⁹ *Ibidem*.

pe care o percep ca fiind lentă, coruptă și îmbibată de birocrație. Această imagine a administrației publice (fie ea centrală sau locală) se propagă și prin intermediul canalelor media, creând o etichetă ce se transformă într-un stereotip în percepția colectivă, în ciuda faptului că există nenumărate cazuri în care funcționarii își îndeplinesc misiunea cu devotație și orientare către cetățean.

Aceste exemple de politizare, birocrațizare excesivă și deturnare a interesului general contribuie la scăderea încrederii cetățenilor în administrația publică locală și centrală, în reprezentanții pe care și i-au desemnat la fiecare dintre aceste nivele, precum și în funcționarii cu care interacționează. Toate aceste cauze constituie factori perturbatori ai echilibrului care trebuie să existe în modelul democratic de administrație publică, în care democrația locală trebuie să se sprijine pe o platformă reprezentativă sănătoasă.

Punerea în practică a democrației locale presupune „depășirea schizofreniei aleșilor, care sunt conștienți că democrația este în procesul de implozie, dar care își refuză adaptarea la alte scări de valori”³⁰. Mergând în aceeași idee, ruperea de schizofrenia aleșilor locali presupune realizarea unei veritabile descentralizări care să permită ducerea la îndeplinire a unui proiect politic orientat înspre cetățean. Aceasta mai înseamnă și că cetățeanul trebuie să depășească rolul de spectator și să participe în mod direct la luarea deciziilor publice, prin pârghiile pe care sistemul juridic i le pune la dispoziție. Cetățeanul trebuie să conștientizeze faptul că, în general, calitatea corpului reprezentanților (și implicit, a deciziilor luate în numele său) se datorează în mare parte și opțiunii pe care și-a exprimat-o în cadrul alegerilor locale³¹. De aceea, purtând o parte din responsabilitatea crizei reprezentării, îi incumbă în același timp, obligația de a contribui la remedierea insuficiențelor democrației reprezentative. Pentru aceasta, trebuie depășită pasivitatea, iar cetățenii trebuie să învețe cum pot contribui la construirea și aprofundarea democrației locale prin mijloace care presupun implicarea și participarea activă în procesul decizional de la nivel local.

³⁰ Cuillandre et Uguen „*La schizofrenie du citoyen-contribuable*”, apud. Vincent Aubelle, *Le sens de la démocratie locale*, în *La démocratie locale, représentation, participation, espace public*, P.U.F., Paris, 1999, pp. 293-295.

³¹ D. Gaxie, *La démocratie représentative*, Ed. Montchrestien, Paris, 2003, p. 72 și 73.

Puterea discreționară a administrației publice și legalitatea

Asist. univ. drd. Paul-Iulian NEDELCU
Facultatea de Științe Sociale, Universitatea din Craiova



Discretionary power of public administration and legality

Abstract:

As mentioned in the specialized administrative Romanian doctrine, the activity of administrative organs oscillates between a minimum and a maximum, starting from absolute freedom – creation of law and stopping at the duty to comply slavishly law. In fact, the manifestation of the will of the administrative authorities must be between the minimum and maximum competence relating to the discretionary power.

One of the key issues that we ask in this context concerns the relationship between discretion and the principle of legality or lawfulness, the latter encompassing set of rules of law and legal acts necessary administration as a whole hierarchy of rules under which lower obey and respect the rules above.

So discretion of the administration, perceived freedom that belongs to it to decide whether first, then where, when and how they are to act is likely to undermine the principle of legality?

Such a question is more legitimate because, often, starting from the terminology of literary expression „discretion”, this competence is equivalent, in the opinion of many, the sense of action abusive, arbitrary, unchecked government.

Keywords: discretionary power, legality, public administration.

Principiul legalității este principiul care fixează limitele acțiunii autorităților publice, limitându-le puterile, fără însă a aduce atingere spiritului lor de inițiativă. O asemenea ipoteză se desprinde din constatarea potrivit căreia, regula de drept nu poate prevedea absolut tot, ceea ce îndreptățește autoritatea publică să aplice regula la cazurile concrete cu care este sesizată.

În doctrina de specialitate sa apreciat că prin regim juridic al actelor administrative înțelegem un ansamblu de reguli de fond și de formă care conturează *personalitatea* acestora în circuitul juridic, în sensul că evocă criteriile lor de valabilitate¹ sau că regimul

¹ A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, vol. II, Ed. All Beck, București, 2002, p. 40.

juridic al actelor administrative reprezintă un ansamblu de reguli ce guvernează formarea, modificarea și desființarea respectivelor acte².

În orice caz, elementul central al acestui regim juridic îl reprezintă *legalitatea actului administrativ*, ceea ce înseamnă că autoritățile publice sunt ținute, în deciziile pe care le iau, de a se conforma legii sau, mai exact, legalității, adică unui ansamblu de reguli de drept de ranguri și conținuturi diferite³.

Urmărind evoluția teoriilor privind condițiile de legalitate ale actului administrativ, atât pe plan național cât și internațional (cu precădere european), constatăm de la început o mare varietate de idei, atât cu privire la conținutul acestora, cât mai ales la modul lor de abordare⁴.

În perioada interbelică, prof. Paul Negulescu⁵ a analizat condițiile de valabilitate ale actului administrativ în cadrul teoriei nulității, cu accent pe sancțiunile nerespectării principiului legalității, iar prof. G. Rarincescu⁶ sa aplecat asupra cercetării *cauzelor de ilegalitate* ale actului administrativ cu ocazia examinării, pe de o parte, a motivelor recursului pentru exces de putere (considerate cazuri de ilegalitate ale actelor administrative) iar pe de altă parte, a excepției de ilegalitate (considerată doar un mijloc de apărare).

În perioada postbelică, sau distins ca fiind condiții de "*valabilitate*" ale actului administrativ: competența organului administrației de stat, respectarea textului legii și a scopului urmărit de legiuitor, respectarea formei și procedurii stabilite de lege⁷.

Întro altă opinie, se precizează, referinduse la condițiile de valabilitate a actelor de drept administrativ că acestea *nu sunt în realitate, decât aspecte ale unei singure condiții, care se exprimă în obligația ca aceste acte să fie emise cu respectarea dispozițiilor legale în vigoare*⁸.

Pe măsura lărgirii și diversificării preocupărilor privind condițiile de legalitate ale actului administrativ, varietatea condițiilor de legalitate, faptul că de multe ori ele sunt prevăzute expres pentru actul administrativ în cauză sau pentru categoria din care acesta face parte ia determinat pe autorii de drept administrativ să analizeze tipuri ale condițiilor de legalitate, fie într-o viziune sincronică, axată pe logica internă a sistemului normativității, fie într-o viziune diacronică, axată pe fazele procesului administrativ (ale procedurii emiterii, adoptării și exercitării actelor administrative)⁹.

Un alt autor apreciază ca fiind condiții de *valabilitate* ale actului administrativ: actul să fie emis de organul competent și în limitele competenței sale; să fie emis în forma și procedura prevăzute de lege; să fie conform din punct de vedere al conținutului cu Constituția, legile și celelalte acte normative în vigoare; să fie emis conform cu interesul public urmărit de lege¹⁰.

² I. Santai, *Drept administrativ și știința administrației*, vol. II, Ed. Risoprint, Cluj-Napoca, 2004, p. 30.

³ A. De Laubadere, J. C. Venezia, I. Gaudemet, *Traite de droit administratif*, L.G.D.J., Paris, 1996, p. 593.

⁴ R.A. Lazăr, *Legalitatea actului administrativ*, Ed. All Beck, București, 2004, pp. 90 și urm..

⁵ P. Negulescu, *Tratat de drept administrativ*, vol. I, *Principii generale*, ed. a IV-a, București, 1934, Institutul de Arte Grafice „E. Mărvan”, p. 425.

⁶ C.G. Rarincescu, *Contenciosul administrativ român*, Ed. Alcalay, București, 1937, pp. 179 și urm. și p. 337.

⁷ M. Anghene, *Elemente de drept administrativ*, Ed. Științifică, București, 1958, pp. 158-162.

⁸ T. Drăganu, *Actele de drept administrativ*, Ed. Științifică, București, 1959, p. 107.

⁹ A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, vol. II, Ed. All Beck, 2002, București, ed. a III-a, p. 48.

¹⁰ R.N. Petrescu, *Drept administrativ*, Ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2001, pp. 262-277 și în *Drept administrativ*, Ed. Accent, Cluj-Napoca, 2004, pp. 297-317.

În sfârșit, se mai apreciază ca fiind *condiții generale de legalitate* ale actului administrativ, după cum urmează: actul să fie emis în conformitate cu litera și spiritul Constituției; actul să fie emis în conformitate cu litera și spiritul legilor și ordonanțelor; actul să fie emis pe baza tuturor actelor organelor administrației publice care sunt superioare organului administrativ emitent; actul să fie emis în forma și procedura prevăzute de lege¹¹. Autorul distinge și *condiții specifice de legalitate*, pe considerente de oportunitate în sensul ca actul să fie conform cu interesul public ocrotit de lege, respectiv cu scopul legii (*ratio legis*), oportunitatea fiind înțeleasă deci ca limita legală a dreptului de apreciere a autorității publice.

În opinia noastră condițiile de legalitate pot fi *condiții de fond* și *condiții de formă*.

Condițiile de fond ce trebuie îndeplinite pentru a asigura legalitatea actului administrativ țin de stricta *respectare a competențelor ce le au autoritățile administrative ce emit/adoptă* actul administrativ.

Condițiile de formă impun în cele mai multe cazuri, actelor autorităților publice *forma scrisă*, care este apreciată ca o *garanție de legalitate*. Actele juridice cu caracter normativ ale acestor autorități îmbracă numai forma scrisă, fiind obligatorie publicarea lor, iar cele cu caracter individual îmbracă și forma orală, în condițiile legii.

În ceea ce privește doctrina străină, varietatea tezelor cu privire la conținutul condițiilor de legalitate, dar mai ales modalitatea lor de abordare ne pune în dificultate în stabilirea constantelor¹².

În doctrina franceză constatăm că aceste condiții au fost abordate din perspective diferite: cea a *teoriei nulității actelor administrative*¹³ (a sancțiunii nerespectării principiului legalității), cea a *contenciosului administrativ*¹⁴ (deci a controlului) inclusiv pentru exces de putere, cea a *prezentării propriuzise a condițiilor de valabilitate ale actului administrativ*¹⁵ și cea care presupune o *combinație între prezentarea condițiilor de valabilitate și a sancțiunilor nerespectării acestora*.

Este interesant a se constata că și în zone geografice îndepărtate, respectiv într-o bună parte a dreptului administrativ asiatic¹⁶, condițiile de legalitate ale actului administrativ sunt abordate din perspectiva viciilor care afectează legalitatea externă (incompetența precum și viciile de procedură și de formă) și viciile care afectează legalitatea internă a actului administrativ (violarea legii, viciile care afectează motivul actelor și deturnarea de putere).

Pe măsură ce s-a recunoscut administrației aptitudinea legală de a acționa în mod liber, în limitele stabilite de lege, dezvoltându-se teoria puterii discreționare, corelativ, atât teoria, cât și practica, au demonstrat necesitatea ponderării libertății de acțiune a administrației, evitându-se alunecarea spre excesul de putere al autorităților administrative.

¹¹ A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, ed. a III-a, Ed. All Beck, București, 2002, p. 49.

¹² R.A. Lazăr, *Legalitatea actului administrativ*, Ed. All Beck, 2004, p. 94.

¹³ G. Jezé, *Les principes généraux du droit administratif*, Ed. Marcel Giard, Paris, 1925, pp. 68 și urm..

¹⁴ J. Rivero, J. Waline, *Droit administratif*, 16 ed., Dalloz, Paris, 1996, p. 98.

¹⁵ J. Moreau, *Droit administratif*, Presses Universitaires de France, Paris, 1989, pp. 171-200.

¹⁶ M. Chanserey, *Le contentieux administratif et l'État de droit*, Marrakkech, 1996, Agence de la Francophonie, pp. 231 și urm..

Unul dintre mijloacele de contrapondere a puterii discreționare, ce-și face simțită prezența tot mai mult, în sfera dreptului internațional, cu deosebire, dar și în legislațiile statelor occidentale, îl constituie, principiul proporționalității.

În măsura în care administrația dispune de puteri care permit să aducă atingere drepturilor și libertăților cetățenești, în special în situația circumstanțelor excepționale, propunem să uzeze de acestea decât atât cât este necesar. Astfel, atingerile adus acestor drepturi și libertăți devin ilegale, atunci când sunt zadarnice sau excesive în raport de finalitatea acțiunii administrative¹⁷.

¹⁷ G. Braibant, în *Melanges Walline*, 1974, p.298, citat de Dana Apostol Tofan, *op. cit.*, pp. 46 și urm.

Incursiune în dreptul fiscal. Dilema identității dreptului fiscal

Asist. univ. dr. Stelian SELIȘTEANU

*Universitatea din Craiova,
Facultatea de Economie și Administrarea Afacerilor*



Foray into the tax law. Identity dilemma of tax law

Abstract:

Through this paper the author tries to explain, at least at the conceptual level, the extent to which tax law precepts belong to the branch of public or private law, knowing that this “dilemma” caused by the complexity of factors influencing tax legal reports, raises a number of comments materialized in opposing views of experts in the field.

Keywords: tax law, tax legal reports, dilemma.

Așa cum relevă jurisprudența în domeniu, dreptul fiscal românesc nu și-a conturat încă o bază conceptuală suficient de clară, o identitate solidă întemeiată pe o practică elocventă care să conducă la o relativă uniformizare a soluțiilor pronunțate de instanțele judecătorești și pe cale de consecință la o abordare normală, mai puțin rezervată, a problemelor de natură fiscală de către reprezentanții mediului de afaceri.

Necesitatea aplicării unitare a legislației fiscale presupune pe de o parte elucidarea unor perceptive și instituirea unor reguli de bază în materie, iar pe de altă parte consolidarea doctrinei dreptului fiscal ca izvor permanent de căi de acțiune și de soluții întemeiate.

În cele ce urmează nu ne propunem o incursiune exhaustivă în istoria dreptului fiscal românesc, ci încercăm să evidențiem într-o măsură ce se dorește lămuritoare, *dilema* conceptuală a identității dreptului fiscal, respectiv în care dintre ramurile de drept, public sau privat, se nasc și se manifestă relațiile juridice de drept fiscal, în scopul expunerii de către legiitorul fiscal a unor căi de acțiune specifice, corespunzătoare unei strategii de optimizare a sistemului fiscal.

Simbioza dintre elemente ale dreptului public și noțiuni de fiscalitate, ca fundament al dreptului fiscal modern, a avut loc pe fondul dezvoltării istorice a societății românești mai ales în perioada ce a urmat primului război mondial, și ca efect al primelor măsuri de modernizare a sistemului fiscal românesc care datează din perioada Unirii Principatelor,

când prin Tratatul de la Paris din anul 1856 și mai apoi prin Convenția de la Paris (1858) au fost impuse o serie de principii menite să înlăture inechitățile și avantajele generate de clasele privilegiate, principii care și astăzi constituie baza așezării și percepției impozitelor și taxelor.

În acest context, avântul economic înregistrat de țara noastră în perioada interbelică ca urmare a dezvoltării proprietății private susținută masiv de investiții de capital străin, a condus, cum era firesc și la dezvoltarea și amplificarea raporturilor juridice dintre stat și investitori (contribuabili) și pe cale de consecință la dezvoltarea unei partitii a științei juridice și a practicii judecătorești care să elaboreze și să aplice reguli cărora să li se supună aceste raporturi.

De remarcat, că în paralel cu dezvoltarea raporturilor juridice de drept fiscal și a instituțiilor care să asigure coordonarea și echilibrul subiectelor aferente acestor raporturi, în aceeași perioadă a avut loc și modernizarea legislației fiscale, prilej cu care au fost armonizate noile realități generate de apariția și dezvoltarea unor noi ramuri economice, îmfăptuirea reformei agrare, dinamica susținută a micilor întreprinderi etc., cu principiile unui sistem fiscal modern și funcțional.

Instaurarea orânduirii socialiste în România a întrerupt evoluția dreptului fiscal, rolul determinant al statului ca proprietar dar și ca principal investitor dispărând pur și simplu noțiunea de raport juridic de drept fiscal. Etatismul a condus practic la dispariția unuia dintre subiectele acestui raport. Astfel statul (unul dintre subiectele raportului juridic de drept fiscal) se substituie contribuabilului (celălalt subiect al raportului) și pe cale de consecință contractul social pe care se întemeiază până la urmă raportul juridic de drept fiscal devine unul „unilateral”, în care statul se regăsește în dublă ipostază: de organ fiscal și în același timp de contribuabil. În fapt este un contract încheiat între *stat* și *stat*. Pe acest fond, prin dispariția „competiției” dintre contribuabil și stat se înlătură și premisele pentru perfecționarea, echilibrarea și rectificarea legilor cu caracter fiscal precum și normele ce reglementează conduita administrației fiscale și a contribuabililor în procesul de interpretare și aplicare a acestor legi.

Perioada de după 1989 a însemnat revenirea în actualitate a dreptului fiscal, renașterea raporturilor juridice de drept fiscal fiind determinată în primul rând de dezvoltarea proprietății și a inițiativei private.

Condițiile dezvoltării economice în sistem capitalist au dat naștere la problemele specifice ale dreptului fiscal concentrate cu precădere în spețele prezentate instanțelor, al căror obiect a vizat interpretarea și aplicarea normelor de drept fiscal apărute în această perioadă.

Complexitatea raporturilor juridice de drept fiscal determinate în mare măsură de ascensiunea economică, a creat în rândul specialiștilor o tendință constantă de a recunoaște existența dreptului fiscal, care contribuie la clarificarea problematicei fiscale. Astăzi, chiar dacă la o analiză elaborată a jurisprudenței în materie fiscală pot fi reținute o serie de lipsuri generate de ambiguități legislative și uneori chiar de lipsa unor reglementări care conduc la formularea unor soluții contradictorii, rodul unor interpretări hazardate a normelor juridice incidente, există totuși o experiență acumulată în domeniu, o practică procedurală care întemeiată pe principii bine exprimate asigură funcționarea întregului sistem fiscal, mai cu seamă după intrarea în vigoare a Codului fiscal și a Codului de procedură fiscală.

O analiză a problematicii dezvoltate de dreptul fiscal, presupune în primul rând delimitarea obiectului său, respectiv o configurare a acestei ramuri de drept ca parte componentă a sistemului de drept românesc.

În acest context, în literatura juridică de specialitate au fost admise mai multe criterii folosite atât în constituirea diverselor ramuri ale dreptului, cât și pentru delimitare lor una față de cealaltă, respectiv: obiectul de reglementare, metoda de reglementare, calitatea subiectelor, caracterul normelor, specificul sancțiunilor și principiile aplicabile.

Obiectul de reglementare al dreptului fiscal este dat de raporturile juridice patrimoniale și nepatrimoniale care se creează între contribuabili și stat, în cadrul activității desfășurate de acesta din urmă, pentru administrarea impozitelor și taxelor. În acest moment se nasc două direcții care prefigurează obiectul de reglementare, respectiv raporturile juridice efective pe care le are în vedere și aici discutăm despre raporturi juridice de drept material fiscal, care cuprind drepturile și obligațiile părților legate de perceperea impozitelor, taxelor, dobânzilor, penalităților etc. și conceptul de administrare a impozitelor și taxelor, situație în care ne situăm în sfera raporturilor juridice de drept procedural fiscal, în care regăsim acele drepturi și obligații legate de acțiunile administrative, administrativ-jurisdicționale și procesual civile legate de activitatea de administrare a impozitelor și taxelor.

Raporturile juridice fiscale sunt reglementate în temeiul normelor juridice referitoare la colectarea veniturilor fiscale ale statului și se individualizează prin specificul conținutului lor, adică al drepturilor și obligațiilor subiectelor participante.

Metoda de reglementare vizează instituirea și aplicarea acelor reguli de procedură comune tuturor impozitelor și taxelor, într-o manieră unitară, care au menirea de a delimita normele de drept material fiscal de regulile de procedură aplicabile acestora.

Din perspectiva *calității subiectelor* în cadrul dreptului fiscal, ne regăsim tot în sfera raporturilor juridice de drept fiscal, respectiv a celor două elemente care formează subiectul raporturilor juridice de drept fiscal, statul, prin organele fiscale investite cu atribuții specifice realizării veniturilor fiscale și persoanele fizice și/sau juridice care au obligația să plătească impozitele, taxele și celelalte vărsăminte către bugetul consolidat al statului. Specific raporturilor juridice de drept fiscal este faptul că oricare din subiectele acestuia, organ fiscal sau stat, poate apărea în raportul juridic în calitate de debitor sau creditor.

Norma juridică în general este definită ca fiind un ansamblu de reguli de conduită care se adresează opiniei publice pentru a crea comportamentul social acceptat în cadrul colectivității inclusiv la nevoie pe calea constrângerii. Caracterul normelor juridice fiscale este unul general și impersonal, public și obligatoriu, care vizează corectarea comportamentelor exterioare, respectarea conduitei individului până la o limita care să nu afecteze conduita altui individ. În dreptul fiscal, norma juridică este dată pe de o parte de termenii specifici utilizați de lege, iar pe de altă parte de principiile generale de conduită în administrarea taxelor și impozitelor.

Sancțiunile generate în sfera raporturilor juridice de drept fiscal corespund specificului imprimat de normele fiscale în legătură cu acțiunea sau inacțiunea pe care contribuabilul o adoptă față de relația în care se regăsește în cadrul acestor norme (debitor sau creditor). Astfel, neplata impozitelor și taxelor în cadrul raporturilor de drept material fiscal, devenite exigibile la termenele stabilite de legiuitor, implică sancțiuni sub forma plății unor sume suplimentare cu titlu de majorări de întârziere, dobânzi sau penalități.

Dacă ne referim la raporturile juridice de drept procedural fiscal, regăsim sancțiuni care privesc condițiile de validitate a actelor administrative fiscale a căror nerespectare poate conduce la anularea, nulitatea relativă sau nulitatea absolută a acestora.

În sfârșit, *principiile* după care se conduce dreptul fiscal sunt influențate de ambiguitățile specifice acestei subramuri a dreptului. Încadrat teoretic în ramura dreptului public, dreptul fiscal conține în măsură considerabilă elemente ce aparțin dreptului privat și aceasta datorită faptului că cea mai mare parte a operațiunilor și tranzacțiilor pe care le reglementează sunt fapte de comerț, constituind obiectul dreptului comercial. Statutul democratic al societății românești, impune în permanență reconsiderarea relației între stat și contribuabil și prin urmare reșezarea raporturilor de drept fiscal corespunzător obligațiilor ce derivă din respectarea drepturilor acestuia, iar în acest sens doctrina și jurisprudența contribuie hotărâtor la elaborarea unor principii specifice dreptului fiscal dar și la explicarea necesității aplicării principiilor generale ale dreptului în dreptul fiscal. Totodată trebuie ținut cont de faptul că în dreptul fiscal acționează și norme cu valoare de principiu care au la bază anumite orientări, aplicate intuitiv și care se regăsesc în jurisprudența contemporană.

Revenind la dilema apartenenței dreptului fiscal, se pare că majoritatea autorilor contemporani, consideră că includerea dreptului fiscal în cadrul noțiunilor de drept financiar sau în dreptul finanțelor publice a avut drept consecință caracterizarea dreptului fiscal ca aparținând dreptului public.

Instituirea noțiunii de *drept fiscal* sau *financiar și fiscal* trebuie cercetată prin prisma interesului profund pe care specialiștii îl au față de cunoașterea naturii raporturilor juridice care se formează în cadrul elaborării, interpretării și aplicării normelor juridice fiscale. Deși se circumscrie relațiilor sociale și din acest punct de vedere al dreptului public, trebuie să remarcăm însă faptul că dreptul fiscal **este supus și unor influențe reale de drept privat**, ceea ce implicit face necesară modificarea corespunzătoare a unor metode, concepte de interpretare și a unor instrumente de aplicare a reglementărilor fiscale care să corespundă mediului economic dominat de relațiile private dintre contribuabili.

Este știut faptul că dreptul fiscal reglementează raporturile juridice care se nasc în procesul colectării impozitelor și taxelor de la persoanele fizice și juridice care obțin venituri sau dețin bunuri impozabile și care devin în acest caz raporturi juridice fiscale. Pe acest considerent putem afirma că raporturile juridice fiscale sunt raporturi de drept public reglementate de norme juridice de drept public. În paralel cu această concepție tradiționalistă însă, legislația și practica au dezvoltat foarte mult și aspectul privat al dreptului fiscal. Astfel, spre exemplu, în ciuda faptului că titlurile statului care au ca obiect impozite și taxe sunt și rămân titluri executorii, pentru a căror realizare nu este necesară intervenția magistratului, totuși există mai multe situații în care tradiționalul caracter de drept public este diluat de raporturi juridice în care egalitatea părților și chiar posibilitatea contribuabililor de a formula pretenții de natură patrimonială asupra statului modifică substanțial concepția tradițională cu privire la raportul juridic fiscal, în sensul poziționării acestuia în sfera dreptului privat.

În doctrină, referiri la diviziunea dreptului au fost făcute încă din perioada constituirii dreptului roman, Ulpian fiind cel care a instituit distincția între dreptul public (care viza

organizarea statului român) și dreptul privat (ce reglementa activitățile particularilor) în funcție de interesul ocrotit¹. În legătură cu această divizare Mircea Djuvara², unul dintre cei mai importanți teoreticieni ai dreptului românesc, pare să considere că acest criteriu ar limita interesul individului – „interesul individului trebuie să fie foarte mare în toate normele privitoare la organizarea puterilor publice și a serviciilor publice, iar respectarea dreptului, în întregimea formelor sale, ține de fondul existențial al societății, indiferent de compartimentele și divizările ei”.

În acest context, doctrina franceză contemporană afirmă că „dacă regula fiscală este impusă de către stat în interesul său, pentru a regla raporturile sale financiare cu particularii, nu este mai puțin adevărat că, atunci când regula fiscală este aplicată întreprinderilor, greutatea sarcinii fiscale rezultate le impune să integreze variabila fiscală în toate deciziile de gestiune (conducere), în toate relațiile cu terții. Prin aceasta, **fiscalitatea integrează raporturile dintre particulari și se afiliază cu dreptul privat**”³.

În dreptul fiscal italian⁴ legătura dintre dreptul fiscal și dreptul privat este generată de faptul că

obligatia fiscală reprezintă un raport de natură obligatională între cetățean și organul fiscal. Prin urmare, *raportul juridic fiscal*, deși este o instituție cu caracter public, se întemeiază pe reguli și principii de drept privat iar elementele ce constituie izvorul obligației fiscale se fundamentează pe instituții de drept privat (atât civile cât și comerciale), ca de exemplu: nașterea, cetățenia, vânzarea-cumpărarea etc., pe seama cărora se determină din punct de vedere juridic momentul generator al contribuției.

Iată suficiente argumente susținute de practica în domeniu și necombătute prin opinii contrare, potrivit cărora existența dreptului fiscal este rezultatul mediului privat de afaceri. El poate fi apreciat ca fiind de drept public, doar dacă avem în vedere poziția publică a raporturilor dintre contribuabil și autoritățile publice ale statului.

Cele enunțate subliniază o realitate, și anume cea a întrepătrunderii unor raporturi prin excelență de drept privat între consecințele firești ale unei norme fiscale destinate teoretic să reglementeze o relație între stat și un particular.

Apartenența dreptului fiscal la cele două ramuri ale dreptului (public și privat), face ca natura juridică a impozitelor să constituie un subiect controversat, multe teorii explicând-o prin liberul consimțământ al cetățenilor. Astfel, teoria contractului social, pe care se întemeiază raportul juridic de drept fiscal, formulată de J.J.Rousseau a avut consecințe asupra modului de explicare al impozitelor: „s-a susținut că dreptul de a institui impozite este un atribut recunoscut statului de către indivizi prin însuși contractul social care a dat naștere statului, ori că statul, fiind un produs al interesului social, al solidarității sociale și naționale, impozitele reprezintă contribuții pecuniare pe care cetățenii le acceptă și le suportă în virtutea solidarității sociale și naționale”⁵.

Foarte interesantă prin expresivitatea acordată relației de apartenență public/privat a dreptului fiscal este teoria echivalenței impozitelor, consacrată jurisprudențial în SUA,

¹ G.C. Mihai, R.I. Motica, *Fundamentele dreptului. Teoria și filozofia dreptului*. Ed. All, București 1997, p. 63.

² G.C. Mihai, R.I. Motica, *op. cit.*, p. 63.

³ P. Serlooten, *Droit fiscal des affaires*, *Precis Dolloz 2^{ème} éd.*, 2001, Paris, p. 1-2.

⁴ G. de Luca, *Diritto Tributario*, Ed. Giuridiche Simone, XVII ed., 2003, p. 14.

⁵ I. Gliga, *Drept financiar*, Ed. Argonaut, Cluj-Napoca, 1996, p. 107.

care consideră că „puterea de a impune...se exercită în baza presupunerii unui echivalent restituit contribuabilului prin protecția persoanei și a proprietății sale, prin crearea și menținerea unor avantaje publice de care el profită”⁶. Iată deci, unul dintre cele mai simple moduri de a prezenta contribuabilului rolul impunerii și totodată de a-l cointeresa pe acesta la plata impozitului pe baza unei promisiuni viitoare de restituire a sumelor plătite sub forma unor servicii publice.

Regăsirea dreptului fiscal în cadrul raportului public/privat, este și o caracteristică a societăților democratice în cadrul cărora puterea judecătorească apără interesele cetățeanului contra abuzurilor administrației, dacă acestea nu exced normelor fiscale.

Mai mult, noțiunile cu care se operează în domeniul drepturilor omului au pătruns în toate ramurile dreptului, fiind realizate progrese considerabile în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, care se regăsesc și în practica autorităților române.

Un exemplu relevant în această direcție îl constituie modificarea procedurii de soluționare a contestațiilor împotriva măsurilor dispuse prin actele de control sau de impunere ale administrației fiscale, realizată prin O.U.G. nr. 13/2001, care a impus echilibrarea raporturilor dintre contribuabili și administrația fiscală, prin accelerarea procedurii și impunerea unor obligații în sarcina celei din urmă⁷.

Efectul acestei modificări s-a regăsit în preluarea de către legislația românească a sensului dat de instanța europeană în ce privește interpretarea noțiunilor de *termen rezonabil* și *miză* a procesului. Astfel, s-a apreciat că în condițiile în care obligațiile stabilite în sarcina contribuabililor sunt executabile silit în termen foarte scurt, procedura administrativă prealabilă de soluționare a contestațiilor durează nerezonabil de mult. În situația în care sunt în cauză comercianți, acest dezechilibru poate conduce la compromiterea activității acestora și chiar la faliment⁸.

Excesul de putere acordat organelor de control fiscal constituie adevărate atentate la drepturile omului, deși explicit ele nu sunt caracterizate ca atare. Închisoarea, perchezitiile etc., demonstrate ulterior ca abuzuri, violări ale dreptului la viața privată, la proprietate, la mișcare etc., nu sunt din păcate condamnate de către sistemul de drept, dacă implică instituția fiscoasă.

Apartenența dreptului fiscal la ramura dreptului public nu trebuie înțeleasă nicidecum prin conferirea legiuitorului a unor puteri nelimitate care să fixeze raporturile de drept fiscal într-o manieră dezechilibrată prin care se încalcă spre exemplu drepturile fundamentale ale contribuabililor priviți ca cetățeni. De altfel, principii cu valoare constituțională, cum ar fi egalitatea contribuabililor în fața sarcinilor publice, impun legiuitorului abordări limitative care să asigure egalitatea de tratament a unor contribuabili aflați în situații fundamentale asemănătoare sau diferențierile justificate prin situația diferită a contribuabililor.

Limitările impuse legiuitorului fiscal ce decurg din legi și principii fundamentale sunt completate și cu condiționări generate de realitatea economică. Spre exemplu, introducerea unui impozit nerentabil care vizează o categorie restrânsă de contribuabili și care atinge o materie impozabilă redusă, dinamică, greu de identificat, cu cheltuieli de

⁶ I. Gliga, *op. cit.*, p. 108.

⁷ R. Bufan și colectivul, *Tratat de drept fiscal*, vol. I, Ed. Lumina Lex, Buc. 2003, p. 24.

⁸ R. Bufan și colectivul, *op. cit.*, p. 25.

colectare foarte mari, poate face normele respective contrare scopului în care au fost promulgate, respectiv procurarea de resurse în folosul bugetului de stat și pe cale de consecință ineficiența acestui impozit duce la desființarea sa.

Noile coordonate care se trasează odată cu fundamentarea acordurilor cu organismele financiare internaționale generează o serie de condiționări care decurg din necesitatea realizării echilibrului bugetar și constituie obligații ale autorităților naționale de a modifica anumite norme fiscale. Ori în acest caz, când sub presiunea comunității internaționale legiuitorul român operează o serie de modificări ale normelor în materie fiscală, se pune foarte serios problema apartenenței raporturilor juridice de drept fiscal, la dreptul public. Exemplificăm cazurile Ford și Automobile Dacia-Renault, când, într-o poziție de egalitate cu anumiți investitori privați statul român a încheiat acorduri având ca obiect negocieri asupra impozitelor și taxelor.

În statele democratice și în prezența economiei de piață, în afara elementelor fundamentale ale normei care stabilește bazele impozitului (taxei), o serie de acțiuni necesare aplicării normei sunt supuse principiilor generale ale dreptului. Spre exemplu, interpretarea și aplicarea normelor de drept fiscal material, procedura de contestație împotriva actelor de impunere și control ale organelor administrației fiscale etc.⁹. Dar principiile generale ale dreptului nu oferă întotdeauna o soluție, și cum normele dreptului fiscal nu constituie un subsistem suficient de încheiat și de complet încât să ofere întotdeauna o soluție, în foarte multe cazuri trebuie să se recurgă la aplicarea normelor de drept privat.

Deci, ca și în alte ramuri de drept, în cazurile în care normele specifice acelei ramuri nu sunt suficiente, nu se poate face apel la principiile generale ale dreptului public (eventual parțial), dar pot fi utile principii și reguli elaborate de alte ramuri ale dreptului public, cum ar fi spre exemplu dreptul administrativ, dreptul muncii etc.

Desigur, în multe cazuri această practică nu poate oferi soluții, dar se va putea face apel la principiile dreptului. Se știe că *dreptul civil* constituie ramura care a dezvoltat și detaliat cu cel mai mare succes principiile dreptului și a reușit să construiască un sistem integral și flexibil de norme care să poată oferi întotdeauna o soluție pentru fiecare ipoteză nouă, nereglementată expres într-o normă juridică specială. Totodată, principiile și regulile aplicabile în dreptul fiscal, inspirate din normele pe care se sprijină societățile democratice, trebuie să asigure protecția drepturilor și intereselor contribuabililor. De cele mai multe ori aceste norme imprimă un vădit caracter *privatist* unor domenii specifice dreptului fiscal (procedura fiscală, controlul fiscal), ceea ce conduce la ideea că ele (normele) sunt mult mai clar formulate în dreptul privat.

Astăzi, recunoașterea dreptului fiscal ca disciplină de studiu și ca subramură a dreptului este o chestiune rezolvată, chiar dacă nu există o teorie elaborată a dreptului fiscal unanim acceptată de către toți specialiștii, constituirea disciplinei bazându-se pe importul unor noțiuni din dreptul financiar *litate* cu principii, metode și reguli, care fie sunt proprii, fie sunt preluate din discipline cum ar fi dreptul administrativ, dreptul contabil etc.

Din cele prezentate putem emite o primă concluzie, respectiv aceea că dreptul fiscal, ca obiect de studiu, prezintă suficiente elemente specifice, care-i conferă un loc aparte, bine individualizat, în sistemul dreptului și o mare coerență și integrare în raport cu noțiunile de drept financiar, drept bugetar, drept al finanțelor publice etc.

⁹ R. Bufan și colectivul, *op. cit.*, p. 26.

Dincolo de dilema generată de apartenența dreptului fiscal la ramura dreptului public sau privat regăsim o altă problematică care privește identitatea dreptului fiscal, respectiv *autonomia* acestuia.

Autonomia dreptului fiscal, a dat naștere de-a lungul timpului la o serie de controverse, de notorietate fiind cea care a contrapus în deceniul trei al sec. al XX-lea, pe adepții concepției autonomiei dreptului fiscal cu partizanii teoriei specificității (particularismului) dreptului fiscal. În acest context foarte sugestivă a fost opinia particularistului Fr. Geny și anume că această teorie “permite menținerea intactă a principiului că, fără a fi în niciun fel subordonat nici dreptului privat nici dreptului public comun, dreptul fiscal trebuie să le respecte și să aplice docil, întotdeauna când legea impozitului face trimitere la acestea pentru determinările sale, fără ca (dreptul fiscal) să aibă, nici în litera, nici în spiritul său nimic care să impună o deformare sau o deviere”¹⁰.

Prin urmare, acceptarea autonomiei dreptului fiscal influențează substanțial planul interpretării și aplicării normelor juridice care reglementează raporturile juridice de drept fiscal. Astfel, în măsura în care judecăm doar prin prisma *caracterului particular* al dreptului fiscal este de acceptat ca legiuitorul să emită norme specifice dreptului fiscal care pot acționa uneori în contradicție cu cele de drept comun, atâta timp cât obiectivele fiscale, limitate de altfel ca interpretare și aplicare, o cer. Recunoașterea *autonomiei dreptului* fiscal însă, conferă acestuia prerogative de drept comun și totodată posibilitatea de a juca un rol de regulator independent în domeniul său.

O asemenea opinie, este se pare pe deplin întemeiată dacă avem în vedere existența Codului fiscal și pe cea a Codului de procedură fiscală.

C. Gorcea un susținător al autonomiei dreptului fiscal, arăta că „dreptul fiscal este o ramură a dreptului public care organizează așezarea și încasarea regulată a drepturilor fiscale ale statului și stabilește norme specifice de combatere sau de represiune a evaziunii sau fraudelor fiscale”, iar caracteristicile esențiale și dominante ale unui drept fiscal autonom sunt asigurate de „crearea unei proceduri fiscale separate de dreptul procesual civil și de normele de procedură în materia dreptului administrativ”¹¹.

Subliniind într-un mod adecvat realitatea, doctrina modernă, și ne vom referi aici la cea franceză și cea italiană, relevă că acest domeniu este mai dificil de identificat, de delimitat și de individualizat.

Semnificative în acest sens sunt considerațiile *doctrinei franceze* în materie care învederează că „singura preocupare constantă în istoria dreptului fiscal o constituie încercarea de a nu lăsa în afara câmpului său de aplicare nicio materie ce poate fi considerată drept impozabilă”¹² și că, „acest tip de evoluție nu a fost susținut de un principiu director care să permită a justifica și a direcționa această evoluție”¹³.

Iată așadar, că specificitatea normei fiscale de a se adapta la realitatea economică, de a surprinde întreaga materie impozabilă, plasează dreptul fiscal într-o poziție față de care mai multe ramuri ale dreptului în general sunt confluențe. Datorită acestei situații și

¹⁰ F. Geny, *Le particularisme du droit fiscal*, R.T.D.C., 1931, p. 799.

¹¹ C. Gorcea, *Codul sancțiunilor și pedepselor fiscale*, Ed. Tribuna economică, București, 1997, p. 17.

¹² B. Hatoux, *Le Contentieux fiscal judiciaire*, Revue Française de Finances Publiques, nr. 17/1987, p. 71.

¹³ G. Gest, *La dualité de jurisdiction fiscale*, Le juge fiscal, Ed. Economica, Paris 1988, p. 51.

a faptului că fiecare impozit corespunde unei alte materii impozabile, regulile ce guvernează impozitul fiind adaptate la asietă impozitului respectiv, s-a afirmat chiar că „nu există principii generale propriu-zise ale dreptului fiscal”.

Foarte sugestivă în acest sens este afirmația lui Th. Lambert, potrivit căreia „dreptul fiscal nu se lasă închis într-o clasificare simplificatoare, el împrumută un număr însemnat de principii și reguli, elaborează altele, cuprinde întreaga viață socială și astfel se regăsește diluat în toate ramurile dreptului” iar concluzionând într-o formă care surprinde fundamentul identității dreptului fiscal, R. Hertzog afirmă că dreptul fiscal „este un tigru de hârtie preocupat de noțiuni secundare și tehnice, a cărui substanță este devorată de alții deoarece nu a reușit să-și făurească propriile noțiuni generale”. Altfel spus, deși autonomia dreptului fiscal este demonstrată și identitatea sa bine delimitată din punct de vedere legislativ, datorită lipsei conceptelor și a calificărilor juridice, a faptului că preocuparea prioritărea sa este aceea de normare a surselor și căilor de realizare a veniturilor publice pe seama impozitelor și taxelor, acesta nu s-a preocupat de constituirea unui fundament teoretic, o doctrină autentică (nu împrumutată), întemeiată pe noțiuni generale autentice.

Tocmai datorită lipsei acestui fundament teoretic și ca urmare a solicitărilor generate de practica aplicării normelor de drept fiscal, sarcina elaborării conceptelor teoretice revine în mare măsură jurisprudenței. „Insistența specialiștilor în identificarea și delimitarea a ceea ce este specific dreptului fiscal și-a dovedit utilitatea, domeniul fiind în prezent într-o fază de clarificare atât de avansată încât elementele comune identificate s-au impus aproximativ în aceeași perioadă în statele aparținând sistemului de drept neolatin”¹⁴.

Se remarcă astăzi, mai ales de către specialiști, că, sub presiunea practicii, dreptul fiscal a avut capacitatea de a impune anumite concepte, teorii, principii cu totul noi, extrem de utile pentru clarificarea unor situații care, în lipsa unor concepte și reguli clare, pot crea confuzie, confruntări și dezordine în economie.

Cât privește *doctrina italiană* contemporană trebuie remarcate concepții pro și/sau contra autonomiei dreptului fiscal, sau teorii care susțin *autonomia limitată* a dreptului fiscal, care se întemeiază pe de o parte pe diferențele de sens ale unor noțiuni comune atât dreptului fiscal cât și teoriei generale a dreptului (ex: în dreptul fiscal noțiunea de domiciliu fiscal are o sferă mai amplă de cuprindere decât în dreptul civil), iar pe de altă parte pe secțiuni ale dreptului fiscal care au reglementări proprii care exclud aplicarea normelor de drept comun.

O concluzie comună tuturor teoriilor prezentate anterior vizează cel puțin două aspecte esențiale, respectiv că nu putem reține o autonomie absolută a dreptului fiscal deoarece acesta coexistă într-o întrepătrundere de teorii și principii cu alte sectoare ale științei juridice (drept financiar, drept contabil, drept administrativ), iar interpretarea și aplicarea normelor de drept fiscal presupun utilizarea principiilor generale ale dreptului comun.

Deosebit de cele prezentate anterior dar susținuți de aceeași dorință de a încerca să lămurim cât și ce din dreptul fiscal aparține dreptului public și cât și ce aparține dreptului privat, ne vom îndrepta în continuare atenția asupra sistemului fiscal, rezultat al evoluției societății umane necesar pentru a răspunde unor nevoi financiare, economice și sociale și cadru de manifestare a raporturilor juridice de drept fiscal.

¹⁴ R. Bufan și colectivul, *op. cit.*, p. 31.

Expresii ale gândirii fiscal-conceptuală, pe parcursul timpului au fost formulate diferite definiții ale sistemului fiscal în care au fost surprinse elemente specifice fiecărei etape istorice parcursă. Astfel sistemul fiscal a fost definit ca fiind totalitatea impozitelor în care componentele sunt în legătură dinamică între ele precum și cu sistemul economic și aparatul socio-politic.

Într-o altă abordare, sistemul fiscal este expresia voinței politice a unei comunități umane organizată pe un teritoriu determinat și dispunând de o autonomie suficientă pentru a putea, prin intermediul organelor care o reprezintă, să o doteze cu o serie de reguli juridice, în special fiscale.

Mai amplu, se consideră că sistemul fiscal cuprinde un ansamblu de concepte, principii, metode și procese cu privire la materia impozabilă, între care se manifestă relații ce apar ca urmare a proiectării, legiferării, așezării și percepției impozitelor și care sunt gestionate conform legislației fiscale, în scopul realizării obiectivelor sistemului.

Coroborând elementele definatorii enunțate mai sus, se poate concluziona că noțiunea cea mai cuprinzătoare și care delimitează cel mai bine aria de cuprindere a domeniului fiscal și a raporturilor juridice care iau naștere în procesul de percepere a impozitelor și taxelor, este cea de sistem fiscal în care se includ toate celelalte noțiuni utilizate în domeniu fiscal.

Abordarea sistemică a problematicii fiscale presupune în primul rând evidențierea expresă a componentelor de bază ale unui sistem, respectiv: doctrina în jurul căreia se configurează sistemul, normele care regementează funcționarea acestuia și instituțiile care asigură aplicarea normelor.

Găsim în analiza sistemului fiscal răspunsuri la dilema noastră? Și dacă da, apartenența dreptului fiscal la o ramură sau alta (drept public sau drept privat) influențează într-un fel oarecare sistemul fiscal?

Dacă în cazul normelor și al instituțiilor care veghează la aplicarea acestora este evidentă apartenența la zona dreptului public, asigurată prin însăși sorgintea publică a celor două componente constitutive ale sistemului, nu același lucru se poate afirma despre doctrina care a dat naștere ideii de fiscalitate în general și pe care s-a configurat dinamica problematicii fiscale de-a lungul timpului.

Apariția obligației fiscale a generat nașterea a două elemente care, deși situate pe poziții opuse ca interese, formează împreună una din componentele de bază ale raportului juridic de drept fiscal, respectiv subiectele acestui raport și anume statul și contribuabilul. În acest context, dacă statul își poate revendica într-o formă absolutistă prerogativele de normare și gestionarea domeniului fiscal, constituirea, evidențierea și vărsarea impozitelor și taxelor aparțin în exclusivitate contribuabilului.

Prin urmare, în cadrul unei economii de piață, volumul contribuțiilor fiscale este direct influențat de masa impozabilă care, la rândul ei este rodul activităților economice desfășurate de contribuabil sub influența factorilor de producție, factorilor generați de legitățile economice, de piață, de sisteme conexe, factori care în mare parte scapă de sub controlul statului fiind de multe ori rodul hazardului, al neprevăzutului dar care datorită faptului că au drept sursă acțiuni sau inacțiuni private, mediul de manifestare este cel privat, dau naștere și unor raporturi juridice de drept privat.

Pe cale de consecință, doctrina fiscală, împrumută o serie de elemente specifice dreptului privat care sunt realități ce nu pot fi ignorate și care se insinuează într-un

adevărat „cal troian”, penetrând și influențând astfel sistemul fiscal. Deci raporturile juridice fiscale care se manifestă în interiorul sistemului fiscal se subscriu ramurii dreptului privat prin prisma componentei doctrinare a sistemului, care fără îndoială interceptează în dinamica ei, frecvent, și principii generate de dreptul privat.

Măsura în care, în cadrul sistemului fiscal raporturile de drept fiscal sunt guvernate mai mult sau mai puțin de ramura dreptului public sau a dreptului fiscal este importantă cel puțin din punct de vedere a asigurării funcționării optime, raționale a sistemului fiscal.

Sistemul fiscal pentru a fi rațional, trebuie să răspundă anumitor cerințe și principii și să se caracterizeze prin anumite trăsături și funcții care să permită statului să-și procure resursele necesare finanțării acțiunilor de a căror realizare depinde îndeplinirea funcțiilor și sarcinilor sale, să asigure caracteristica universalității sale și a echității avînd la bază principiul justiției sociale.

Remarcînd complexitatea aspectelor relevate cu prilejul incursiunii în materia dreptului fiscal prezentată în aceste considerații, conchidem prin a sublinia că dreptul fiscal aparține dreptului public prin faptul că are la bază până la urmă raporturi de sorginte socială, dar trebuie precizat că obiectul raportului juridic de drept fiscal și în fapt elementele care generează veniturile de natură fiscală ale bugetului provin cu preponderență din zona privată unde se creează o serie de relații și unde acționează factori și fenomene pe care nu le controlează statul ci sunt generate tocmai ca urmare a acestor relații.

Prin urmare, dreptul fiscal trebuie tratat în contextul permanentei dispute dintre contribuabil și stat pentru diminuarea presiunii fiscale, dispută care are la bază reguli și principii doctrinare statornicite de-a lungul timpului și care îl apără pe contribuabil de agresiunea și amestecul nelegitim al statului în administrarea afacerilor și averii sale. Altfel spus, într-un stat de drept trebuie instituite reguli de conduită în materie fiscală, progresul în acest domeniu constituind o componentă indispensabilă a eforturilor pentru consolidarea statului de drept.

ABONAMENTE 2014

Editura Universul Juridic	Nr. apariții	Preț
Revista română de jurisprudență	6	300 lei
Revista română de drept privat	6	300 lei
Revista română de dreptul mediului	2	100 lei
Revista română de executare silită	4	200 lei
Caiete de drept penal	4	180 lei
Romanian Journal of Comparative Law	2	80 lei
Revista Acta Universitatis Lucian Blaga	2	80 lei
Revista de drept maritim	2	100 lei
Revista de științe juridice	2	80 lei
Revista de drept public	2	180 lei
Uniunea Juriștilor		
Revista Dreptul	12	480 lei
Asociația Științifică de Dreptul Proprietății Intelectuale		
Revista română de dreptul proprietății intelectuale	4	200 lei
Asociația Română de Științe Penale		
Revista de drept penal	4	220 lei
Editura Rosetti International		
Revista Română de Marketing	4	100 lei
Revista de Drept Social	10	160 lei
Revista de cadastru și publicitate imobiliară	2	50 lei
Editura C.H. Beck		
Curierul fiscal	12	346,80 lei
Curierul Judiciar	12	466,80 lei
Buletinul casației	12	299 lei
Buletinul Curților de Apel	12	299 lei
Noua revistă de drepturile omului	4	159,60 lei
Analele Universității București	4	99,80 lei
Editura Wolters Kluwer		
Revista română de drept al afacerilor	12	498 lei
Revista română de Dreptul Muncii	12	498 lei
Revista Română de Drept European	4	198 lei
Pandectele Române	12	498 lei

Sediul Librăriei UNIVERSUL JURIDIC MAGAZIN

Adresa: Bd. I. Maniu, nr. 7, corp C, clădirea APACA, sector 6, București

Comandă rapid și comod: 021.312.22.21 | 0733.673.555 | comenzi@ujmag.ro | www.ujmag.ro

Librăria ta de carte de specialitate juridică, economică și business

Din 2008 suntem
alegerea lor...

TU?



Cursuri universitare • Tratatе • Monografii • Coduri • Legislație • Jurisprudență • Reviste de specialitate

www.ujmag.ro



Bd. Iuliu Maniu nr. 7, clădirea Cotroceni Business Center corp C,
sector 6, București (lângă AFI MALL)

021.312.22.21 | 0733.673.555 | comenzi@ujmag.ro