

**Centrul de studii și cercetări de drept privat – CSCDP
Centrul de cercetări juridice fundamentale
Facultatea de Drept
Universitatea din Craiova**

**REVISTA DE ȘTIINȚE JURIDICE
NR. 1/2018**

**Coordonator număr: RSJ 1/2018
Prof. univ. dr. Gabriel Edmond Olteanu**



Vol. 32 (1/2018)

Editat de **S.C. Universul Juridic S.R.L.**
Copyright © 2018 **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.

REDACȚIE: 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,
Universitatea din Craiova

Editor executiv:

Prof. univ. dr. **LUCIAN BERND SĂULEANU** – Facultatea de Drept,
Universitatea din Craiova

Secretar de redacție:

Lect. univ. dr. **MATEI DIACONU** – Universitatea din Craiova

COLEGIUL ȘTIINȚIFIC:

Prof. dr. **Patrick Charlot**

– Universitatea Bourgogne din Dijon, Franța, Director al Școlii
Doctorale și al Centrului de Studii și Cercetări Juridice și Politice

Prof. univ. dr. **Yan Laidie**

– Universitatea Bourgogne din Dijon, Franța

Prof. univ. dr. **Nicolas Queloz**

– Fost decan al Facultății de Drept, Fost Președinte al Asociației
Criminologilor de Limbă Franceză

Prof. univ. dr. **Flavius Baias**

– Universitatea din București, Decan al Facultății de Drept

Prof. univ. dr. **Dan Claudiu Dănișor**

– Director Școala Doctorală a Facultății de Drept a Universității din Craiova

Prof. univ. dr. **Gabriel Boro**

– Rector al Universității „Nicolae Titulescu” din București

Prof. univ. dr. **Eugen Chelaru**

– Universitatea din Pitești

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

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**

– Rector al Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași

Prof. univ. dr. **Paul Vasilescu**

– Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca, Facultatea de Drept

Prof. univ. dr. **Florin Streteanu**

– Decan al Facultății de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai”
din Cluj-Napoca

Prof. univ. dr. **Lucian Bercea**

– Decan al Facultății de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara

Prof. univ. dr. **Mircea Dușu**

– Directorul Institutului de cercetări juridice „Acad. Andrei Rădulescu”
al Academiei Române

COLEGIUL DE REDACȚIE:

Prof. univ. dr. **Gabriel Olteanu**, Universitatea din
Craiova, Facultatea de Drept

Prof. univ. dr. **Viorel Găină**, Universitatea din
Craiova, Facultatea de Drept

Prof. univ. dr. **Călina Jugastru**, Universitatea
„Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept

Lect. univ. dr. **Lavinia Elena Stuparu**,
Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept

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

Lect. univ. dr. **Mădălin Savu Ticu**, Universitatea
din Craiova, Facultatea de Drept

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

Conf. univ. dr. **Florin Mangu**, Universitatea de
Vest din Timișoara, Facultatea de Drept

Conf. univ. dr. **Adrian Circa**, Universitatea
„Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept

Conf. univ. dr. **Maria Lavinia Tec**,
Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea
de Drept

Lect. univ. dr. **Septimiu Vasile Panainte**,
Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași,
Facultatea de Drept

Lect. univ. dr. **Mădălina Cristina Dănișor**,
Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept

Lect. univ. dr. **Dan Constantin Mățu**, Universitatea
„Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept

Asis. univ. dr. **Codruț Nicolae Savu**, Universitatea
Transilvania din Brașov, Facultatea de Drept



*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

Punerea în întârziere a debitorului în reglementarea Noului Cod Civil Român <i>Sevastian CERCEL, Ștefan SCURTU</i>	9
Autonomia societății civile ca garanție a libertății <i>Dan Claudiu DĂNIȘOR</i>	25
Protecția conferită de Legea nr. 8/1996 corespondenței și surselor de informare <i>Edmond Gabriel OLTEANU</i>	38
Particularități ale contractului de intermediere încheiat între consumator și agenția imobiliară <i>Viorel GĂINĂ</i>	43
Ardelenisme introduse în legislația română și doctrina de drept civil după unirea Transilvaniei cu România (1) <i>Teodor SĂMBRIAN</i>	58
Unele aspecte controversate privind răspunderea penală a persoanei juridice <i>Sebastian RĂDULEȚU</i>	79
Principiile salvagădării societăților și superiorității interesului social <i>Lucian Bernd SĂULEANU</i>	88
Creanțele bugetare în procedura insolvenței <i>Lotus Manuela BUZĂ</i>	100
Impactul clauzelor abuzive în contractele de asigurare <i>Dana SCARLAT</i>	120
Controlul constituționalității actului administrativ cu caracter normativ <i>Claudiu GHERGHINA</i>	128
Cetățenia europeană – componentă a uniunii fondată pe drept <i>Teodora Elena ZALDEA</i>	148
Efectele interpretărilor diferite date, normelor penale, de Curtea Constituțională și Înalta Curte de Casație și Justiție - completele pentru soluționarea recursurilor în interesul legii și completele pentru dezlegarea unor chestiuni de drept <i>Mircea Mugurel ȘELEA</i>	170

Aspecte esențiale privind regimul juridic al bunurilor imobile din domeniul privat <i>Mihai Marian ICU</i>	187
Sancțiunile contravenționale aplicate persoanelor fizice în legislația Republicii Moldova <i>Oleg PANTEA</i>	196
Cultura și drepturile omului <i>Cristina OTOVESCU</i>	210
Practică judiciară comentată <i>Bogdan ȚENE</i>	222
Arbitrability of disputes and jurisdiction of arbitrators <i>Sofia Elena COZAC</i>	231
Arbitration tribunals and referrals for preliminary rulings to the CJEU <i>Andra Camelia IONESCU</i>	238

CONTENTS

Delaying the debtor in the regulatory of the new roman civil code <i>Sevastian CERCEL, Ștefan SCURTU</i>	9
The civil society's autonomy as a guarantee of freedom <i>Dan Claudiu DĂNIȘOR</i>	25
The protection afforded by the Romanian Copyright Law to the correspondence and to the information sources <i>Edmond Gabriel OLTEANU</i>	38
Particularities of the intermediary contract concluded between a consumer and a real estate agency <i>Viorel GĂINĂ</i>	43
ASpecific idioms from Transylvania introdud in the Romanian civil law legislation and doctrine after the unification of Transylvania with Romania <i>Teodor SĂMBRIAN</i>	58
Some controversted aspects on the criminal liability of the legal person <i>Sebastian RĂDULEȚU</i>	79
The principle of safeguarding the company and the superiority of the company's interest <i>Lucian Bernd SĂULEANU</i>	88
Budgetary claims in the insolvency procedure <i>Lotus Manuela BUZĂ</i>	100
The impact of abusive clauses for the insurance contracts <i>Dana SCARLAT</i>	120
The constitutional control over administrative acts with normative character <i>Claudiu GHERGHINA</i>	128
European citizenship – about eu's component based on the rule of law <i>Teodora Elena ZALDEA</i>	148
The effects of the different interpretations given to criminal provisions by the Constitutional Court and the High Court of Justice and Cassation <i>Mircea Mugurel ȘELEA</i>	170
Essential aspects regarding the legal status of private real estate <i>Mihai Marian ICU</i>	187

The contravention penalties applied to natural persons in the legislation of the Republic of Moldova
Oleg PANTEA..... 196

Culture and human rights
Cristina OTOVESCU..... 210

Commented judicial practice
Bogdan ŢENE..... 222

Arbitrability of disputes and jurisdiction of arbitrators
Sofia Elena COZAC..... 231

Arbitration tribunals and referrals for preliminary rulings to the CJEU
Andra Camelia IONESCU..... 238

PUNEREA ÎN ÎNTÂRZIERE A DEBITORULUI ÎN REGLEMENTAREA NOULUI COD CIVIL ROMÂN*

Prof. univ. dr. Sevastian CERCEL

Prof. univ. dr. Ștefan SCURTU

Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept



Delaying the debtor in the regulatory of the new roman civil code

Rezumat

Codul civil român a consacrat regula că simpla ajungere a obligației la scadență nu îl pune pe debitor în întârziere, ci este necesară punerea lui în întârziere de către creditor, cu excepția cazurilor când debitorul se află de drept în întârziere. Debitorul poate fi considerat că este de drept în întârziere în executarea obligației sale fie prin voința expresă a părților, fie prin efectul legii. Deși punerea în întârziere a debitorului este reglementată de Codul civil în capitolul privind executarea silită a obligațiilor (a celor contractuale și a celor extracontractuale), regula punerii în întârziere a debitorului este aplicabilă doar în materie contractuală, în cazul obligațiilor de a da și de a face. În cazul obligațiilor extracontractuale, creditorul nu este ținut să-l pună în întârziere pe debitor, întrucât legea prevede că debitorul se află de drept în întârziere când obligația se naște din săvârșirea unei fapte ilicite extracontractuale. Prin prisma sferei lor de aplicare, efectele punerii în întârziere a debitorului pot fi împărțite în două categorii: efecte cu caracter general și efecte cu caracter special. Efectele punerii în întârziere a debitorului încetează ca urmare a voinței debitorului sau creditorului ori când executarea obligației a devenit imposibilă din cauza unui caz fortuit.

Cuvinte-cheie: debitor; creditor; punerea în întârziere; executarea silită a obligațiilor; obligații contractuale; obligații extracontractuale; efectele punerii în întârziere a debitorului.

* Această lucrare a fost prezentată de autori la Conferința internațională bienală din 28-29 oct. 2016, organizată de Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara.

Abstract

The Romanian Civil Code has enshrined the rule according to which, the mere reaching of the maturity obligation does not place the debtor in delay, but it is necessary to make it late by the creditor, except when the debtor is lawfully late. The debtor may be considered to be late in fulfilling his obligation either by the express will of the parties or by the effect of the law. Although delaying the debtor is governed by the Civil Code in the chapter on enforcement of obligations (contractual and non-contractual), the rule of delaying the debtor is applicable only in contractual matters, in the case of to-give and to-do obligations. In the case of non-contractual obligations, the creditor is not in a position to delay the debtor, as the law provides that the debtor is lawfully late when the obligation arises from the commission of an illicit non-contractual act. Depending on their scope, the effects of delaying the debtor can be divided into two categories: general effects and effects of a particular nature. The effects of delaying the debtor cease to exist due to the will of the debtor or the creditor, or when the execution of the obligation has become impossible due to a fortuitous case.

Keywords: debtor; creditor; delay; forced execution of obligations; contractual obligations; non-contractual obligations; effects of delaying the debtor.

Aspecte preliminare

Conform legii, în cazul în care debitorul, fără justificare, nu își execută obligația și se află în întârziere, creditorul poate să uzeze de mijloacele legale pentru realizarea dreptului său de a obține îndeplinirea obligației. Așadar, o condiție prealabilă a utilizării de către creditor a mijloacelor legale pentru realizarea dreptului este aceea ca debitorul să se afle „în întârziere”. Debitorul se poate afla în întârziere fie prin efectul legii, fie pentru că creditorul a îndeplinit această formalitate, atunci când debitorul nu este pus în întârziere prin efectul legii.

Așadar, simpla ajungere la scadență a unei obligații nu are, în toate situațiile, semnificația faptului că debitorul se află de drept în întârziere, ci uneori creditorul trebuie să îndeplinească formalitatea punerii în întârziere a debitorului. Această concluzie rezultă din dispozițiile art. 1523 alin. (1) C. civ., care prevede că debitorul este de drept în întârziere atunci când părțile au stipulat în convenția lor că simpla împlinire a termenului stabilit pentru executare produce un asemenea efect. Prin urmare, în lipsa unei stipulații exprese, este necesară notificarea debitorului, deși termenul de executare a obligației sale s-a împlinit. În Codul civil din 1864 această

regulă era dedusă din interpretarea art. 1079, care avea același conținut ca art. 1523 alin. (1) din actualul Cod civil¹. Așadar, în mod implicit, Codul civil a consacrat regula că simpla ajungere a obligației la scadență nu îl pune pe debitor în întârziere (*dies non interpellat pro homine*), ci este necesară punerea lui în întârziere de către creditor, cu excepția cazurilor când debitorul se află de drept în întârziere. O asemenea opțiune a legiuitorului a fost întemeiată pe ideea că dacă creditorul nu-l pune în întârziere pe debitor înseamnă că întârzierea nu-i provoacă niciun prejudiciu și, în consecință, se prezumă că i-a prelungit în mod tacit termenul pentru executarea obligației².

În alte sisteme naționale de drept, precum cel german, a fost consacrată regula inversă (*dies interpellat pro homine*), considerându-se, deci, că după ce obligația a ajuns la scadență, debitorul este de drept în întârziere (și art. 1760 din Codul Calimach avea consacrată această regulă).

Împărtășim opinia că legea română ar trebui să consacre principiul *dies interpellat pro homine*; ni se pare o anomalie ca legea să impună creditorului ca, după ajungerea obligației la scadență, să-l notifice pe debitor cu privire la acest aspect și să-i acorde un termen pentru executarea obligației, altul decât cel contractual; prelungirea termenului de executare a obligației nu trebuie să fie impusă creditorului de lege, ci, eventual, poate fi rezultatul unui nou acord de voință al părților.

Punerea în întârziere a debitorului este reglementată de Codul civil român în capitolul privind executarea silită a obligațiilor (a tuturor, atât a celor contractuale, cât și a celor extracontractuale); regula punerii în întârziere a debitorului este aplicabilă însă doar în materie contractuală, în cazul obligațiilor de a da și de a face. În cazul obligațiilor extracontractuale, creditorul nu este ținut să-l pună în întârziere pe debitor, întrucât art. 1523 alin. (2) lit. e) C. civ. prevede că debitorul se află de drept în întârziere atunci când obligația se naște din săvârșirea unei fapte ilicite extracontractuale. Cu privire la acest aspect, în doctrină s-a exprimat opinia că poate fi necesară punerea în întârziere a debitorului și în cazul daunelor moratorii pentru suma stabilită drept despăgubire. De asemenea, dacă obligația extracontractuală „este constatată printr-o hotărâre judecătorească, ea nu exclude cerința punerii în întârziere a debitorului”³.

¹ A se vedea, cu privire la vechea reglementare, C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. II, Ed. Națională S. Ciornei, București, 1929, p. 526.

² D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, tomul VI, Tipografia Națională, Iași, 1900, p. 361. În același sens, T.R. Popescu, în T.R. Popescu, P. Anca, *Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Științifică, București, 1968, p. 322; D.A. Ghinoiu, în F.L.A. Baias, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, art. 1-2264, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1602; P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 85.

³ T.R. Popescu, în T.R. Popescu, P. Anca, *op. cit.*, 1968, p. 322.

Art. 1521C.civ. prevede că debitorul este pus în întârziere ca urmare a cererii creditorului sau prin efectul legii.

Modalitățile punerii debitorului în întârziere de către creditor

Creditorul poate să-l pună în întârziere pe debitor în două moduri: notificarea scrisă și cererea de chemare în judecată prin care creditorul urmărește executarea obligației [art. 1522 alin. (1) C. civ.].

A) Noțiunea de notificare, s-a spus în doctrină, asemenea noțiunii de act juridic, are două înțelesuri: unul formal, celălalt substanțial; din punct de vedere formal, punerea în întârziere este o înștiințare (*instrumentum*) pe care creditorul o face debitorului; din punct de vedere substanțial, punerea în întârziere este un act juridic (*negotium*) prin care creditorul își manifestă voința de a cere debitorului să execute creanța și de a cere daune, în cazul în care încearcă un prejudiciu din cauza întârzierii⁴.

Art. 1522 alin. 1 C. civ. prevede că notificarea prin care debitorul este pus în întârziere trebuie făcută în scris, pentru a facilita dovedirea punerii în întârziere și data acesteia; pentru că legea nu distinge între contractul încheiat în scris și cel încheiat verbal, în ambele cazuri notificarea trebuie să fie făcută în scris.

Prin notificarea scrisă, creditorul îi amintește debitorului că obligația sa este scadentă și îi solicită executarea acesteia; această notificare poate fi comunicată (debitorului) prin executor judecătoresc (conform art. 7 lit. b) din Legea nr. 188/2000 privind executorii judecătorești, executorul judecătoresc are ca atribuție și notificarea actelor judiciare și extrajudiciare) sau prin orice alt mijloc care asigură dovada comunicării (de exemplu, prin fax, telex, scrisoare recomandată cu confirmare de primire, poștă electronică etc.).

Codul civil din 1864 prevedea în art. 1079 că punerea în întârziere a debitorului trebuie făcută printr-o notificare comunicată acestuia exclusiv prin tribunalul domiciliului său (punerea în întârziere ca urmare a introducerii cererii de chemare în judecată prin care creditorul urmărea executarea obligației sale nu era prevăzută de lege, dar a fost acceptată de doctrină și jurisprudență). Numai în materie comercială era acceptată punerea în întârziere a debitorului printr-o notificare comunicată prin orice mijloc, dar trebuia făcută dovada comunicării. Actualul Cod civil a renunțat la formalismul Codul civil din 1864.

De la regula consacrată de art. 1522 alin. (1) C. civ., potrivit căreia creditorul poate să-l pună în întârziere pe debitor fie prin notificarea scrisă prin care îi solicită executarea obligației, fie prin cererea de chemare în judecată, prin care

⁴ P. Vasilescu, *op. cit.*, 2012, p. 85.

creditorul urmărește executarea obligației, face excepție cazul în care prin lege sau prin contractul părților se prevede o altă modalitate de comunicare [art. 1522 alin. (2) C. civ.].

În doctrină s-a scos în evidență faptul că, întrucât norma legală privind modalitatea de punere în întârziere a debitorului este supletivă, părțile contractante pot stabili o altă modalitate decât cea reglementată de lege; de exemplu, practica judiciară a statuat că, prin același înscris, cumpărătorul poate să notifice vânzătorului atât existența unui viciu ascuns al mărfii, cât și să-l pună în întârziere pentru remedierea viciului⁵.

Atunci când creditorul îl pune în întârziere pe debitor prin notificare, are obligația să-i acorde un termen de executare, ținând seama atât de natura obligației, cât și de împrejurările executării obligației. De exemplu, constituie împrejurările care pot fi avute în vedere de către creditor pentru aprecierea duratei termenului de executare a obligației de către debitor: posibilitățile debitorului de a-și îndeplini obligația; termenul contractual convenit de părți; de asemenea, pot fi avute în vedere împrejurări exterioare voinței părților, cum ar fi grevele, deficiențele în alimentarea cu energie electrică, dificultățile în aprovizionarea cu mărfuri, restricțiile de ordin valutar etc.

Legiuitorul nu precizează care este momentul în care creditorul trebuie să-l pună în întârziere pe debitor: după sau înainte ca datoria să fie exigibilă. În doctrină s-a exprimat opinia că punerea în întârziere a debitorului se poate face nu doar după ce datoria a ajuns la scadență, ci și înainte ca aceasta să fie exigibilă; în acest din urmă caz, efectele punerii în întârziere se vor produce de la data la care datoria ajunge la scadență⁶.

Potrivit art. 1522 alin. (3) C. civ., dacă prin notificare nu se acordă un termen de executare, debitorul poate să execute obligația într-un termen rezonabil, calculat din ziua comunicării notificării.

Până la expirarea termenului de executare acordat prin notificarea făcută de creditor, acesta are următoarele drepturi: a) poate suspenda executarea propriei obligații; b) poate cere debitorului daune-interese, în cazul în care a încercat un prejudiciu.

În schimb, până la expirarea termenului de executare acordat prin notificarea trimisă debitorului, creditorul nu poate să recurgă la mijloace de realizare a dreptului său, precum cele prevăzute de art. 1516 C. civ.:

- a) executarea silită a obligației;
- b) rezoluțiunea sau rezilierea contractului;
- c) reducerea propriei obligații corelative etc.

⁵ D.A. Ghinoiu, în Fl.A. Baias, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1603.

⁶ T.R. Popescu, în T.R. Popescu, P. Anca, *op. cit.*, 1968, p. 322.

Prin excepție de la această regulă, creditorul poate exercita aceste drepturi dacă debitorul îl informează că nu va executa obligațiile în termenul stabilit sau dacă, la expirarea termenului, obligația nu a fost executată [art. 1522 alin. (4) C. civ.].

Efectele punerii în întârziere sunt diferite în cazul obligațiilor indivizibile (art. 1432 C. civ.) față de cele care se produc în cazul obligațiilor solidare (art. 1526 C. civ.); astfel:

a) în cazul obligațiilor indivizibile, punerea în întârziere a unuia dintre debitori, de drept sau la cererea creditorului, nu produce efecte împotriva celorlalți debitori;

b) în cazul obligațiilor solidare, dacă creditorul a notificat doar pe unul dintre debitori punerea în întârziere produce efecte și față de ceilalți debitori. În cazul solidarității active, notificarea prin care unul dintre creditori solidari îl pune în întârziere pe debitor produce efecte și în privința celorlalți creditori.

B) Chemarea în judecată are semnificația punerii în întârziere a debitorului pentru executarea obligației sale, întrucât astfel creditorul își exprimă voința în mod neîndoielnic.

Doctrina este unanimă în a considera că cererea creditorului de chemare în judecată a debitorului produce efectul punerii lui în întârziere și atunci când este intentată la o instanță incompetentă sau este prematură⁷.

Precum în cazul punerii debitorului în întârziere prin notificare, și în cazul punerii lui în întârziere ca urmare a chemării în judecată, debitorul are dreptul de a executa obligația într-un termen rezonabil, care se calculează de la data când cererea i-a fost comunicată. În cazul în care anterior debitorul fusese deja pus în întârziere sau era de drept în întârziere, nu se mai aplică această regulă, deci debitorul nu mai are un termen rezonabil pentru a executa obligația.

Dacă obligația este executată de debitor într-un termen rezonabil, calculat de la data la care cererea de chemare în judecată i-a fost comunicată, cheltuielile de judecată rămân în sarcina creditorului [art. 1522 alin. (5) C. civ.].

Termenul de executare a obligației, în cazul punerii lui în întârziere ca urmare a chemării în judecată, poate fi prevăzut de lege (de exemplu, în materia cesiunii de creanță, art. 1580 C. civ. prevede că, în principiu, atunci când cesiunea se comunică odată cu acțiunea intentată împotriva debitorului, dacă acesta plătește până la primul termen nu poate fi obligat la cheltuieli de judecată) sau de organul jurisdicțional.

Întârzierea de drept în executarea obligației

Debitorul poate fi considerat că este de drept în întârziere în executarea obligației sale fie prin voința expresă a părților, fie prin efectul legii. În temeiul art. 1523 C. civ., debitorul se află de drept în întârziere în următoarele cazuri:

⁷ D. Alexandresco, *op. cit.*, tomul VI, 1900, p. 362. În același sens, T.R. Popescu, în T.R. Popescu, P. Anca, *op. cit.*, 1968, p. 322.

A) Când părțile au stipulat, în contractul lor sau într-un înscris întocmit ulterior, că debitorul este în întârziere prin simpla împlinire a termenului stabilit pentru executare[art. 1523 alin. (1) C. civ.].

În legătură cu aceste manifestări de voință a părților, în doctrină s-a spus că înțelegerea părților trebuie să fie exprimată în mod expres, fără a fi nevoie de exprimarea ei în termeni sacramentali, fiind destul ca intenția părților să rezulte neîndoielnic din contract, pentru că dacă ar exista îndoială aceasta s-ar interpreta în favoarea debitorului⁸.

De asemenea, s-a spus că înțelegerea părților prin care debitorul este considerat în întârziere prin simpla împlinire a termenului stabilit pentru executare se poate face sub orice formă, întrucât legea nu determină forma în care trebuie făcută convenția⁹.

Dacă ulterior părțile au renunțat în mod tacit la clauza prin care s-a stabilit că debitorul este în întârziere prin simpla împlinire a termenului stabilit pentru executare debitorul nu va mai fi considerat în întârziere prin efectul legii. De exemplu, dacă în contractele de asigurare ale unei societăți este inserată clauza că debitorul este de drept în întârziere dacă nu plătește prima de asigurare exigibilă la sediul creditorului, dar societatea are obiceiul de a trimite un agent la domiciliul asiguratului pentru încasarea primelor, utilizarea acestui procedeu face să se prezume că societatea a renunțat tacit la clauza cuprinsă în contract¹⁰.

B) De asemenea, debitorul este de drept în întârziere în executarea obligației sale în cazurile „anume prevăzute de lege”¹¹.

În această categorie a cazurilor „anume prevăzute de lege” în care debitorul se află de drept în întârziere pot fi incluse, cu titlu de exemplu, următoarele:

a) cazul reglementat de art. 1725 alin. (1) C. civ., privind pe cumpărătorul de bunuri mobile; potrivit acestui text de lege, cumpărătorul de bunuri mobile este de drept în întârziere cu privire la îndeplinirea obligațiilor sale dacă, la scadență, nici nu a plătit prețul și nici nu a preluat bunul;

b) cazul reglementat de art. 1725 alin. (2) C. civ., privind bunurile mobile care sunt supuse deteriorării rapide sau schimbărilor frecvente de valoare; potrivit acestui text de lege, cumpărătorul este de drept în întârziere în privința preluării lor, atunci când nu le-a preluat în termenul convenit, chiar dacă prețul a fost plătit sau atunci când a solicitat predarea, fără să fi plătit prețul;

⁸ D. Alexandresco, *op. cit.*, tomul VI, 1900, p. 364; C. Bîrsan, în C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, 2008, p. 336.

⁹ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, vol. II, 1929, p. 527.

¹⁰ D. Alexandresco, *op. cit.*, tomul VI, 1900, p. 364.

¹¹ Șt. Scurtu, *Drept civil. Regimul juridic general al obligațiilor. Garantarea obligațiilor*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 104.

c) cazul reglementat de art. 1844 C. civ., privind situația în care arenda se plătește în fructe; acest text de lege prevede că în lipsa altui termen prevăzut în contract, arendașul este de drept în întârziere pentru predarea lor de la data culegerii, iar arendatorul este de drept în întârziere pentru recepție de la data la care a fost notificat în scris de către arendaș;

d) cazul reglementat de art. 1898 C. civ., privind pe asociatul care a subscris ca aport o sumă de bani; acest text de lege prevede că în caz de neexecutare a obligației asociatului la scadență, acesta datorează suma la care s-a obligat, dobânda legală de la scadență și orice alte daune care ar rezulta, fiind de drept pus în întârziere.

C) În sfârșit, debitorul este considerat de drept în întârziere în executarea obligației sale în următoarele cazuri, prevăzute limitativ de art. 1523 alin. (2) C. civ., care sunt considerate cazuri de aplicare generală:

a) când obligația nu putea fi executată în mod util pentru creditor decât într-un anumit timp, pe care debitorul l-a lăsat să treacă fără a îndeplini obligația (de exemplu, executarea unei obligații de livrare a unor ouă roșii de Paște nu mai prezintă utilitate după ce au trecut sărbătorile de Paște; tot astfel, executarea unei obligații de livrare a unor brazi de Crăciun nu mai prezintă utilitate după ce au trecut sărbătorile de iarnă);

b) când debitorul nu a executat obligația imediat, deși exista urgență (de exemplu: în cazul obligațiilor continue, cum sunt cele de furnizare a apei, energiei electrice sau de a întreține un anumit bun¹²; în cazul contractului de locațiune, locatarul are obligația de a asigura continuu folosința bunului dat în locațiune, el fiind permanent în întârziere cu privire la furnizarea acestei prestații¹³). În aceste cazuri, în care punerea de drept în întârziere este justificată de natura obligației, voința părților de a renunța la punerea în întârziere a debitorului rezultă în mod implicit din convenția lor, iar simpla expirare a termenului de executare a obligației este de natură să-l pună în întârziere pe debitor prin convenția tacită a părților¹⁴;

c) când debitorul a săvârșit o faptă care a făcut imposibilă executarea în natură a obligației sale și, ca urmare a acestei situații, există certitudinea faptului că obligația nu va fi executată; punerea în întârziere a debitorului are sens cât timp obligația sa mai poate fi executată, dar nu și atunci când, executarea nu mai este

¹² T.R. Popescu, în T.R. Popescu, P. Anca, *op. cit.*, 1968, p. 324; C. Bîrsan, în C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, 2008, p. 336.

¹³ D. Alexandresco, *op. cit.*, tomul VI, 1900, p. 364. În același sens, a se vedea Fl.A. Baias, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1606.

¹⁴ D. Alexandresco, *op. cit.*, tomul VI, 1900, p. 365; C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, vol. II, 1929, p. 528.

posibilă datorită faptei comise sau omise de debitorul; de exemplu¹⁵: (i) debitorul a săvârșit o faptă omisivă care a făcut imposibilă executarea în natură a obligației sale dacă nu a luat măsurile de conservare a bunului și acesta a pierit); (ii) debitorul a săvârșit o faptă comisivă care a făcut imposibilă executarea în natură a obligației sale dacă obligația sa de a face un lucru se finalizează cu facerea altuia (de pildă, croitorul, în loc să facă o haină, face un pantalon);

d) când debitorul a încălcat o obligație de a nu face; debitorul este dator să plătească daune-interese compensatorii pentru încălcarea obligației de a nu face, întrucât prin aceasta executarea obligației sale nu mai este posibilă, iar o punere în întârziere ar fi inutilă pentru că debitorul s-a pus singur în întârziere făcând ceea ce se obligase să nu facă¹⁶;

e) când debitorul și-a manifestat în mod neîndoielnic față de creditor intenția de a nu executa obligația sa; o asemenea manifestare face inutilă punerea debitorului în întârziere;

f) când, fiind vorba de o obligație cu executare succesivă, debitorul refuză ori neglijează să își execute obligația în mod repetat; în acest caz, fapta repetitivă a debitorului este asimilată de legiuitor refuzului neîndoielnic de a executa obligația;

g) când nu a fost executată obligația de a plăti o sumă de bani, asumată în exercițiul activității unei întreprinderi, adică în cadrul raporturilor juridice dintre profesioniști.

Codul civil din 1864 făcea distincție între raporturile dintre simpli particulari și cele dintre profesioniști; astfel, potrivit art. 1088 alin. (2) C. civ. din 1864, în cazul obligațiilor civile daunele moratorii erau datorate numai din ziua chemării în judecată a debitorului, pe când în cazul obligațiilor comerciale, art. 43 C. com. stabilea regula curgerii de drept a dobânzilor din ziua în care obligația pecuniară certă și lichidă devenea exigibilă, întrucât debitorul era considerat de drept în întârziere din acest moment, chiar dacă dobânzile nu fuseseră stabilite prin contract scris între părți, aducându-se argumentul că banii sunt frugiferi, iar debitorul folosește suma de bani pe care nu o plătește la scadență și se îmbogățește astfel fără justă cauză. Pentru alte obligații decât cele pecuniare se aplica dreptul comun¹⁷.

Actualul Cod civil nu face distincție între raporturile dintre simpli particulari și cele dintre profesioniști și prevede, în art. 1535 alin. (1) teza întâi, că, în cazul în care o sumă de bani nu este plătită la scadență, creditorul are dreptul la daune moratorii, de la scadență până în momentul plății;

¹⁵ D. Alexandresco, *op. cit.*, tomul VI, 1900, p. 366-368.

¹⁶ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, vol. II, 1929, p. 528.

¹⁷ St.D. Cărpenaru, *Drept comercial român*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 352. În același sens, a se vedea S. Rădulețu, L. Săuleanu, *Dicționar de expresii juridice latine*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 94-95, *dies interpellat pro homine*.

h) când obligația se naște din săvârșirea unei fapte ilicite extracontractuale; și în acest caz punerea în întârziere a debitorului este considerată de legiuitor inutilă pentru că art. 1381 alin. (2) C. civ., prevede că, în cazul răspunderii delictuale, „Dreptul la reparație se naște din ziua cauzării prejudiciului, chiar dacă acest drept nu poate fi valorificat imediat”.

Într-o opinie, pe care o împărtășim, cazurile prevăzute de art. 1523 C. civ., în care debitorul este considerat că se află de drept în întârziere în executarea obligației, sunt considerate excepții de la regula obligativității punerii în întârziere a debitorului de către creditorul său, ele fiind justificate de faptul că o punere în întârziere a debitorului de către creditor ar fi inutilă¹⁸.

Într-o altă opinie, aceste cazuri sunt văzute nu ca excepții de la principiul punerii în întârziere a debitorului, ci ca o aplicație a acestui principiu, pentru că debitorul este pus în întârziere (în asemenea cazuri) prin convenția tacită a părților¹⁹.

Potrivit art. 1523 alin. (3) C. civ., dacă obligația debitorului devine scadentă după decesul acestuia și debitorul este de drept în întârziere fie ca urmare a voinței părților, fie prin efectul legii, moștenitorii acestuia nu sunt în întârziere decât după trecerea a 15 zile de la data la care creditorul i-a notificat sau, după caz, de la data notificării curatorului special al moștenirii desemnat de notarul public competent în condițiile art. 1136 C. civ.

Art. 1523 alin. (4) C. civ. dispune că obligația de a dovedi existența unui caz în care debitorul se află de drept în întârziere este întotdeauna în sarcina creditorului; legea consideră nescrisă orice declarație sau stipulație contrară acestei reguli.

Efectele punerii în întârziere a debitorului

Punerea în întârziere a debitorului, fie că este făcută de creditor, fie că este făcută de legiuitor, produce efecte care au fost împărțite de doctrină în două categorii: efecte cu caracter general și efecte cu caracter special²⁰.

A. Doctrina consideră că efectele cu caracter general ale punerii în întârziere a debitorului sunt următoarele²¹:

¹⁸ T.R. Popescu, în T.R. Popescu, P. Anca, *op. cit.*, 1968, p. 323-324.

¹⁹ D. Alexandresco, *op. cit.*, tomul VI, 1900, p. 365.

²⁰ Într-o opinie, efectele întârzierii debitorului pot fi împărțite în efecte juridice cu vocație de aplicare generală și efecte juridice cu vocație de aplicare particulară, în această ultimă categorie fiind incluse doar efectele care se produc în cazul contractului de mandat și în cazul contractului de depozit [D.A. Ghinoiu, în Fl.A. Baias, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1609-1610].

²¹ A se vedea T.R. Popescu, în T.R. Popescu, P. Anca, *op. cit.*, 1968, p. 322-323; C. Bîrsan, în C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, 2008, p. 336-337; D.A. Ghinoiu, în Fl.A. Baias, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1609-1610.

1) debitorul răspunde, de la data la care se află în întârziere, pentru orice pierdere cauzată creditorului de un caz fortuit (art. 1525 C. civ.).

2) de la data punerii în întârziere, debitorul datorează creditorului daune-interese (compensatorii și moratorii) pentru neexecutarea fără justificare sau, după caz, culpabilă a obligației sale²².

1) În ce privește primul dintre efectele cu caracter general ale punerii în întârziere a debitorului (debitorul răspunde de la data la care se află în întârziere, pentru orice pierdere cauzată creditorului de un caz fortuit), trebuie menționat faptul că în consonanță cu această dispoziție a art. 1525 C. civ. sunt dispozițiile art. 1274 C. civ. conform căruia, în contractele sinalagmatice translativ de proprietate, „(...) cât timp bunul nu este predat, riscul contractului rămâne în sarcina debitorului obligației de predare, chiar dacă proprietatea a fost transferată dobânditorului. În cazul pieririi fortuite a bunului, debitorul obligației de predare pierde dreptul la contraprestație, iar dacă a primit-o, este obligat să o restituie”. Creditorul pus în întârziere de debitor pentru executarea obligației de preluare a bunului preia riscul pieririi fortuite a acestuia. Debitorul nu se poate libera, chiar dacă ar dovedi că bunul ar fi pierit și dacă obligația de predare ar fi fost executată la timp.

Răspunderea debitorului pentru cazul fortuit se angajează în următoarele condiții:

a) dacă debitorul a fost pus în întârziere de creditor prin notificare, debitorul răspunde pentru cazul fortuit: (i) de la expirarea termenului de executare acordat de creditor; (ii) de la expirarea unui termen rezonabil, dacă prin notificarea creditorului nu s-a stabilit un termen [art. 1522 alin. (3) C. civ.];

b) dacă debitorul a fost pus în întârziere de creditor prin chemarea în judecată, debitorul răspunde pentru cazul fortuit de la expirarea termenului rezonabil calculat de la data când cererea de chemare în judecată formulată de creditor i-a fost comunicată [art. 1522 alin. (5) C. civ.].

c) dacă debitorul este de drept în întârziere (prin voința părților sau a legiuitorului), va răspunde pentru orice pierdere cauzată de un caz fortuit de la simpla împlinire a termenului stabilit pentru executarea obligației.

Regula stabilită de art. 1525 C. civ. (potrivit căruia debitorul răspunde, de la data la care se află în întârziere, pentru orice pierdere cauzată creditorului de un caz fortuit) este valabilă în cazul în care obligația debitorului constă în predarea unui bun individual determinat pentru că, în principiu, proprietatea se transmite de drept cumpărătorului din momentul încheierii contractului, chiar dacă bunul nu a fost predat ori prețul nu a fost plătit încă (art. 1674 C. civ.); excepție fac bunurile imobile cuprinse în cartea funciară, în cazul cărora drepturile reale se dobândesc, atât între părți, cât și față de terți, numai prin înscrierea lor în cartea funciară (în

²² T.R. Popescu, în T.R. Popescu, P. Anca, *op. cit.*, 1968, p. 322; C. Bîrsan, în C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, 2008, p. 336.

afară de cazurile în care legea prevede altfel), pe baza actului sau faptului care a justificat înscrierea [art. 885 alin. (1) C. civ.].

Dacă obiectul obligației este un bun de gen operează regula „lucrurile de gen nu pier” (genera non pereunt). Însă, atunci când genul este limitat (de pildă, o cantitate de vin din recolta unui an determinat, produs de o vie celebră), lucrul datorat nu poate fi înlocuit cu altul identic, pentru că „definirea bunului înseamnă însăși delimitarea lui”, ceea ce-l transformă din bun de gen în bun cert²³.

Prin excepție de la regula legală că debitorul răspunde pentru orice pierdere cauzată creditorului de un caz fortuit, debitorul nu răspunde în situația în care cazul fortuit îl liberează pe debitor de însăși executarea obligației, chiar dacă se află în întârziere (art. 1525 teza a II-a C. civ.). Această dispoziție trebuie corelată cu art. 1351 alin. (4) C. civ., care dispune că dacă, potrivit legii, debitorul este exonerat de răspundere contractuală pentru un caz fortuit, el este, de asemenea, exonerat și în caz de forță majoră

De asemenea, prin excepție de la regula legală că debitorul răspunde pentru orice pierdere cauzată creditorului de un caz fortuit, debitorul este liberat, chiar dacă se află în întârziere, și atunci când creditorul nu ar fi putut, oricum, să beneficieze de executarea obligației din cauza forței majore, cazului fortuit sau a unor alte evenimente asimilate forței majore, afară de cazul în care debitorul a luat asupra sa riscul producerii acestora (art. 1634 alin. (2) C. civ.).

2) În ce privește al doilea dintre efectele cu caracter general ale punerii în întârziere a debitorului (de la data punerii în întârziere, debitorul datorează creditorului daune-interese compensatorii și moratorii²⁴ pentru neexecutarea fără justificare sau, după caz, culpabilă a obligației sale, efect consacrat de art. 1530 C. civ.), trebuie menționat că această regulă trebuie corelată cu dispozițiile art. 1516 alin. (2) pct. 3 C. civ., care prevede că „Atunci când, fără justificare, debitorul nu își execută obligația și se află în întârziere, creditorul poate, la alegerea sa și fără a pierde dreptul la daune-interese, dacă i se cuvin: (...) 3. să folosească, atunci când este cazul, orice alt mijloc prevăzut de lege pentru realizarea dreptului său”, daunele-interese putând fi cerute ca mijloc prevăzut de lege pentru realizarea dreptului creditorului.

Momentul din care se calculează daunele moratorii datorate pentru executarea cu întârziere a unei obligații este diferit, în funcție de faptul că este vorba despre o obligație bănească sau despre o obligație de a face; astfel: a) dacă daunele moratorii sunt datorate pentru executarea cu întârziere a unei obligații bănești, se calculează

²³ P.C. Vlachide, *Repetiția principiilor de drept civil*, vol. II, Ed. Europa Nova, București, 1994, p. 191.

²⁴ A se vedea, în acest sens, T.R. Popescu, în T.R. Popescu, P. Anca, *op. cit.*, 1968, p. 322; C. Bîrsan, în C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, 2008, p. 336.

de la scadență până în momentul plății [art. 1535 alin. (1) C. civ.]; b) dacă daunele moratorii sunt datorate pentru executarea cu întârziere a unei obligații de a face, se calculează de la data la care debitorul este pus în întârziere asupra echivalentului în bani al obligației (art. 1536 C. civ.).

B. Efectele cu caracter special ale punerii în întârziere a debitorului au legătură cu următoarele aspecte: dreptul creditorului de a declara unilateral rezoluțiunea sau rezilierea; întreruperea prescripției extinctive; întreruperea termenului de decădere pentru exercitarea unei acțiuni în justiție; neexecutarea obligației de a face; solidaritatea între debitori sau creditori; dobânda datorată de mandatar pentru sumele cu care a rămas dator mandantului; dobânda datorată de depozitar pentru fondurile bănești depozitate și nerestituite.

Cu privire la aceste efecte, au fost stabilite de legiuitor următoarele reguli:

a) în cazul solidarității pasive, dacă după punerea în întârziere a unuia sau mai multor debitori solidari executarea în natură a obligației devine imposibilă din fapta unuia sau mai multor debitori solidari, creditorul poate cere daune-interese suplimentare doar debitorilor care se aflau în întârziere atunci când obligația a devenit imposibil de executat. Ceilalți codebitori nu răspund de daunele-interese suplimentare care i s-ar cuveni creditorului, având numai datoria de a-i plăti creditorului prin echivalent (art. 1454 C. civ.). De asemenea, notificarea prin care creditorul pune în întârziere pe unul dintre codebitorii solidari produce efecte și în privința celorlalți [art. 1526 alin. (1) C. civ.];

b) în cazul neexecutării unei obligații de a face, creditorul poate, pe cheltuiala debitorului, să execute el însuși ori să facă să fie executată obligația, cu condiția ca debitorul să fie de drept în întârziere sau să fie înștiințat de creditor despre exercitarea acestui drept odată cu punerea în întârziere sau ulterior acesteia (art. 1528 C. civ.);

c) în cazul solidarității active, notificarea făcută de unul dintre creditorii solidari pentru a pune în întârziere pe debitorul comun produce efecte și în privința celorlalți creditori [art. 1526 alin. (2) C. civ.]; tot astfel, hotărârea judecătorească obținută de unul dintre creditori împotriva debitorului comun profită și celorlalți creditori [art. 1436 alin. (3) C. civ.]. Aceste reguli au ca justificare prezumția de reprezentare reciprocă a creditorilor solidari, instituită de art. 1436 alin. (1) C. civ.;

d) creditorul are dreptul să declare unilateral rezoluțiunea sau rezilierea contractului, prin notificarea scrisă a debitorului, dacă părțile au convenit astfel printr-un pact comisoriu, când debitorul se află de drept în întârziere sau când acesta nu a executat obligația în termenul fixat prin punerea în întârziere [art. 1552 alin. (1) C. civ.]. Pentru ca pactul comisoriu să producă efecte, trebuie să prevadă, în mod expres, obligațiile a căror neexecutare atrage rezoluțiunea sau rezilierea de drept a contractului [art. 1553 alin. (1) C. civ.];

e) în cazul contractului de mandat, mandatarul datorează dobânzi pentru sumele cu care a rămas dator mandantului din ziua în care a fost pus în întârziere (art. 2020 C. civ.);

f) în cazul contractului de depozit, depozitarul datorează dobândă pentru fondurile bănești depozitate numai din ziua în care a fost pus în întârziere să le restituie [art. 2118 alin. (2) C. civ.];

g) prescripția este întreruptă prin punerea în întârziere, făcută prin notificare scrisă, a celui în folosul căruia curge prescripția, dacă aceasta este urmată de chemarea lui în judecată în termen de 6 luni de la data punerii în întârziere (art. 2540 C. civ.). Prescripția extinctivă se întrerupe și prin punerea în întârziere realizată prin cererea de chemare în judecată sau de arbitraj, chiar dacă aceasta este făcută la un organ de jurisdicție incompetent sau chiar dacă este nulă pentru lipsă de formă (art. 2537 și urm. C. civ.);

h) termenul de decădere este întrerupt pe data introducerii cererii de chemare în judecată sau de arbitraj ori de punere în întârziere, după caz, atunci când realizarea dreptului presupune exercitarea unei acțiuni în justiție [art. 2548 alin. (3) C. civ.].

Încetarea efectelor punerii în întârziere a debitorului

Efectele punerii în întârziere a debitorului încetează în următoarele situații:

a) când debitorul face o ofertă formală de plată, în condițiile prevăzute de Codul de procedură civilă, efectele sunt cele prevăzute de art. 1510-1515 C. civ.; adică, oferta formală de plată a debitorului are ca efect punerea în întârziere a creditorului și liberarea debitorului. Creditorul pus în întârziere preia riscul imposibilității de executare a obligației, este ținut la repararea prejudiciilor cauzate prin întârziere și la acoperirea cheltuielilor de conservare a bunului datorat;

b) când creditorul renunță expres sau tacit la punerea în întârziere. Doctrina consideră că constituie o renunțare a creditorului la efectele punerii în întârziere următoarele fapte ale creditorului: (i) faptul că reclamantul-creditor se desistează de la acțiunea în justiție prin care s-a făcut punerea în întârziere sau lasă să se perime această acțiune; (ii) faptul că creditorul îi acordă un termen de executare debitorului, (iii) faptul că intervine o novăție a obligației; în schimb, se consideră că nu constituie o asemenea renunțare acceptarea unei executări parțiale a obligației²⁵;

c) când executarea obligației a devenit imposibilă din cauza unui caz fortuit²⁶;

d) când debitorul face o ofertă informală de plată, în temeiul art. 1524 C. civ.

²⁵ D. Alexandresco, *op. cit.*, tomul VI, 1900, p. 369-370; în același sens, T.R. Popescu, în T.R. Popescu, P. Anca, *op. cit.*, 1968, p. 325.

²⁶ T.R. Popescu, în T.R. Popescu, P. Anca, *op. cit.*, 1968, p. 325; C. Bîrsan, în C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, 2008, p. 337; D.A. Ghinoiu, în Fl.A. Baias, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1607-1608.

Oferta informală de plată, reglementată de art. 1524 C. civ., are ca efect faptul că debitorul nu este considerat în întârziere în ceea ce privește executarea obligației sale (deci, nu va putea fi obligat la plata de daune moratorii), dar nu este liberat de obligația sa (în consecință, rămâne în sarcina sa riscul legat de obligația de predare a bunului în cazul contractelor translativ de proprietate)²⁷.

În doctrină s-a spus că exprimarea ambiguă a art. 1524 C. civ. („Debitorul nu este în întârziere dacă a oferit, când se cuvenea, prestația datorată (...)” îndreptățește întrebarea dacă textul se aplică doar când punerea în întârziere a debitorului este de drept sau și când aceasta este făcută de creditor, precum și întrebarea dacă efectele punerii în întârziere se suspendă sau încetează dacă debitorul face dovada că a oferit plata, dar a fost refuzat? Concluzia autorului este că oferta de executare la care se referă art. 1524 C. civ. „nu are automat și efectul unei puneri în întârziere a creditorului”²⁸.

Potrivit art. 1524 C. civ., oferta informală de plată produce efecte juridice, în sensul că debitorul nu este considerat în întârziere dacă a oferit, când se cuvenea (adică în termenul convenit de părți sau stabilit de lege, în termenul de executare stabilit de creditor sau într-un termen rezonabil, dacă prin notificarea creditorului nu s-a stabilit un termen ori în termenul rezonabil calculat de la data când cererea de chemare în judecată formulată de creditor i-a fost comunicată), prestația datorată, chiar fără a respecta formalitățile prevăzute de lege pentru punerea în întârziere a creditorului (art. 1510-1515 C. civ.), însă creditorul a refuzat, fără temei legitim, să o primească.

Cu privire la condițiile pe care trebuie să le îndeplinească oferta informală de executare făcută de debitor și refuzul creditorului, în doctrină s-au făcut următoarele precizări²⁹: (i) oferta de executare trebuie să fie serioasă (adică manifestarea de voință a executării să fie reală; de pildă, obiectul prestației să fie lăsat la locul plății la dispoziția creditorului); (ii) oferta de executare trebuie să fie completă (prestația oferită să acopere în totalitate datoria); (iii) oferta de executare trebuie să fie realizată în termen util, înainte de stingerea raportului juridic; (iv) refuzul creditorului de a primi datoria trebuie să fie nelegitim (de pildă, refuzul este legitim, dacă debitorul oferă spre plată doar capitalul, nu și dobânzile).

Concluzii

Codul civil din 2009 a consacrat regula că simpla ajungere a obligației la scadență nu îl pune pe debitor în întârziere (*dies non interpellat pro homine*), ci este necesară

²⁷ D.A. Ghinoiu, în Fl.A. Baiaș, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1607.

²⁸ P. Vasilescu, *op. cit.*, 2012, p. 87.

²⁹ D.A. Ghinoiu, în Fl.A. Baiaș, E. Chelaru, A. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, 2012, p. 1608.

punerea lui în întârziere de către creditor, cu excepția cazurilor când debitorul se află de drept în întârziere. Prin urmare, în lipsa unei stipulații exprese, este necesară notificarea debitorului de către creditor, deși termenul de executare a obligației sale s-a împlinit. În Codul civil din 1864 această regulă era dedusă din interpretarea art. 1079, care avea același conținut ca art. 1523 alin. (1) din actualul Cod civil, deci nota de continuitate este evidentă.

Noul Cod civil are meritul de a fi preluat pe lângă multe dintre regulile reglementate în vechiul cod în materia executării obligațiilor și soluțiile consacrate de doctrină și jurisprudență în această materie.

Consecvent intenției declarate de a asigura o reglementare unitară tuturor ramurilor de drept privat, actualul Cod civil nu face însă distincție între raporturile dintre simpli particulari și cele dintre profesioniști în materia executării silite a obligațiilor, precum Codul civil din 1864.

AUTONOMIA SOCIETĂȚII CIVILE CA GARANȚIE A LIBERTĂȚII

Prof. univ. dr. Dan Claudiu DĂNIȘOR

Școala Doctorală a Facultății de Drept, Universitatea din Craiova,

Academia de Științe Juridice din România

Academia Oamenilor de Știință din România



The civil society's autonomy as a guarantee of freedom

Rezumat

Societatea civilă este reconstruită prin opoziție față de societatea politică. Garantarea libertății implică o formă oarecare de autonomie a societății, că separarea sferei puterii și autonomiei sociale, oricât de multiforme ar fi cele două realități, rămâne permanent necesară. Substratul acestei autonomii multiforme este separarea sferelor de justiție.

Cuvinte-cheie: societate civilă; autonomie; asociații neguvernamentale; justiție; globalizare.

Abstract

The civil society is rebuilt by opposition to the political society. Guaranteeing liberty implies some kind of autonomy for the society, that the separation of the power sphere and of the social autonomy, however multiform these two realities can be, remains a necessity. The substrate of this multiform autonomy is the separation of the spheres of justice.

Keywords: civil society; autonomy; NGOs; justice; globalization.

„Crearea societății civile este reușita lumii moderne¹”. Emergența unei noi forme de societate, civilă, s-a produs în epoca modernă prin părăsirea societății clericale și

¹ Hegel, Principiile filosofiei dreptului sau elemente de drept natural și știință a statului, §182.

militare. Societatea modernă este „civilă” în primul rând prin contrast cu aceste trăsături ale societății pre-moderne. Odată cu realizarea separației statului de biserică și transformarea armatei într-un corp subordonat puterii politice, această opoziție definitivă se estompează, lăsând locul alteia, cea între societatea politică modernă, bazată pe dezangajarea cetățeanului față de castele vechiului regim sau, mai larg, față de grupurile de identificare primară, și revendicările identitare, care fac necesară construirea unei sfere autonome față de politic, o sferă civilă, în care oamenii își regăsesc identitatea privată, pe care nu o mai pot manifesta în spațiul public, politic. Societatea civilă este reconstruită prin opoziție față de societatea politică. Ea este o societate depolitizată. Chintesența acestei societăți autonome față de politic este economia. Separația de politic se face în economie, motiv pentru care capitalismul pare cosubstanțial cu modernitatea. Și, cum statul devine forma ultimă a politicului, bazându-se pe apartenența *obligatorie* și dominând spațiul public prin reprezentarea interesului general, limitarea lui trebuie să se facă prin instituirea unei sfere a vieții sociale care rămâne expresia interesului particular și se bazează pe asocierea *voluntară*. Această nouă identitate a societății civile se construiește prin opoziție față de stat. Societatea „civilă” este construită deci pe baza asocierii libere și pe baza satisfacerii libere a interesului privat. Odată cu impunerea fascismului, spațiul asociativ s-a „publicizat”. Asociațiile au devenit ele însele un mod de încadrare și control, nu mai reprezintă doar contra-puteri, ci sunt manifestări ale puterii pe alt plan. Societatea civilă se redefiniște de acum înainte prin opoziție față de corporațiile „politice” rezultate din asociere sau necesare schimbului liber. Internaționalizarea schimburilor libere și imposibilitatea statului de a controla actorii economici transnaționali, care exercită un fel de suveranitate *sui generis*, scăpând, prin natura lor, suveranităților statale, face ca societatea civilă să înceapă să se autodefinească prin raportare la această nouă formă de putere.

Post-modernitatea exacerbează mai multe tendințe de revendicare *sui generis* a autonomiei. Prima este revendicarea autonomiei societății față de orice formă de manifestare a politicului. Ea transformă populismul într-un curent politic aparte, *antipolitismul*. A doua tendință exacerbată de post-modernism este revendicarea autonomiei individuale. Ea transformă autonomia în suveranitate a individului.

Din aceste evoluții, aparent contradictorii, rezultă o societate „civilă” multiformă, care este mai degrabă folosită ca justificare comunicațională a revendicărilor de autonomie, situate pe planuri atât de diverse încât este greu să o mai descriem printr-un concept unitar. Ideea centrală rămâne însă că, indiferent de forma manifestării puterii, garantarea libertății implică o formă oarecare de autonomie a societății, că separarea sferei puterii și autonomiei sociale, oricât de multiforme ar fi cele două realități, rămâne permanent necesară. Sub stratul acestei autonomii multiforme este separarea sferelor de justiție.

I. Societatea civilă prin opoziție față de societatea clericală și militară

Societatea pe care cea modernă o înlocuia, începând cu secolele XII-XVIII, era rezultatul unei evoluții istorice provocate de căderea imperiului roman în vestul Europei, după 476. Niciuna dintre formele tradiționale de putere politică nu va reuși să se mai impună în acest spațiu, deoarece ele erau subminate de o formă inedită de putere, cea a Bisericii. Această înstăpânire a unei structuri care administra salvarea sufletelor, nu bunurile materiale, asupra problemelor sociale și politice „va pune deci întregii Europe o problemă «structurală»: pe de o parte, pentru că ea domină lumea profană în numele celei de dincolo, Biserica își arogă un drept de supraveghere fără precedent asupra oamenilor și guvernanților, fondat pe o universalitate care nu avea nimic în comun cu cea a lumii romane, în așa măsură încât revendică o *potestas* universală, care guvernează «adevărata res publica»; pe de altă parte, predicând separația spiritualului și a Cezarului, ea emancipează lumea profană, și introduce, prin căutarea mântuirii, un principiu de rezistență față de putere”².

Această ambivalență a rolului Bisericii, care pendulează între asumarea puterii politice și garantarea autonomiei față de puterea politică, se păstrează și astăzi. Religia este văzută ca un element definitoriu al societății civile, deși, pe de altă parte, modernizarea presupune emanciparea acestei societăți civile față de instituțiile religioase³.

Sensul prim al societății civile se păstrează astfel intact: „Tocmai față de militari și oamenii religiei, «ultimii barbari», care, urmare a războiului, în 1672, răsturnau Republica Provinciilor-Unite, flutura Spinoza ideea unei forme civilizate și civile de societate, care protejează de dictatura soldățească, care pretinde a fi brațul lui Dumnezeu. (...) Societatea civilă are încă sensul original de societate care nu este nici militară, nici clericală”⁴.

Acest prim sens al societății civile este prezent astăzi în revendicările de autonomie ale populațiilor supuse unor regimuri teologico-militare, fie că este vorba de religii propriu-zise, cum este cazul islamului în Iran, fie că este vorba de doctrine la origine laice, care îmbracă o haină semi-mistică, cum a fost marxismul în Uniunea Sovietică și în țările satelit și cum este încă în Coreea de Nord sau în China.

În islam, separația bisericii față de politic se produce în sens invers față de modernitatea europeană. „Într-un sens important, dar foarte original, separația

² Marc Chevrier, *Aux limes du théologico-politique, la démocratie et l'empire*, în Marc Chevrier, Yves Couture, Stéphane Vibert, *Démocratie et modernité – La pensée politique française contemporaine*, iBooks, versiune numerică a ediției apărută la Presses universitaires de Rennes, 2015.

³ Pentru o viziune istorico-filosofică asupra laicității vezi Anca Parmena Olimid, *Istoria gândirii politice. Libertatea și laicitatea în spațiul public european (secolele XIX-XXI)*, Aius PrintEd, Craiova, 2011.

⁴ René Gallissot, *Abus de société civile: étatisation de la société ou socialisation de l'État*, în *L'Homme et la société*, N. 102, 1991, État et société civile, p. 4-5.

puterilor este inerentă islamului, care nu a așteptat din acest punct de vedere teoria politică a Luminilor: Legea fiind de la origini proprietate divină, nu trebuie să fie uzurpată de puterea temporală, cum nu trebuie, de altfel, să fie uzurpată nici de «popor»⁵. Separația religiei și politicului se face astfel nu în beneficiul autonomiei societății civile, ci în beneficiul autonomiei clerului. Societatea musulmană nu este propriu-zis integristă, ea separă politicul de religie, dar fără să creeze o societate civilă, ci creând o comunitate religioasă civilă. Creștinismul a integrat religia în societatea civilă, islamul integrează societatea civilă în religie. Astfel, cerința de autonomie în lumea musulmană este esențialmente religioasă.

Dar cele două cazuri nu sunt atât de diferite ca principiu. A fost mai degrabă o conjunctură decât un principiu diferit care a dus la instaurarea societății civile anticlericale în Europa modernă. „O teorie completă (...) a rolului religiei în instaurarea unei societăți civile tolerante ar putea să se articuleze aproximativ așa: ceea ce se impune cu adevărat este neutralizarea reciprocă a fanaticilor și a preoților. Trebuie ca fanaticii să înceapă să strivească puterea preoților și menșina unei societăți segmentare ritualizate, cu toată rigiditatea și conservatorismul său, pentru a înlocui legăturile clanului și ritualului printr-un simț abstract generalizat al obligației de a respecta toate contractele și toate angajamentele și să creeze astfel o veritabilă piață și o societate civilă temperată, dar ei nu trebuie să fie suficient de puternici pentru a triumfa imediat și astfel să fie tentați să-și impună virtutea, constrângând ansamblul societății. (...) Această înfrângere *parțială* nu poate decât să îi convertească la o doctrină a toleranței...”⁶. Islamul pare să nu mai răspundă acestei cerințe de înfrângere parțială a fanaticilor, a puritanilor, a fundamentalistilor. Revendicarea de autonomie în cadrul islamului actual este făcută de acești radicali, în numele purității religioase, și se produce contra politicului militarizat, care adoptă ca adevăr ultim, deci cvasi-religios, legile pieței. Radicalizarea islamului este determinată de radicalizarea libertății piețelor, care, în numele autonomiei economice, sacralizează ideea că piețele pot asigura un echilibru just și optim fără intervenții exterioare.

Comunismul sovietic și al sateliților săi s-a bazat pe o doctrină laică, dar care s-a sacralizat și ritualizat. Probabil că Marx a fost cel mai puțin citit (și cu siguranță cel mai puțin dezvoltat) în acest spațiu care se revendica ca *marxist*. Marxismul a devenit un fel de doctrină religioasă *sui generis*: credința în mântuirea socială a înlocuit credința în mântuirea individuală, scrierile clasicilor comuniști au devenit texte sfinte, Scripturi în sensul religios al termenului, nomenclatura de partid a devenit un cler care deținea adevărul ultim și îl propovăduia, adevărul era păzit de

⁵ Ernest Gellner, *La société civile dans une perspective historique*, Revue internationale des sciences sociales, 129, 1991, UNESCO/Erés, p. 540.

⁶ *Idem*, p. 538.

o poliție politică, care transforma toate greșelile profesionale, economice sau de ori altă natură în erezii față de Doctrină etc. Revendicarea autonomiei societății civile în aceste societăți teologico-polițienești este de aceeași natură cu cea din timpul lui Spinoza: contra clerului laicizat, nomenclatura, și contra militarilor folosiți în represiunea politică internă, securiștii.

II. Societatea civilă prin opoziție față de societatea politică

Modernitatea a impus unitatea în spațiul public. Acest spațiu este al cetățenilor, care sunt somați să-și lase identitatea, construită în spațiul privat, în raport de criteriile tradiționale de apartenență la un grup «natural», la ușa politicianului, pentru a construi un spațiu public individualist și voluntar. Or, cert este că acest *puritanism* democratic și liberal, potrivit căruia individul ar fi capabil să se debaraseze de identificarea sa naturală cu grupul său proxim de apartenență, să se *purifice* de afilierile care îi deturneză rațiunea de la binele public, este o cerință greu de suportat pentru individul real. Ca și puritanii religioși, puritanii cetățeniei trebuie să învingă doar parțial pentru ca o oarecare autonomie individuală să fie prezervată. O victorie totală a cetățenilor contra oamenilor concreți ar duce inevitabil la anihilarea spațiului privat. Revendicarea unei societăți civile pe această axă a contradicției cetățenie/ identitate presupune prezervarea unui spațiului privat distinct de cel politic. Politicul nu trebuie să poată anihila identitățile private. Unitatea din spațiul public trebuie să fie dublată de o diversitate în spațiul privat. Pluralismul asociațiilor devine astfel o garanție a autonomiei, a identităților multiple, a omului contra cetățeanului.

Or, cum societatea modernă se construiește contra afilierilor identitare bazate pe criteriile structurante ale vechiului regim, care făceau indivizii prizonierii grupului căruia îi aparțineau prin naștere, „pluralismul necesar zilelor noastre trebuie în mod necesar să aibă centrul în sfera economică și nu socială, pentru că omul modern nu tolerează tirania celor înrudiți cu el”⁷. Societatea modernă și capitalismul sunt astfel două realități care apar împreună și par de nedespărțit.

Autonomia societății civile se situează deci în mod natural în sfera asocierii voluntare, nu identitare, și în sfera economică, iar separația spațiului privat de cel public privilegiază în epoca modernă autonomia asociațiilor și economicului față de politic.

Condițiile de bază ale funcționării eficiente a societății civile moderne sunt, în aceste condiții, spiritul civic (care se declină în două cerințe: respectarea voluntară a angajamentelor și apetitul asociativ) și creșterea economică⁸. Spiritul civic apare atunci când la baza respectării angajamentelor luate nu mai stau ritualurile, ci o

⁷ *Idem*, p. 535.

⁸ *Idem*, p. 535.

obligație universală, derivată din universalismul religiilor monoteiste, dar laicizată, responsabilitatea juridică și când indivizii înțeleg că doar punându-și interesele împreună pot să-și prezerve aceste interese «private» apărându-le de un interes transcendent, «general». Spiritul *civil* înseamnă instrumentalizarea interesului general: el este general nu pentru că este superior, ci pentru că servește realizării libere a tuturor intereselor private. El este bazat pe o economie productivă, rezultată din diviziunea socială a muncii, care asigură un plusprodus care este schimbat liber pentru a satisface diversificarea nevoilor private. Astfel „societatea însăși este propriu-zis o societate comerciant”⁹. Ea este o societate în care egoismul, nu dedicarea pentru un interes transcendent creează ordinea. Creștinismul este baza transcenderii ritualurilor, dar nu este baza societății civile moderne. La baza acesteia stă instrumentalizarea egoistă a lucrurilor și a muncii în vederea satisfacerii intereselor private. Adam Smith nota cu privire la acest lucru: „Nu este bunăvoința măcelarului, comerciantului de bere și a brutarului, de la care așteptăm cina, ci grija pe care ei o au pentru interesele proprii. Noi nu ne adresăm umanității, ci egoismului lor; și niciodată nu le vorbim de satisfacerea intereselor noastre, ci întotdeauna de avantajul lor”¹⁰.

Societatea civilă este bazată pe dreptul civil, adică în mod esențial pe libertatea contractelor și pe respectarea voluntară a acestora. Creșterea economică este esențială pentru acest tip de societate, pentru că doar prin intermediul ei se pot satisface permanent cerințele din ce în ce mai exigente ale intereselor private. Dacă salvarea nu mai este în lumea de dincolo, ci în lumea aceasta, doar autonomia garantată de proprietate contează cu adevărat. Creșterea economică asigură această autonomie, pentru din ce în ce mai mulți și din ce în ce mai bine.

Evoluția ulterioară a democrațiilor occidentale este asemănătoare. Asociațiile voluntare devin treptat vectori de constrângere socială, comparabili cu castele vechiului regim, iar autonomia economicului față de politic creează un totalitarism (non-autoritar, dat tot totalitarism) al piețelor, care admit o singură doctrină și o singură lege, a lor. Tripticul revoluțiilor moderne – libertate, egalitate, proprietate – se transformă treptat în binomul libertate – proprietate. Or, eliminarea egalității (de fraternitate oricum nu mai era vorba de mult) deplasează problema de pe axa societate politică – societate civilă pe axa posedanți – deposedați, ceea ce favorizează dominația filosofilor extremiste, atât de dreapta cât și de stânga.

Apariția fascismului a consfințit unitatea dintre politic și asociațiile altădată private. Ștergând diferența dintre spațiul social și cel politic, fascismul anihilează societatea civilă asociativă, deși păstrează o oarecare autonomie a sferei economice.

⁹ Adam Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*. Les grands thèmes. Idées Gallimard, 318, p. 55.

¹⁰ *Idem*, p. 48.

Apariția statului comunist a distrus orice posibilitate de societate civilă, pentru că a introdus puterea publică și în sfera economică. Comunismul a masificat societatea, desființând asociațiile sau subordonându-le, a centralizat economia, etatizând-o aproape total, și a teaurizat puterea. Fuziunea totală a politicului, socialului și economicului a dat naștere unei societăți în care noțiunea însăși de „civil” era imposibilă. Revendicările de autonomie în societățile post-totalitare sunt deci centrate la dreapta pe autonomia asociațiilor, iar la stânga pe autonomia economiei. Desigur, distincția nu este strictă, dar ea poate explica diferențele de centrare a structurării societății civile în Europa occidentală și în statele post-comuniste. Crizele economice, care distrug cea de a doua condiție a pluralismului societății moderne, creșterea economică, duc la întărirea rolului statului. Dacă mâna invizibilă a piețelor se dovedește incapabilă să creeze un echilibru just prin autoreglare, atunci *pumnul invizibil* al statului trebuie să intervină și să regleze el. Etatismul este reacția firească contra crizelor. Rămâne de văzut dacă el este și reacția eficientă. De regulă, răspunsul este negativ. Etatizarea este urmată întotdeauna de o nevoie a societății de a se re-autonomiza față de politic. Or, cum această autonomie este revendicată tot în sfera economică, se pare că societățile actuale devin cicluri de evoluție a contradicției între autonomia piețelor și centralizarea statală.

III. Societatea civilă prin opoziție față de stat

Politicul nu se poate lipsi de centralizare. Monopolul constrângerii presupune eliminarea tuturor celorlalte instanțe de coercițiune. Or, cum statul este chintesența acestui monopol al constrângerii, prin instituționalizare, cum deja remarca Max Weber, etatizarea este ineluctabilă. Cererea de autonomie este deci în mod firesc îndreptată contra statului. Societatea civilă cuprinde, din acest unghi de vedere, ansamblul raporturilor interindividuale și intergrupale care se desfășoară în afara cadrului instituțiilor statului și fără intervenția directă a acestuia. Întrebarea este cum trebuie concepute statul și societatea civilă pentru a reuși să stabilim o distincție între ele.

Statul este bazat pe apartenența obligatorie, în timp ce societatea civilă pe cea facultativă. Nu este însă vorba de manifestarea voințelor, ca în cazul distingării societății civile de societatea bazată pe apartenențele înnăscute, ci de scopul asocierii. Principiul acestei distincții îl datorăm lui Hegel. Acesta spunea că „suprema datorie (a indivizilor) este ca ei să fie membri ai statului. Când statul este confundat cu societatea civilă și se reduce destinația lui la apărarea proprietății și a libertății personale, atunci interesul indivizilor, ca atare, este scopul suprem în vederea căruia ei sunt reuniți (...). Statul stă însă în cu totul alt raport cu individul; în timp ce el este spirit obiectiv, individul însuși nu are obiectivitate, adevăr și caracter etic decât

întrucât el este un membru al statului. Reunirea ca atare este ea însăși adevăratul conținut și scop...”¹¹.

Societatea civilă se distinge de stat prin scop: scopul societății civile este satisfacerea interesului privat, în timp ce scopul statului este reunirea ca atare. Pentru Hegel, aceste realități nu sunt opuse decât într-un moment istoric determinat, societatea burgheză. Această opoziție nu este universală, ea este doar un moment istoric al dezvoltării ideii de libertate. Opoziția între stat și societatea civilă este deci conjuncturală și dispensabilă. Ea este creată de tipul de economie pe care îl promovează societatea burgheză, o economie bazată pe interdependență. Aceasta face necesară crearea unei structuri juridice *civile*. Scopurile egoiste ale fiecăruia, dacă nu pot fi realizate efectiv decât prin universalizarea unui mecanism de schimb liber, comandă crearea unui sistem de dependență multilaterală, care semnifică faptul că subzistența, bunăstarea și recunoașterea drepturilor fiecăruia om sunt intrinsec atașate subzistenței, bunăstării și recunoașterii drepturilor tuturor celorlalți. Interesele egoiste ale fiecăruia nu pot fi satisfăcute decât în cadrul raporturilor cu ceilalți. Dependența economică se transformă astfel în dependență juridică și civică. Particularul poate să-și urmărească interesele proprii fără să se preocupe de universal, de binele comun. Acesta rezultă în mod necesar din ciocnirea intereselor particulare.

Hegel consideră această fază de dezvoltare a ideii de libertate ca fiind *Statul nevoii* (Notstaat). El crede că reconcilierea obținută nu este încă efectivă, așa cum o cere *Statul veritabil*. Individul nu este încă pe deplin liber, pentru că acest sistem este unul de completă dependență a unuia față de altul. Interdependența nu este decât un mijloc, nu un scop. Universalul, binele comunității, este străin acestei societăți civile. El este profund distinct de interesele particularilor. Societatea civilă burgheză îl reduce la un mijloc utilizat pentru a satisface nevoile personale. Ea este un mecanism, nu o organizație. Statul, pe de altă parte, are ca scop reunirea ca atare, adică direct universalul, binele comunității, el este un întreg organic, nu o înțelegere între particulari¹².

Cererea de autonomie a societății civile burgheze presupune instrumentalizarea interesului general și a statului. „Rolul fundamental al statului și dreptului este de a garanta interesele societății civile, ca și cum statul nu ar fi decât emanația unei societăți civile care ar poseda puterea universalului”¹³. Hegel se ridică contra acestei pretenții. De aceea, el este perceput ca precursor la totalitarismului. Pentru el, „societatea civilă nu este totalitatea politică, ea este burgheză, adică economică, și este rolul politicului de a da norma și fundamentul economicului, nu invers”¹⁴.

¹¹ Hegel, *op. cit.*, §258.

¹² Camillia Larouche-Tanguay, *La thématization hégélienne de la société civile bourgeoise*, Laval théologique et philosophique 413 (1985): 345-360, p. 352.

¹³ Jean-Pierre Lefebvre, *La société civile bourgeoise*, Maspero, Paris, 1975, nota 3, p. 54-55.

¹⁴ Idem.

Societatea civilă se construiește deci prin opoziție față de stat la nivelul scopurilor. Statul liberal modern nu se poate dispensa de ea. Trecerea dincolo de această opoziție înseamnă inventarea unei noi forme de stat. Câtă vreme această nouă formă nu-și dovedește viabilitatea (și alternativele fasciste sau comuniste nu au făcut-o) etapa aceasta a diferenței între stat și societatea civilă rămâne singura formă efectivă de prezervare a libertății, chiar dacă ea nu este cu adevărat nici universală, nici ideală.

IV. Societatea civilă prin opoziție față de instituțiile «politice» ale societății corporative

Societatea civilă modernă asigură posibilitatea de asociere în vederea efectivizării opoziției față de stat, fără ca pentru aceasta să fie nevoie ca asocierea să fie identitară. În societățile pre-moderne prețul opoziției față de stat era aservirea față de un grup primar de apartenență: trib, grup etnic, grup religios, comunitate teritorială nestatală, categorie profesională, clasă socială etc. Pornind de la această realitate s-a instituit o confuzie între societatea civilă și viața asociativă. Existența asociațiilor voluntare a părut suficientă pentru a garanta autonomia unei societăți *civile* față de stat și prin intermediul ei autonomia individuală. Apariția fascismului a distrus această viziune romantică asupra rolului asocierii libere. Societatea civilă trebuie construită dintr-un anumit unghi de vedere prin opoziție față de asociații.

Asociațiile pot fi politizate. Adică ele pot trece din sfera societății civile în sfera societății politice. Ele pot fi sau pot fi folosite ca instrumente ale realizării unui scop universal, interesul general, nu în vederea susținerii mutuale a realizării scopurilor particulare. Dacă este să urmăim distincția hegeliană, ele sunt astfel etatizate. Fascismul a dus această idee la limită. El a formalizat juridic această fuziune între stat și asociațiile societății «civile». Dar această instrumentalizare etatistă a asociațiilor voluntare nu este străină regimurilor liberale. Partidele politice sunt esențial organizații voluntare care au scopuri universalizate sau cel puțin prezentate astfel. Cooptarea sindicatelor, patronatelor și asociațiilor profesionale diverse la procesul statal de decizie, prin formalizarea consultării, prin instituționalizarea organismelor necesare acestei formalizări, de exemplu consiliile economice și sociale, nu merge atât de departe ca ideea corporatistă de asociere directă la deciziile politice prin instituirea camerelor parlamentare corporatiste, dar este de aceeași natură, chiar dacă nu de aceeași magnitudine.

Efectul acestei publicizări a societății civile este că viața asociativă este percepută în același timp ca un mijloc de mutualizare a satisfacerii intereselor private și ca o încadrare constrângătoare. De aceea, societatea civilă trebuie să se construiască, de data aceasta, prin opoziție față de ceea ce constituia până acum însăși esența sa, viața asociativă voluntară. Asociațiile rămân voluntare în ceea ce privește criteriul

constituirii lor, dar nu și în ceea ce privește scopurile lor. Ele trădează, pe acest al doilea plan, apartenența obligatorie, adică sunt cooptate la realizarea unui scop universalizat, unui interes general determinat în afara coordonării intereselor private.

Cum trebuie deci determinată societatea civilă prin opoziție față de structurile politizate ale societății «civile»? Nevoia acestei distingeri este resimțită acut. Ea este transpusă în creșterea ponderii politice a discursului și curentelor antipolitiste¹⁵, care susțin că societatea trebuie depolitizată, că partidele politice distrug democrația reală, că statul însuși trebuie depolitizat. Criteriul distingerei societății civile de această formă nouă de politism antipolitic este neclar, pentru că principiul acestei de-politizări rămâne ascuns. Membrii marcanți ai clasei politice cer construirea unei noi clase politice, care pare să trebuiască adusă de pe Marte, iar întoarcerea la popor, în mod necesar proclamată, nu mai are legătură cu poporul cetățenilor democrațiilor moderne clasice, ci pare el însuși un popor de marțieni.

Ce ne spune de fapt succesul din ce în ce mai mare al acestei aparent aberante idei? Primul lucru este că indivizii nu mai cred în caracterul eliberator al structurilor asociative. Deci că ei vor o societate civilă construită prin opoziție față de aceste structuri. Al doilea lucru care rezultă din această nouă atitudine este că autonomia indivizilor nu mai poate fi bazată pe criteriul apartenenței politice. Ei vor să se debaraseze de politică, pentru că nu mai cred că identitatea lor trebuie să fie raportată la politică. Al treilea lucru este că asocierea voluntară trebuie făcută pe alte criterii decât cele de până acum sau că ar trebui pur și simplu depășită. Spațiul în care se cere a se face asocierea nu mai este cu necesitate *organizațional*. De aceea, structurile asociative permanente par să fie înlocuite de structuri fluide, bazate pe rețelele de comunicare. Curentele de opinie nu mai sunt structurate pornind de la un centru, ci sunt lipsite de centru, sunt construite în rețele. Această cerere de descentralizare și fluidizare a structurilor societății civile se transpune în scăderea influenței mass-media construite în jurul unui centru de informare și creșterea influenței informării în rețea, a internetului și a tuturor formelor de rețele de comunicare și informare care îl constituie. Politicienii simt această mutație. Ei comunică *pe rețele* decizia publică. Dar este o idee naivă să crezi că această instrumentalizare centralizatoare a rețelelor ar putea avea vreun efect real asupra cererii de depolitizare. Alegerea din ce în ce mai deasă a candidaților antisistem are de asemenea ca motiv principal această reconstrucție a societății civile prin opoziție față de structurile politice ale societății, considerate până acum *civile*. Structurarea în rețea presupune că indivizii își concep garanțiile de autonomie contra structurilor asociative centralizate, cooptate la realizarea interesului general. Identitatea lor *privată* este garantată mai bine de destructurarea acestora și de restructurarea în rețele,

¹⁵ Alfio Mastropaolo, *Italie: quand la politique invente la société civile*, în *Revue française de science politique*, n° 4/2001. pp. 621-636.

pentru că acestea nu mai apar ca o descentralizare a puterii, ci ca o imposibilitate a acesteia. Ținta predilectă sunt partidele politice, dar restul organizațiilor societății *civile* construite inițial contra statului vor suporta același tip de contestare.

Confuzia între societatea civilă și viața asociativă nu mai este posibilă. Societatea civilă se construiește contra acestei vieți asociative, sau mai precis contra caracterului organizațional al acesteia, care o face părtașă la structurarea societății politice. Modernitate s-a construit oarecum paradoxal pe ideea, prezentă deja în filosofia lui Aristotel, că omul este un animal politic și contra acestei idei, distingând un om *civil* de acest om politic. Ea s-a bazat și a contestat în același timp încadrarea de tip politic. Acum contestarea nu mai pare să fie cosubstanțială încadrării. Ea vrea o nouă formă de voluntarism. Rămâne să vedem care este aceasta în următorul volum al acestei lucrări, când ne vom apleca asupra structurării societății civile.

V. Internaționalizarea societății civile

Societatea s-a globalizat. Puterea începe și ea să se globalizeze. Societatea civilă nu poate decât să urmeze același traseu. Internaționalizarea societății civile este mai pregnantă de când scena internațională s-a reconstruit, odată cu căderea blocului comunist, ca o lume unipolară, cu un centru de putere clar determinat și fără opoziție reală, cel al capitalismului occidental bazat pe modernitatea liberală. Moartea istoriei, propovăduită la începutul anilor 1990, a dus de fapt la o cerere din ce în ce mai accentuată de autonomie a «periferiilor» sistemului mondial față de acest centru unic de putere. Această cerere îmbracă fie forma directă a antioccidentalismului, ori a anticapitalismului, fie forma mai atenuată a cererii construirii unei lumi multipolare.

Antioccidentalismul se manifestă mai pregnant acolo unde sunt întruniți câțiva factori catalizatori: o ideologie antiliberală, un trecut care implică dominația, directă sau cvasi-directă, a Occidentului, o economie capitalistă emergentă. Lumea islamică este candidatul perfect pentru acest tip de revendicare. Anticapitalismul presupune inconsistența primului catalizator. Cererea de structurare multipolară implică și lipsa celui de al doilea.

Esențial pentru analiza pe care încerc să o fac în acest moment este că cererea de autonomie față de putere se transferă de la nivel național la nivel internațional. Ținta nu mai este statul, ci puterea internaționalizată. Cum internaționalizarea creează trei tipuri de centralizare a puterii la nivel internațional – politico-militară, instituționalizată și economică – revendicările de autonomie și de limitare prin control se diferențiază în raport de aceste trei forme.

Prima formă de internaționalizare a puterii presupune utilizarea puterii militare și exportul modelelor de instituționalizare a puterii statale. Contra-puterile structurate fie la nivel internațional fie la nivel național revendică autonomia contra acestor forme de internaționalizare.

Pe prima axă de internaționalizare, se conturează construirea unei societăți civile internaționale care se opune utilizării forței militare și care ideologizează filosofii multipolare (multiculturalism, comunitarism, pluralism internațional), care se opun constituirii lumii pe axa centru – periferie.

Contra instituționalizării puterii la nivel internațional se construiește o societate *civilă* care, aparent paradoxal, cuprinde chiar statele. Cred că cel mai pregnant această tendință de internaționalizare specifică a societății civile se observă la nivelul Uniunii Europene. Euroscepticismul este un curent politic important, care deși blamat poate fi un catalizator important în consolidarea unei Europe unite, pentru că el încearcă să structureze o societate civilă europeană care include rețelele, asociațiile și statele. Instituționalizarea puterii implică la nivel internațional transformarea statelor naționale în garanții de autonomie.

În fine, a treia axă de internaționalizare a puterii este economică. Actorii economici multinaționali scapă în mare măsură controlului statelor constituind sfere autonome de putere. Aceste multinaționale exercită puterea. Ele nu mai sunt simpli actori ai schimbului internațional. Revendicarea de autonomie se construiește la nivel internațional contra lor. Dacă la nivel național intervenția statului contra puterii capitaliștilor pare o asigurare aproape suficientă, la nivel internațional imposibilitatea controlului real al statelor asupra puterii multinaționalelor face ca puterea politică a economicului să fie percepută mult mai acut. Cererea de autonomie față de acești actori ai economiei capitaliste mondializate se manifestă prin construirea unui sistem de contraponderi civile internaționale care nu mai sunt situate în sfera economiei, ci contra ei și prin cererea de punerea a acestor actori sub controlul statelor. Statele naționale devin astfel, încă pe un plan, actori ai societății civile internaționale.

Multinaționalele unesc puterea cu economia, pornind de la transformarea beneficiilor economice într-o putere politică transnațională. Societatea civilă internațională se ridică, într-un fel asemănător cererii de autonomie din fostele state comuniste, contra fuziunii dintre economic și politic.

VI. Societatea civilă ca separare a sferelor de justiție

Ideea centrală în care se declină toate cererile de autonomie, situate pe planurile multiple analizate mai sus, este cea a separare a sferelor de justiție. Oamenii refuză dominația. Cum ea se petrece pe mai multe planuri și îmbracă forme diverse, revendicarea de autonomie urmează aceste sfere și aceste forme. Aparent, oamenii cer egalitatea cu cei care îi domină. De fapt, o astfel de egalitate nu este posibilă. Diferența este inerentă realității sociale. Ceea ce nu acceptă oamenii este ca avantajele dintr-o sferă de diferențiere să fie folosite pentru a institui o relație de putere într-o altă sferă de diferențiere. Ei vor să se diferențieze, dar nu vor să fie

dominați pe baza acestor diferențieri în altă sferă decât cea în care au acceptat diferențierea. Diferența între guvernanți și guvernați, situată în sfera politicului, nu trebuie să fie prelungită în sfera economicului, ori invers. Diferențele din sfera apartenenței identitare nu trebuie să fie transferate în sfera politicului, ori invers; depersonalizarea politică nu trebuie să devină identitară construind un naționalism cetățenesc, care exclude identitățile în numele egalității. Și tot astfel pe toate planurile diferenței și puterii. Ceea ce este esențial deci este ca ceea ce este just într-o sferă să nu fie făcut în mod necesar just în celelalte sfere.

Separarea sferelor de justiție¹⁶ este substratul tuturor cererilor de autonomie a societății civile. Nu există, de aceea, o singură societate civilă, ci tot atâtea societăți de acest fel câte sfere de justiție pot fi concepute. Împărțirea beneficiilor și împărțirea puterii, rezultată din aceste beneficii, nu trebuie să poată transcende sfera în care se constituie în mod just. Revendicarea de autonomie tipică procesului de constituire a unei societăți civile este făcută doar în speranța că nimeni nu *posedă* ori *controlează* mijloacele de dominație prin transformarea beneficiilor diferenței în putere de constrângere.

¹⁶ M. Walzer, *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, Editions du Seuil, Paris, 1997, p. 13.

PROTECȚIA CONFERITĂ DE LEGEA NR. 8/1996 CORESPONDENȚEI ȘI SURSELOR DE INFORMARE

*Prof. univ. dr. Edmond Gabriel OLTEANU
Universitatea din Craiova
Facultatea de Drept*

The protection afforded by the Romanian Copyright Law
to the correspondence and to the information sources

Abstract

The protection of correspondence and the secrecy of information sources are regulations tangential to the main regulatory object of Law no. 8/1996. The article attempts an impact analysis of these provisions, all the more so since, the general law, the Civil Code, enacted after the special law, refers to the Law no. 8/1996.

The place and role of the two provisions under consideration is at least questionable, the situations in which they were applied are almost non-existent.

Keywords: copyright; letter writing; source of information.

1. Introducere

Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, cu o ultimă modificare prin Legea nr. 74/2018, și-a propus, de la început, să reglementeze protecția operelor literare, științifice și artistice, rezultat al creației intelectuale. Soluția esențială în protecția acestora a fost una acceptată de toate țările membre ale Convenției de la Berna: stabilirea condițiilor de naștere (esențiale fiind originalitatea și creativitatea) și instituirea unei prezumții relative de autor pentru cel care aduce opera la cunoștință publică¹.

În procesul de elaborare a legii, derulat la începutul anilor 1990, apelându-se și la consultanță externă, s-a avut în vedere și reglementarea unor situații juridice care

¹ Pentru evoluția istorică a reglementărilor a se vedea Ciprian Raul Romițan, *Nașterea și evoluția dreptului de autor*, Ed. Universul Juridic, București, 2018.

nu au o legătură directă cu dreptul de autor, precum drepturi personale nepatrimoniale (dreptul la imagine), utilizarea corespondenței sau a surselor de informare².

Nu existau discuții despre un Nou Cod civil și s-a profitat de o lege cu impact mare în zona relațiilor private pentru a introduce în legislație concepte noi, precum impreviziunea sau drepturi personale nepatrimoniale, altele decât cele ale autorului.

Constatăm azi că protecția corespondenței și a secretului surselor de informații sunt reglementări tangențiale obiectului principal de reglementare al Legii nr. 8/1996 (numită în continuare „legea”) și, la 22 de ani de la promulgare, putem încerca o analiza de impact a acestor prevederi, cu atât mai mult cu cât, legea generală, Codul civil, a intrat în vigoare ulterior legii speciale și face trimitere la aceasta din urmă.

2. Utilizarea corespondenței și dreptul de autor

În art. 89 al Legii nr. 8/1996 se prevede că „Utilizarea unei corespondențe adresate unei persoane necesită consimțământul destinatarului, iar după moartea acestuia, timp de 20 de ani, al succesorilor săi, dacă destinatarul nu a dorit altfel. În toate cazurile, sunt deopotrivă aplicabile dispozițiile art. 71 alin. (1) și (2), art. 72, 74 și 79 din Codul civil”.

De la început trebuie spus că situația analizată nu vizează încălcarea secretului corespondenței, protejat de Constituție și Codul penal³, deoarece ipoteza este de utilizare a corespondenței de către expeditor sau destinatar.

Cui se aplică acest articol? Oricărei corespondențe sau doar uneia care are în conținut o operă protejabilă prin drept de autor? Stabilirea domeniului de aplicare este esențial, pentru că scos din context, textul pare să fie aplicabil oricărui tip de corespondență și ar însemna, pentru expeditori, o limitare drastică a posibilității de reutilizare a propriei munci.

În primul rând, termenul folosit în art. 89 al legii pentru a determina acțiunea („utilizarea”) este unul specific legii, întâlnit de multe ori în partea generală, în cea specială și chiar definit indirect în capitolul dedicat bazelor de date⁴.

² I. Macovei, *Tratat de drept al proprietății intelectuale*, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 499; Viorel Roș, *Dreptul proprietății intelectuale*, Ed. C.H. Beck, București, 2016, p. 500.

³ Art. 28 din Constituție: „Secretul scrisorilor, al telegramelor, al altor trimiteri poștale, al convorbirilor telefonice și al celorlalte mijloace legale de comunicare este inviolabil”.

Art. 302 alin. 1 C. pen.: „Deschiderea, sustragerea, distrugerea sau reținerea, fără drept, a unei corespondențe adresate altuia, precum și divulgarea fără drept a conținutului unei asemenea corespondențe, chiar atunci când aceasta a fost trimisă deschisă ori a fost deschisă din greșeală, se pedepsesc cu închisoare de la 3 luni la un an sau cu amendă”.

⁴ Legea nr. 8/1996, art. 122². „(2) În sensul prezentei legi, se înțelege prin: b) reutilizare: orice formă de punere la dispoziția publicului a totalității sau a unei părți substanțiale a conținutului bazei de date, evaluată calitativ sau cantitativ, prin distribuirea de copii, prin închiriere sau sub alte forme, inclusiv prin punerea la dispoziția publicului a conținutului bazei, astfel încât oricine să poată avea acces la aceasta în locul și la momentul alese în mod individual”.

Din perspectiva art. 12 și 13 ale legii, prin utilizare⁵ se are în vedere, în sens larg, orice modalitate de folosire a operei care are ca scop obținerea de avantaje patrimoniale. În sens restrâns⁶, utilizarea unei opere dă dreptul autorului de a autoriza sau interzice: a) reproducerea operei; b) distribuirea operei; c) importul în vederea comercializării pe piața internă a copiilor realizate, cu consimțământul autorului, după operă; d) închirierea operei; e) împrumutul operei; f) comunicarea publică, direct sau indirect a operei, prin orice mijloace, inclusiv prin punerea operei la dispoziția publicului, astfel încât să poată fi accesată în orice loc și în orice moment ales, în mod individual, de către public; g) radiodifuzarea operei; h) retransmiterea prin cablu a operei; i) realizarea de opere derivate.

Astfel, rezultă că prin utilizarea unei corespondențe se poate avea în vedere oricare dintre formele de mai sus, menționate de art. 13 al legii, modalități pe care le poate autoriza sau interzice autorul. De altfel, reglementarea din art. 89 este în conformitate cu prevederile art. 10 al legii privind divulgarea: autorul corespondenței (care conține o operă) este singurul care poate decide utilizarea operei, în acest caz și cu acordul destinatarului. Este o limitare a dreptului de divulgare, întemeiată pe caracterul personal al corespondenței.

În al doilea rând, locul reglementării privind corespondența în cadrul Legii privind dreptul de autor și drepturile conexe este „Partea a II-a. Dispoziții speciale”, unde sunt reglementate operele audiovizuale și programele pentru calculator, deci în partea dedicată dispozițiilor speciale privind dreptul de autor.

În al treilea rând, modificarea adusă Legii nr. 8/1996 prin Legea pentru punerea în aplicare a Codului civil, respectiv trimiterile finale la art. 71, 72, 74 și 79 nu fac decât să confirme că domeniul de aplicare al art. 89 este acela al corespondenței care conține o „operă” în sensul legii.

Răspunzând acum la întrebările inițiale, art. 89 al legii se aplică doar corespondenței pentru care autorul ar invoca un drept de autor, fiind nevoie, pentru utilizare, și de acordul destinatarului. Nu se aplică corespondenței comerciale, administrative sau profesionale.

Dacă avem în vedere însă că destinatarul devine proprietarul fizic al corespondenței (printr-o formă de dar manual⁷), se poate naște un conflict juridic între dreptul de autor și dreptul de proprietate, atunci când destinatarul decide utilizarea corespondenței ce conține o operă protejabilă. În acest caz, făcând distincție între operă și suportul material⁸, literatura juridică a considerat că destinatarul nu poate, în lipsa acordului expres al expeditorului, să utilizeze corespondența decât în scop

⁵ Viorel Roș, *Dreptul proprietății intelectuale*, Ed. C.H. Beck, București, 2016, p. 329.

⁶ Art. 13 al Legii nr. 8/1996.

⁷ Art. 1011 C. civ.

⁸ Codul proprietății intelectuale din Franța face distincția în art. III-3: „La propriété incorporelle définit par l'article L. III-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel”.

privat⁹. Aceasta este și poziția practicii, instanțele franceze consacrand, în astfel de cazuri, regula găsirii unui just echilibru¹⁰ între prerogativele dreptului de autor și cele ale dreptului de proprietate. Soluția este și aici una de mijloc, singurul care poate divulga în timpul vieții opera fiind autorul.

În situația în care corespondența nu conține o operă protejată prin drept de autor, destinatarul, proprietar al corespondenței poate decide singur utilizarea acesteia.

Cel mai ilustrativ exemplu pentru toate situațiile de mai sus, îl reprezintă publicarea la Editura Polirom, în anul 2000, a volumului „Dulcea mea doamnă/ Eminul meu iubit” – Corespondență inedită Mihai Eminescu-Veronica Micle. Corespondența respectivă a fost păstrată de fiicele Veronicăi Micle până când o nepoată a acesteia, Ana-Maria Zarifopol, a decis publicarea lor¹¹. Editoarea Cristina Zarifopol a apreciat că „scrisorile conțin informații de prim ordin despre creația lui Eminescu, despre gândirea lui politică și socială” și le așezat în volumul menționat. Astfel, am ajuns să ne aflăm în ipoteza unor opere protejabile prin drept de autor conținute în corespondență, proprietatea moștenitorilor Veronicăi Micle și publicate fără acordul autorului sau moștenitorilor, conform dispozițiilor generale ale legii.

Operele în sine nu ar putea fi divulgate decât de autor sau moștenitorii acestuia, cu acordul destinatarului (conform art. 89 al Legii nr. 8/1996). În cazul nostru sunt incidente însă dispozițiile referitoare la operele inedite postume, a căror publicare după încetarea protecției drepturilor patrimoniale¹² atrage nașterea unor drepturi echivalente dreptului de autor¹³.

3. Secretul sursei de informații și dreptul de autor

O altă prevedere din lege vizează protecția secretului sursei de informații: „editorul sau producătorul, la cererea autorului, este obligat să păstreze secretul surselor de informații folosite în opere și să nu publice documentele referitoare la acestea”¹⁴.

Autorii articolelor de presă, operelor audiovizuale, lucrărilor memorialistice ș.a. au asigurată o protecție de natură civilă a secretului surselor de informații.

Obligația instituită în sarcina editorului sau producătorului nu vizează, în mod direct, protecția dreptului de autor, ci eventual încurajarea publicării operelor documentare cu un conținut inedit.

⁹ Pierre-Yves Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 10^e édition a jour, PUF, Paris, 2017, p. 82.

¹⁰ Jean-Baptiste Schroeder, *Précarité du droit d'auteur des architectes*, Village de la Justice, februarie 2017, <https://www.village-justice.com/articles/precarite-droit-auteur-des-architectes,24274.html>.

¹¹ Viorel Roș, *Dreptul proprietății intelectuale*, Ed. Global Lex, București, 2001, p. 68.

¹² Art. 25 alin. 2 din Legea nr. 8/1996.

¹³ Pentru dezvoltări cu privire la operele postume, a se vedea Viorel Roș, Dragoș Bogdan, Octavia-Spinea Matei, *Dreptul de autor și drepturile conexe*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 208.

¹⁴ Art. 91 al Legii nr. 8/1996.

Având în vedere că textul citat are impact, în principal, în jurnalismul de investigație, reglementarea pare desuetă, existând mecanisme complexe de protecție a surselor jurnalistice.

De exemplu, având în vedere garantarea libertății de exprimare de către art. 10 al Convenției Europene a Drepturilor Omului, și în aplicarea acestuia, „Jurisprudența Curții acordă protecție extrem de extinsă, în special în ceea ce privește confidențialitatea surselor jurnalistice”¹⁵. Consecventă cu acest principiu, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat în *Goodwin contra Regatului Unit al Marii Britanii* că: „Protecția surselor jurnalistice este una din pietrele de temelie ale libertății presei (...). Absența unei astfel de protecții ar putea descuraja sursele jurnalistice să ajute presa în informarea publicului pe teme de interes general”¹⁶.

4. Concluzii

Având în vedere scopul reglementării, dreptul de autor și drepturile conexe, locul și rolul celor două prevederi analizate este cel puțin discutabil. În primul rând, reglementarea utilizării corespondenței și-ar găsi locul în Codul civil. În situația în care corespondența conține o operă protejabilă prin drept de autor există prevederi în lege și se vor aplica doar operei și nu „corespondenței”.

În al doilea rând, secretul sursei de informare este protejat la nivel constituțional și al convențiilor în materie referitoare la libertatea de exprimare. Nu în ultimul rând nu sunt întâlnite situații în care textul referitor la secretul sursei de informare să fie utilizat în litigii.

¹⁵ https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Journalistic_sources_ROM.pdf, Fișă tematică - protecția surselor jurnalistice, Unitatea pentru presă a CEDO.

¹⁶ [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57974%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57974%22]}).

PARTICULARITĂȚI ALE CONTRACTULUI DE INTERMEDIERE ÎNCHEIAT ÎNTRE CONSUMATOR ȘI AGENȚIA IMOBILIARĂ

*Prof. univ. dr. Viorel GĂINĂ
Universitate din Craiova, Facultatea de Drept*

Particularities of the intermediary contract concluded between
a consumer and a real estate agency

Rezumat

Intermedierea sau mijlocirea tranzacțiilor este o activitate profesională importantă pentru mediul de afaceri. Ea are un regim juridic general prin reglementarea expresă în Codul civil (Legea nr. 287/2009) și un regim special pentru situațiile juridice din diferite domenii (ex: tranzacții cu imobile; tranzacții bursiere; activități de transport; activități de asigurare etc.).

Contractul de intermediere reglementat de art. 2096-2102 C. civ. este acel contract prin care intermediarul se obligă față de client să îl pună în legătură cu un terț, în vederea încheierii unui contract.

Atunci când intermedierea privește încheierea unei tranzacții imobiliare în care parte este și un consumator contractul de intermediere are valențe specifice și este supus atât regulilor generale prevăzute de Codul civil cât și dispozițiilor din O.G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor. Elementele specifice ale contractului de intermediere pentru această situație juridică privesc: obligația agenției imobiliare de informare corectă, completă și precisă, în scris, a consumatorului încă din faza precontractuală; plata comisionului doar până la un nivel maxim stabilit de părți; precizarea în contract a elementelor obligatorii prevăzute de lege; etc.

Prin această reglementare specifică s-a urmărit atât protecția consumatorilor, atunci când intră în relații cu profesioniștii, dar și realizarea unui echilibru contractual între agenție și consumatori, în cazul tranzacțiilor imobiliare.

Cuvinte-cheie: intermediere imobiliară; agenție imobiliară; consumator; comision; clauze specifice.

Abstract

The act of intermediary or the mediation of the transactions is an important professional activity for the business environment. It has a general legal regime through the express regulation by the Civil Code (Law no. 287/2009) and a special regime for the legal situation from different fields (e.g.: real estate transactions; stock exchange transactions; transport activities; insurance activities; and so on).

The intermediary contract regulated by the article 2096-2102 from the Civil Code is the contract through which the intermediary obliges himself to the customer to puts in touch with a third party with a view to concluding a contract.

When mediation involves the completion of a real estate transaction in which a consumer is a party, the intermediary contract has specific valences and is subject to both the general rules provided by the Civil Code and the provisions of Emergency Ordinance no. 21/1992 on consumer protection. The specific elements of the intermediary contract for this legal situation concern: the obligation of the real estate agency to inform in writing, accurately, completely and precise the consumer from the pre-contractual phase; the payment of the commission only up to a maximum level set by the parties; specifying in the contract the mandatory elements stipulated by the law; and so on.

Through this specific regulation it was tracked both the protection of consumers when dealing with professionals, but also to achieve a contractual balance between the agency and consumers in the case of real estate transactions.

Keywords: real estate intermediary; real estate agency; consumer; commission; specific clauses.

1. Intermedierea ca activitate profesională

1. Intermedierea prevăzută de Codul civil

Codul civil român adoptat prin Legea nr. 287/2009 a introdus două concepte noi și anume: profesionistul; întreprinderea.

Profioniștii sunt considerați „toți cei care exploatează o întreprindere”, iar prin exploatarea unei întreprinderi se înțelege „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”. [art. 3(2)(3) C. civ.].

Cele două concepte, profesionistul și întreprinderea constituie pilonii¹ noului drept comercial și criteriile de delimitare a obiectului acestuia, cu toate că nici una și nici cealaltă paradigmă nu este definită și conturată expres de lege.

Profesionistul este raportat la întreprindere, iar întreprinderea la exploatarea acesteia. Prin Legea nr. 71/2011, pentru punerea în aplicare a Codului civil au fost aduse, totuși, îmbunătățiri legislative, clarificatoare ale celor două noțiuni. Profesionistul este identificat ca o noțiune care „include categoriile de comerciant, întreprinzător, operator economic, precum și orice alte persoane autorizate să desfășoare activități economice sau profesionale, astfel cum aceste noțiuni sunt prevăzute de lege la data intrării în vigoare a Codului civil” (art. 8 din Legea nr. 71/2011).

Activitățile economice sau profesionale care sunt prevăzute atât în Codul civil cât și în legile speciale, și care fac obiectul² unei întreprinderi sunt producerea de bunuri, administrarea de bunuri ori înstrăinarea de bunuri, prestarea de servicii și executarea de lucrări. În cadrul acestei varietăți și diversități de operațiuni care pot face obiectul unei întreprinderi există și intermedierea care este reglementată în Codul civil ca prestare de servicii și ca act juridic în forma contractului de intermediere (art. 2096-2102 C. civ.).

Conceptul de intermediere poate fi privit în sens larg³ și are ca arie de cuprindere toate categoriile de operațiuni care sunt materializate juridic în: mandat, comision, consignatie, mijlocire, agenție sau în sens restrâns numai la „contractul de intermediere reglementat în art. 2096 C. civ.”. Cu privire la denumirea dată de Codul civil, adică de „contract de intermediere” sunt exprimate opinii în sensul că nuanța terminologică potrivită pentru acest contract ar fi cea „contract de curtaj⁴” sau de „contract de mijlocire⁵”.

Contractul de intermediere este acel contract „prin care intermediarul se obligă față de client să îl pună în legătură cu un terț în vederea încheierii unui contract (art. 2096 C. civ.).

Folosirea termenului de „curtaj” ar fi justificată de faptul că există și în alte sisteme de drept continental pentru asemenea operațiuni, iar cel de „mijlocire” pentru că ar pune în valoare specificitatea acestui contract și nu ar exista riscul de

¹ Gh. Piperea, *Introducere în dreptul contractelor profesionale*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 5; Gh. Piperea, *Drept comercial. Întreprinderea*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 14; Stuparu, L.E. și Gerdjikov, O.S., *Drept comercial transfrontalier*, Ed. Sitech, Craiova, 2018, p. 8.

² S.D. Cărpenaru, *Tratat de drept comercial român*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 32; L. Tulească, *Drept comercial. Întreprinderile economice*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 48; Stuparu, L.E. și Gerdjikov, O.S., *op. cit.*, 2018, p. 48.

³ F. Moșiu, *Contracte speciale*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 280.

⁴ F. Moșiu, *op. cit.*, 2015, p. 280.

⁵ L. Săuleanu, *Contractul de intermediere în Codul civil (Legea nr. 287/2009)*, în *Dreptul nr. 6/2012*, p. 40.

confuzie cu alte demersuri specifice altor domenii (ex.: curtaj este un termen specific domeniului bursier). Mijlocirea⁶ ar trebui să rămână genul, iar varietățile de mijlocire, specia (ex.: mijlocire bursieră; mijlocire imobiliară; mijlocire în asigurări; mijlocire în transporturi; etc.).

Contractul de curtaj⁷ este acel contract prin care o persoană numită curtier se obligă contra unei indemnizații, în bani, numită curtaj, să procure pentru clientul care i-a dat însărcinarea un contractant.

Intermedierea este o activitate profesională de tipul prestărilor de servicii în forma juridică a contractului de intermediere.

Intermediarul are statutul de profesionist și are dreptul la remunerație și la restituirea cheltuielilor dacă tranzacția pe care a intermediat-o se încheie ca urmare a serviciilor prestate de el (art. 2097-2098 C. civ.). El este cel care s-a obligat să găsească pentru clientul său un contractant pentru încheierea unui contract. Cealaltă parte este clientul care este beneficiarul serviciilor prestate de intermediar.

Ambele părți ale contractului de intermediere au și obligații. Intermediarul are obligația de informare a clientului privind avantajele și oportunitățile încheierii contractului intermediat (art. 2100 C. civ.). Clientul are obligația de a comunica intermediarului dacă s-a încheiat contractul intermediat și de a plăti remunerația dacă acesta s-a încheiat ca urmare a intermediării sale (art. 2101 C. civ.).

2. Intermedierea imobiliară ca varietate de intermediere

În O.G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor sunt reglementate expres serviciile imobiliare, care pot fi prestate pentru consumatori.

Serviciile imobiliare pot consta în una sau mai multe activități privind promovarea ori consultanța în vederea vânzării, cumpărării sau închirierii de imobile, intermedierea imobilelor și administrarea imobilelor (art. 2 pct. 29 din O.G. nr. 21/1992).

Intermedierea imobiliară are ca obiect activitatea de mijlocire a tranzacțiilor de vânzare-cumpărare sau de închiriere a imobilelor (art. 2 pct. 28 din O.G. nr. 21/1992).

Furnizarea serviciilor imobiliare poate fi făcută de agenția imobiliară, care este un operator economic (art. 2 pct. 30 din O.G. nr. 21/1992). În concepția O.G. nr. 21/1992 operatorul economic este „persoana fizică sau juridică, autorizată care în cadrul activității sale profesionale fabrică, importă, transportă sau comercializează produse ori părți din acestea sau prestează servicii” (art. 2 pct. 3 din O.G. nr. 21/1992). Suntem și aici în prezența unei părți a contractului care are statutul de profesionist. Avem

⁶ L. Săuleanu, *op. cit.*, 2012, p. 40.

⁷ L.B. Săuleanu, A. Calotă, *Contractul de curtaj*, în RDC nr. 7-8/1999, p. 210 și urm.; I. Dogaru, E. G. Olteanu, L.B. Săuleanu, *Bazele dreptului civil. Contracte speciale*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 756 și urm.

însă ca specific al uneia dintre părțile raportului juridic de intermediere, calitatea de consumator a beneficiarului serviciilor de intermediere imobiliară.

Consumatorul „este orice persoană fizică sau grup de persoane fizice constituite în asociații care acționează în scopuri din afara activității sale comerciale, industriale sau de producție, artizanale ori liberale” (art. 2 pct. 2 din O.G. nr. 21/1992).

II. Contractul de intermediere imobiliară dintre consumator și agenția imobiliară

1. Noțiunea contractului de intermediere imobiliară

Contractul de intermediere imobiliară este o varietate de mijlocire a tranzacțiilor, care are ca obiect vânzarea sau închirierea de imobile.

El este supus regulilor generale în materie de intermediere dar, când una dintre părți este un consumator, cade și sub incidența regulilor specifice prevăzute de O.G. nr. 21/1992.

Intermediarul este agenția imobiliară care este operator economic și furnizor de servicii imobiliare și care acționează cu titlu profesional.

Contractul de intermediere imobiliară este acel contract prin care o agenție imobiliară se obligă, în calitatea de furnizor de servicii imobiliare, să găsească, pentru un client care poate fi și un consumator, un contractant în schimbul unei sume de bani denumită comision.

2. Părțile contractului de intermediere imobiliară

Părțile contractului de intermediere imobiliară sunt agenția imobiliară și clientul, care poate fi și un consumator.

Agenția imobiliară poate fi organizată ca persoană fizică autorizată, întreprindere individuală ori întreprindere familială sau ca persoană juridică. Ea are, de regulă, statut de profesionist și acționează independent față de client (consumator) și față de terți, atunci când furnizează servicii imobiliare.

3. Obiectul contractului de intermediere imobiliară

Contractul de intermediere imobiliară are ca obiect⁸ operațiunea juridică de intermediere a unor tranzacții cu imobile, adică de vânzare-cumpărare sau de închiriere a imobilelor.

⁸ V. Nemeș, *Drept comercial*, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 326; S. Gidei, A. Ghihanis, *Considerații privind contractul de intermediere*, juridice.ro postat 23.05.2012, accesat la 30.01.2018.

Agenția imobiliară își asumă obligația de a pune în legătură clientul (consumatorul) cu un terț în vederea încheierii unui contract de vânzare-cumpărare ori de închiriere a unui imobil.

Terțul poate avea calitatea de vânzător/cumpărător sau de locator/chiriaș, asemenea calități putând aparține și clientului (consumatorul).

4. Caracterele juridice

Contractul de intermediere imobiliară are următoarele caractere juridice⁹: este un contract numit; este un contract sinalagmatic; este un contract cu titlu oneros; este un contract comutativ; este un contract consensual.

Contractul de intermediere imobiliară este numit deoarece este reglementat de dispozițiile O.G. nr. 21/1992 (art. 9⁵).

Caracterul sinalagmatic al contractului de intermediere imobiliară constă în existența obligațiilor reciproce ale părților. Agenția imobiliară are obligația de a pune clientul (consumatorul) în legătură cu un terț. Ea trebuie să-l informeze în scris, complet și precis, încă din faza precontractului asupra caracteristicilor imobilului, prețurilor de pe piață, nivelul consumului, situația juridică a imobilului, nivelul costurilor pentru încheierea contractului etc. (art. 9⁴ și 9⁶ din O.G. nr. 21/1992).

Contractul de intermediere imobiliară are caracter oneros deoarece fiecare dintre părți urmărește un interes. Agenția imobiliară urmărește obținerea unei remunerații pentru serviciile prestate (comisionul), iar clientul procurarea unui contractant pentru o tranzacție imobiliară, în care să vândă sau să cumpere ori să închirieze un imobil, cu procurarea unui folos patrimonial, în funcție de situație.

Un alt caracter juridic al contractului de intermediere imobiliară este cel comutativ, deoarece părțile cunosc întinderea drepturilor și obligațiilor chiar din momentul încheierii contractului.

Poate că nu în ultimul rând, având în vedere că legea nu prevede vreo formalitate suplimentară pentru formarea acordului de voință al părților, contractul de intermediere imobiliară este valabil și își produce efectele prin simplul acord de voință al părților de la momentul formării acestuia, adică este consensual.

5. Elementele obligatorii ale cuprinsului contractului de intermediere dintre agenția imobiliară și consumator

5.1. Identificarea elementelor obligatorii

Contractul de intermediere imobiliară dintre agenția imobiliară și consumator trebuie să cuprindă, conform art. 9⁵ din O.G. nr. 21/1992, cel puțin următoarele

⁹ F. Moțiu, *op. cit.*, 2015, p. 281; L. Săuleanu, *op. cit.*, 2014, p. 41.

elemente: datele de identificare a părților; obiectul contractului sau natura serviciului prestat; prețul solicitat de proprietar sau pe care este dispus să îl plătească cumpărătorul; termenul de valabilitate a contractului; condițiile în care contractul poate fi denunțat unilateral; condițiile în care contractul poate fi reziliat; nivelul maxim al comisionului datorat de consumator agenției imobiliare pentru contractul ce urmează să se încheie; clauza de exclusivitate în cazul în care aceasta a fost acceptată de părți; precizarea situațiilor în care consumatorul datorează comision agenției imobiliare; drepturile și obligațiile părților; situațiile de forță majoră; data încheierii contractului.

Părțile, prin acordul lor, pot introduce în cuprinsul contractului și alte clauze care să nu fie contrare ordinii publice și moralei.

De remarcat că în contractul de intermediere imobiliară, încheiat între agenția imobiliară și consumator, nu pot fi introduse clauze penale care să oblige consumatorul care nu își îndeplinește angajamentele contractuale, la plata unei sume mai mari decât onorariul pe care l-ar fi plătit dacă s-ar fi încheiat tranzacția (art. 9⁸ din O.G. nr. 21/1992).

5.2. Datele de identificare ale părților

Contractul de intermediere imobiliară dintre agenția imobiliară și consumator trebuie să cuprindă datele de identificare ale părților.

Agenția imobiliară, în raport de forma în care este organizată, trebuie identificată prin denumire, sediu, cod unic de înregistrare fiscală, număr de înregistrare în registrul comerțului.

Consumatorul, dacă este persoană fizică, trebuie identificat în contract prin nume și prenume, domiciliu, cod numeric personal, număr și seria cărții de identitate, iar dacă este persoană juridică, prin denumire, sediu, cod unic de înregistrare fiscală, număr de înregistrare, după caz, în registrele publice.

5.3. Obiectul contractului sau natura serviciului prestat

Obiectul contractului de intermediere imobiliară constă în operațiunea juridică pe care părțile au convenit-o, adică mijlocirea tranzacției de vânzare-cumpărare sau de închiriere a unui imobil.

Precizarea obiectului în contractul menționat este necesară pentru că în funcție de acesta se determină obligațiile părților și obiectul acestor obligații, adică prestațiile.

Dacă serviciul prestat are altă natură, dar care este în corespondență cu tranzacțiile imobiliare, atunci aceasta trebuie prevăzută în contract, adică alte servicii preparatorii mijlocirii tranzacției de vânzare-cumpărare sau închiriere a imobilelor (ex.: promovare pentru vânzare, cumpărare sau închiriere; consultanță pentru vânzare, cumpărare sau închiriere).

5.4. Prețul solicitat de proprietar sau prețul pe care este dispus să îl plătească cumpărătorul

Prețul solicitat de proprietar trebuie înscris în contract atunci când consumatorul are calitatea de vânzător. El a apelat la agenția imobiliară pentru a-i găsi un cumpărător și pentru optimizarea căutărilor trebuie să comunice agenției ce preț dorește să obțină pentru ca aceasta să-i poată găsi un cumpărător adecvat.

În privința prețului pe care este dispus cumpărătorul să îl plătească, suntem în situația în care consumatorul este cumpărător. Un asemenea preț trebuie înscris în contractul dintre agenție și consumator pentru a se putea căuta o soluție de tranzacție în limitele stabilite și pentru a se putea dovedi realizarea serviciilor în caz de refuz nejustificat al cumpărătorului de plata onorariului, în condițiile în care toate celelalte elemente ale înțelegerii părților au fost satisfăcute.

5.5. Termenul de valabilitate al contractului

Contractul de intermediere imobiliară dintre agenție și consumator trebuie să prevadă un termen pentru care se prestează serviciile, chiar dacă ele sunt fundamentate pe căutări succesive. Durata contractului nu poate fi nedeterminată deoarece legea prevede existența unui termen în care se poate derula contractul, dar și prin natura sa contractul este unul cu termen, adică de prestații succesive până în final la încheierea tranzacției. Contractul poate fi încheiat și peste termenul de prestare a serviciilor, dar dacă încheierea sa s-a făcut în baza acestor prestații, consumatorul datorează plata comisionului, chiar dacă încetase contractul de intermediere.

5.6. Condițiile în care contractul poate fi denunțat unilateral

Părțile contractului de intermediere imobiliară încheiat între agenția imobiliară și consumator pot să prevadă posibilitatea denunțării acestuia în mod unilateral, dar trebuie să se precizeze condițiile în care se poate face denunțarea (art. 1276 C. civ. și art. 9⁵ din O.G. nr. 21/1992). Dreptul de denunțare unilaterală a contractului poate fi recunoscut ambelor părți sau numai uneia dintre acestea.

Dacă dreptul de denunțare a fost recunoscut numai uneia dintre părți atunci acesta poate fi exercitat doar atâta timp cât nu a început executarea, pentru că altfel această clauză ar deveni una abuzivă prin care se încalcă echilibrul contractual.

În cazul în care în schimbul denunțării s-a prevăzut o prestație atunci aceasta poate produce efecte numai dacă prestația a fost executată (art. 1276 C. civ.).

În cadrul condițiilor pentru denunțare unilaterală părțile pot prevedea termene rezonabile de preaviz.

5.7. Condițiile în care contractul poate fi reziliat

Rezilierea este o formă¹⁰ a rezoluțiunii și este o sancțiune de încetarea contractului cu executare succesivă pentru neexecutarea obligațiilor asumate de părți. Dacă rezoluțiunea are ca efect desființarea contractului cu efecte retroactive, în cazul rezilierii, efectele se produc numai pentru viitor.

Părțile trebuie să prevadă în contractul de intermediere imobiliară care sunt condițiile în care operează rezilierea, adică pentru ce neexecutare și dacă se produce unilateral sau pe cale judiciară ori la cerere.

Dacă nu sunt prevăzute, totuși, în concret, condițiile rezilierii atunci sunt aplicabile cele de la rezoluțiune [art. 1549(3) C. civ.].

Cuprinderea în contractul de intermediere imobiliară a condițiilor în care acesta poate fi reziliat este prevăzută de lege și este necesară pentru ca părțile să aibă la îndemână un instrument juridic prin care să poată înceta un contract în care una din ele nu își exercită o obligație asumată și pentru a fi dezdăunată dacă partea a suferit un prejudiciu ori de a-l limita pentru viitor ca urmare a desființării contractului.

5.8. Nivelul maxim al comisionului datorat de consumator agenției imobiliare pentru contractul ce urmează să se încheie

Comisionul¹¹ reprezintă remunerația, adică prețul prestației, pe care agenția imobiliară o va primi dacă, urmare a prestațiilor sale, se va încheia contractul de vânzare sau închiriere dintre consumator și terțul găsit de agenție.

Nivelul comisionului poate fi stabilit printr-o sumă fixă sau printr-o cotă procentuală¹² raportată la valoarea tranzacției care a fost intermediată de agenție.

Fixarea și cunoașterea unui nivel maxim al comisionului de către părți sunt necesare pentru că prin aceasta se stabilește echivalentul prestațiilor convenite și se determină și costul maxim al acestora în economia tranzacției încheiate ca urmare a intermediării.

5.9. Clauza de exclusivitate acceptată de părți

Clauza de exclusivitate este o clauză prin care una dintre părțile unui contract de prestări de servicii ori de intermediere conferă celeilalte monopolul pentru o anumită afacere. Părțile contractului de intermediere imobiliară pot accepta ca

¹⁰ L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 300; P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, Ed. Hamangiu, București, 2012 p. 518; C. Jugastru, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 77.

¹¹ S.D. Cărpenaru, *op. cit.*, 2012, p. 558; F. Moțiu, *op. cit.*, 2015, p. 283; L. Săuleanu, *op. cit.*, 2012, p. 46.

¹² Belu Magda Maria Lisa, *Contracte comerciale tradiționale și moderne*, Ed. Tribuna Economică, București, 1996, p. 116.

agenția imobiliară să aibă exclusivitate pentru mijlocirea tranzacției imobiliare. Dacă părțile convin în acest sens atunci clauza trebuie cuprinsă în contract.

Rațiunea pentru care în mijlocirea afacerilor imobiliare se practică introducerea unei asemenea clauze în contract constă în potențarea eforturilor agenției imobiliare, pentru realizarea unei tranzacții rapide și profitabile pentru consumator, pentru care trebuie să investească bani, timp și logistică.

Exclusivitatea trebuie să fie negociată de părți și identificată prin detalii și termeni clar exprimați.

5.10. Precizarea situațiilor în care consumatorul datorează comision agenției imobiliare

Părțile contractului de intermediere imobiliară trebuie să precizeze în contract situațiile în care consumatorul datorează comision agenției imobiliare.

Asemenea situații pot fi: când tranzacția intermediată s-a încheiat în condițiile stabilite în contract și la termenele convenite pe perioada de valabilitate a contractului de intermediere; când tranzacția s-a încheiat după expirarea contractului de intermediere sau ca urmare a demersurilor făcute de agenția imobiliară.

Consumatorul nu poate fi obligat și agenția nu-i poate solicita plata comisionului dacă există oricare dintre următoarele situații: nu există contract de intermediere între consumator și agenția imobiliară; contractul de vânzare-cumpărare pentru care s-a făcut intermedierea nu s-a încheiat; nu este stipulată clauză de exclusivitate, iar tranzacția s-a făcut fără participarea agenției imobiliare (art. 9^o din O.G. nr. 21/1992).

Comisionul poate fi plătit în avans, parțial sau total numai cu acordul scris al consumatorului și cu precizarea situațiilor în care agenția imobiliară este obligată să înapoieze consumatorului sumele primite în avans (art. 9^o din O.G. nr. 21/1992). O asemenea clauză este necesar a fi introdusă în contract pentru a se delimita obligațiile părților și limitele executării și plății contravalorii prestațiilor în condiții corespunzătoare realizării acestora.

5.11. Drepturile și obligațiile părților

Drepturile și obligațiile părților trebuie prevăzute în contractul de intermediere pentru ca acestea să cunoască efectele încheierii acestuia și pentru a putea să le exercite ori îndeplinească pentru realizarea obiectului contractului.

Limitele stabilirii drepturilor și obligațiilor sunt cele prevăzute de lege încât să nu se încalce ordinea publică și morala.

5.12. Situațiile de forță majoră

„Forța majoră este un element extern, imprevizibil, absolut invincibil și inevitabil” [art. 1351(3) C. civ.].

Părțile contractului de intermediere trebuie să cuprindă în contract care evenimente¹³, externe, neprevăzute și care sunt absolute și invincibile și de neevitat, care pot fi considerate ca forță majoră, cu consecința exonerării de răspundere (ex.: inundația; cutremure; războaie; revoluții etc.).

Identificarea situațiilor de forță majoră este cu atât mai necesară cu cât intermedierea privește o tranzacție cu imobile care pot fi afectate de anumite evenimente, care ar putea constitui cazuri de forță majoră.

5.13. Data încheierii contractului

Precizarea datei încheierii contractului de intermediere este importantă, deoarece de la această dată se pot produce efectele acestuia, dacă părțile nu stabilesc o altă dată de intrare în vigoare. Data este un element de referință și trebuie consemnată în contract.

6. Efectele contractului de intermediere dintre agenția imobiliară și consumator

6.1. Obligațiile agenției imobiliare

a. Obligatorietatea de a găsi pentru consumator un contractant. Agenția imobiliară are obligația de a găsi pentru consumator un contractant pentru încheierea unei tranzacții imobiliare (vânzare-cumpărare de imobile; închiriere). Această obligație este esența¹⁴ contractului de intermediere în general și este aferentă și contractului încheiat pentru intermedierea imobilului.

Obligația de găsimire a unui client este o obligație de rezultat, deoarece comisionul stabilit cu consumatorul se va plăti numai dacă tranzacția intermediată s-a încheiat ca urmare a demersurilor agenției imobiliare (art. 2097 C. civ.).

Este suficient ca agenția să fi găsimit contractantului și să-l fi pus în legătură cu consumatorul și aceștia să încheie contractul urmare a măsurilor și căutărilor agenției.

Agenția imobiliară nu va trata ca operațiune juridică pentru care a făcut demersurile ci va pune doar în legătură părțile respective, cu excepția situațiilor în care ar fi primit o împuternicire expresă (art. 2102 C. civ.).

Dacă agenția a primit împuternicirea de reprezentare atunci operează regulile în materie de reprezentare din dreptul comun.

b. Obligația de informare a consumatorului și terțului. Obligația agenției imobiliare de informare a consumatorului subzistă încă din faza precontractuală și în continuare pe tot parcursul derulării contractului de intermediere imobiliară.

¹³ P. Vasilescu, *op. cit.*, 2012, p. 587 și urm.; L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, 2012, p. 44 și urm.; C. Jugastru, *op. cit.*, 2017, p. 246 și urm.

¹⁴ F. Moțiu, *op. cit.*, 2015, p. 282; V. Nemeș, *op. cit.*, 2015, p. 321.

Potrivit art. 9⁴ din O.G. nr. 21/1992 în faza precontractuală consumatorul trebuie să fie informat în scris, corect, complet și precis dacă poziția pe care urmează să o aibă în viitoarea tranzacție este de vânzător, locator sau locatar cu privire la următoarele elemente: prețurile care se practică pe piață pentru categoria de imobil care urmează să facă obiectul tranzacției imobiliare, în limita informațiilor pe care agenția imobiliară le deține; deficiențele și alte inconveniente pe care agenția imobiliară le cunoaște sau ar trebui în mod rezonabil să le cunoască privind surse de zgomot, umezeală, poluare, miros, pericol de inundații sau surpări, organizarea unor manifestări populare periodice, istoricul terenului și al clădirii și posibilele dezavantaje ale vecinătăților; nivelul comisionului practicate de agenția imobiliară; situația juridică a imobilului; nivelul estimativ al costurilor ce urmează să fie suportate de consumator pentru obținerea documentelor și întocmirea actelor pentru încheierea contractelor.

Mai mult decât atât, atunci când consumatorul este potențial cumpărător, conform art. 9⁶ din O.G. 21/1992, în contractul de intermediere imobiliară trebuie să fie incluse și următoarele elemente: caracteristicile generale ale imobilului care pot să aibă influență asupra deciziei de cumpărare (ex: nivel de finisare; dimensiunile; vechime și poziționarea față de punctele cardinale); tarifele pentru serviciile prestate.

Când consumatorul este potențial vânzător sau locator se pune problema dacă trebuie să fie el informat cu privire la deficiențele imobilului și situația juridică a acestuia în condițiile în care el este proprietarul imobilului.

Apreciem că o asemenea obligație a fost introdusă în lege din rațiuni care țin de calitatea sa de consumator și nu de profesionist, calitate în care nu are de unde să știe aceste lucruri.

De asemenea prin informarea sa asupra unor asemenea elemente se creează premisele pentru facilitarea găsirii unei soluții convenabile de către agenție într-un timp optim.

Pentru situația în care consumatorul este un potențial cumpărător sau chiriaș, informarea privind finisarea, dimensiunile și vechimea imobilului și poziționarea sa în spațiu și tarifele pentru serviciile prestate este mai mult decât necesară, adică este benefică, deoarece sunt în legătură cu nivelul de confort și cu costurile aferente și pot constitui elemente de referință în parcursul fundamentării deciziei de cumpărare. Prin această bună comunicare între agenție și consumator se asigură optimizarea serviciilor de găsire a unui vânzător sau locator pentru încheierea tranzacției în condiții corespunzătoare realității.

Agenția imobiliară trebuie să comunice în virtutea calității sale de intermediar, terțului toate informațiile cu privire la avantajele și oportunitatea încheierii afacerii, cu condiția de a nu prejudicia în mod culpabil interesele clientului său, consumatorul (art. 2100 C. civ.).

Printr-o bună informare a terțului, acesta poate fi mai ușor convins să încheie afacerea¹⁵.

Dacă prin furnizarea de informații denaturate, incomplete ori inexacte de către agenția imobiliară încheierea afacerii este compromisă, atunci aceasta poate răspunde¹⁶ contractual pentru daune.

c. Obligația de a asigura vizionarea imobilului înainte de încheierea contractului de vânzare-cumpărare

Agenția imobiliară este obligată atunci când consumatorul este cumpărător să-i asigure acestuia vizionarea imobilelor care corespund preferințelor sale. Această vizionare trebuie făcută înainte de încheierea contractului de vânzare cu terțul (art. 9¹¹ din O.G. nr. 21/1992).

Instituirea unei asemenea obligații legale pentru agenția imobiliară este atât un element de protecție pentru consumator, cât și de informare a acestuia pentru a putea lua o decizie pe baza cunoașterii realității, pentru a nu fi surprins în momentul încheierii contractului de anumite inconveniente.

6.2. Obligațiile consumatorului

a. Obligația de plată a remunerației (comisionului). Consumatorul are obligația de plată a remunerației (comisionului) stabilit prin contract cu agenția imobiliară. Plata comisionului este scadentă la data încheierii contractului pentru care s-a făcut intermedierea. Dacă părțile au convenit prin contract comisionul, poate fi plătit și anticipat, în avans, în cuantum parțial sau total (art. 9¹⁰ din O.G. nr. 21/1992). Prin aceasta părțile pot deroga de la regula generală prevăzută de art. 2097 C. civ. și de la interdicția prevăzută de art. 9¹⁰ din O.G. nr. 21/1992.

Stabilirea nivelului maxim al comisionului datorat de consumator agenției imobiliare precum și precizarea situațiilor în care acesta este datorat sunt clauze obligatorii care să fie incluse în cuprinsul contractului de intermediere. O problemă care s-ar putea ridica este cu privire la situația în care nu sunt incluse în contract asemenea clauze și se prestează serviciile de intermediere și s-a încheiat tranzacția imobiliară între consumator și terț. Contractul este lovit de nulitate pentru că nu conține două dintre elementele obligatorii? Consumatorul nu datorează plata contravalorii prestațiilor?

Apreciem că suntem în prezența unui contract valabil pentru că lipsa prețului nu conduce la nulitatea contractului. Agenția imobiliară are dreptul la o remunerație în conformitate cu practicile anterioare dintre părți ori cu uzanțele existente între

¹⁵ V. Nemeș, *op. cit.*, 2015, p. 239.

¹⁶ F. Moțiu, *op. cit.*, 2015, p. 282.

profioniști pentru astfel de contracte [art. 2097 (2) C. civ.]. Prin această trimitere de determinare a prețului după uzanțe și regulile dintre profesioniști se are în vedere un preț rezonabil (art. 1233 C. civ.).

În materia stabilirii prețului în contractele dinte profesioniști există posibilitatea determinării prețului rezonabil atunci când părțile nu au stabilit un preț și nici modalitatea de a-l determina.

Se presupune că părțile au avut în vedere prețul practicat în mod obișnuit în domeniul respectiv pentru aceleași prestații realizate în condiții comparabile sau un preț rezonabil. Prețul rezonabil este un preț care este determinat în funcție de prețurile care sunt practicate pe piață pentru prestații similare. Determinarea prețului rezonabil se poate face de către un terț sau de instanță¹⁷.

Dacă există o pluralitate de intermediari care au lucrat împreună în cadrul aceleiași contract sau în contracte separate, fiecare dintre ei primește cota stabilită sau o cotă egală dacă remunerația a fost prevăzută global (art. 2099 C. civ.). Această regulă generală considerăm că se aplică și în cazul când parte din contractul de intermediere este și un consumator.

Dreptul la acțiune al agenției imobiliare pentru plata comisionului se prescrie în termen de 2 ani de la data nașterii sale, adică de la îndeplinirea condițiilor de plată prevăzute în contract sau de la data încheierii tranzacției imobiliare sau de când trebuia cunoscută această dată [art. 2519 (2) C. civ.].

b. Obligația de restituire a cheltuielilor făcute de agenția imobiliară. Consumatorul are obligația să restituie cheltuielile făcute de agenția imobiliară în cadrul demersurilor de intermediere, dacă în contract a fost prevăzută o asemenea clauză (art. 2098 C. civ.). Această obligație decurge din convenția părților și este conferită și justificată de lege din motive privind asigurarea unui echilibru al prestațiilor dinte părți.

c. Obligația consumatorului de comunicare a încheierii contractului intermediat. Consumatorul este obligat ca beneficiar al intermedierei să informeze agenția imobiliară cu privire la rezultatul negocierilor și dacă s-a încheiat contractul care a fost intermediat [art. 2101 (1) C. civ.]. Termenul de informare este de 15 zile de la data încheierii contractului respectiv. Sancțiunea pentru necomunicarea încheierii contractului intermediat este dublarea remunerației, cu titlu de daune, dacă prin contract nu s-a prevăzut o altă sancțiune.

Dreptul la acțiune pentru plata remunerației și a despăgubirilor poate fi exercitat de la data la care agenția a cunoscut sau trebuia să cunoască încheierea contractului

¹⁷ V. Găină, *Contracte aferente exploatării întreprinderii comerciale*, Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 50.

intermediat. De la această dată începe să curgă prescripția. Pentru remunerație termenul de prescripție este de 2 ani, conform art. 2519 (2) C. civ., care dispune că „se prescrie în termen de 2 ani dreptul la acțiune privitor la plata remunerației cuvenite intermediarilor pentru serviciile prestate în baza contractului de intermediere”.

Daunele constând în dublul remunerației considerăm că sunt supuse termenului general de prescripție de 3 ani prevăzut de art. 2517 C. civ. Prin neexecutarea obligației de comunicare în termen a încheierii contractului intermediar s-a cauzat agenției imobiliare un prejudiciu al cărui quantum este evaluat legal.

7. Încetarea contractului

Contractul de intermediere imobiliară dintre agenția imobiliară și consumator încetează de regulă la termenul stabilit de părți pentru valabilitatea acestuia. El poate să înceteze însă și în alte situații și anume: prin acordul părților; prin încetarea existenței uneia dintre părți; prin denunțare unilaterală; prin reziliere; prin realizarea obiectului.

Regulile de încetare sunt cele din dreptul comun cu aplicabilitate la specificul acestui tip de contract.

ARDELENISME INTRODUSE ÎN LEGISLAȚIA ROMÂNĂ ȘI DOCTRINA DE DREPT CIVIL DUPĂ UNIREA TRANSILVANIEI CU ROMÂNIA (I)

*Prof. univ. dr. Teodor SÂMBRIAN
Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept*

Specific idioms from Transylvania introduced in the Romanian civil law legislation
and doctrine after the unification of Transylvania with Romania

Abstract

In the first years after the political union of the Romanian state – on the 1st of December 1918 – there were several civil legislations coexisting, belonging to very different systems: the Franco-Latin one (that influenced the Romanian Civil Code from 1864), which applied in the West of the country, the German-Roman system (that influenced the Austrian Civil Code, the Hungarian civil legislation and the Russian Civil Code), that applied in Bukovina, Transylvania and Bessarabia, and the Muslim Law system, applicable to the Turkish-Tartar population from Dobruja.

Unlike the other provinces annexed by Romania, in which case the unification of the civil legislation was made relatively quickly throughout the extension of the application of the Romanian Civil Code from 1864, in Transylvania, the unification started late (1943-1945), first of all by the extension of the Romanian Civil Code from 1864, and later through the gradual adaptation of some civil laws, the process coming to its end almost completely by the year 1954 and totally in 2011 by the coming into force of the new Civil Code.

For these reasons, in the first years after the union, only the Hungarian and the Austrian civil legislations were applied in Transylvania, which was unknown to the jurists from the rest of Romania. This situation made it necessary to elaborate some works written in Romanian which informed the Romanian jurists about the content of the civil legislation which applied in Transylvania. Through the works of the Transylvanian jurists – mainly Georgiu Plopu, Ștefan Laday and Camil Negrea – published between 1919-1929, there were several specific idioms of the Romanian language spoken in Transylvania that were introduced in the Romanian Civil law doctrine. In this first part of our study, we present 77 words that have not been registered in the Dictionary of the Romanian Language.

Keywords: *Dictionary of the Romanian Language; the unification of the legislation; Legal Linguistics; the union of Transylvanian and Romania; Iuliu Maniu; Georgiu Plopu; Ștefan Laday.*

1. Unificarea legislativă în contextul desăvârșirii unității naționale a statului român

După desăvârșirea unității statului român prin actul de la 1 decembrie 1918, înfăptuirea unificării legislative a tuturor provinciilor alipite la Țara-Mamă a reprezentat o condiție esențială pentru însuși existența României ca stat național unitar căci la sfârșitul anului 1918 în România întregită coexistau diferite sisteme legislative.

Referindu-ne numai la legislația civilă, menționăm că în vechea Românie era în vigoare Codul civil din 1864, de sorginte franco-latină, având ca principale izvoare codul civil francez, un proiect al codului civil italian, o lege belgiană, precum și vechiul drept românesc sub forma unor norme receptate din dreptul romano-bizantin, în timp ce în Dobrogea – inclusiv Cadrilaterul – pentru populația musulmană funcționau tribunale religioase, respectiv cadiate, pe lângă judecătorii din Constanța, Tulcea, Silistra, Turtucaia, Acadânlar, Curtbunar, Bazargic și Balcic, competente să judece, după dreptul musulman, litigii privitoare la organizarea familiei, la puterea părintească, la căsătorie, divorț și la succesiunea *ab intestat*¹.

În Basarabia se aplicau Codul civil rus și, cu excepția județului Cetatea Albă, așa-numitele „legiuri locale basarabene”, respectiv Hexabiblosul lui Constantin Armenopol din 1345, Sobornicescul Hrisov a lui Alexandru Mavrocordat din 1785 și Manualul juridic al lui Andronache Donici din 1814. Trebuie remarcat însă, că așa cum observa Vespasian Erbiceanu, fost președinte al Curții de Apel din Chișinău, aceste legiuri alcătuiesc mai mult niște cărți de consultare și îndrumare pentru aplicarea normelor juridice în dreptul romano-bizantin².

În Bucovina, Codul civil austriac din 1811 novelizat (completat prin acte normative ulterioare) se aplica în totalitatea sa astfel cum era în vigoare în anul 1918.

În Transilvania, situația aplicării legislației civile era mult mai complex: în așa-numitele „ținuturi ungurene”, respectiv județele Maramureș, Satu-Mare, Bihor,

¹ Art. 77 din Legea pentru organizarea Dobrogei-Nouă, M. Of. nr. 1bis din 1 aprilie 1914, *apud* C. Hamangiu, *Codul General al României*, vol. VIII, Ed. Librăriei Leon Alcalay, București, 1919, p. 618 și art. 95 alin. 1 din Regulamentul legii pentru organizarea Dobrogei-Nouă, M. Of. nr. 136 din 20 septembrie 1921, *apud* C. Hamangiu, *Codul General al României*, volumul IX și X, Ed. Librăriei „Viața Românească”, București, 1923, p. 920.

² Vespasian Erbiceanu, *Reînființarea justiției românești în Basarabia*, în „Cuvântul dreptății”, anul VI, nr. 4 din 15 aprilie 1924, p. 64, *apud* Sorin Radu, *Vespasian Erbiceanu (1865-1943). Studiu Monografic*, Ed. Cetatea de Scaun, Târgoviște, 2014, p. 172.

dar și în cea mai mare parte a Banatului, se aplica legislația civilă maghiară alcătuită – în lipsa unui Cod civil – în principal, din edicte ale regilor maghiari, diverse legi adoptate în special în a doua jumătate a secolului al XIX-lea și începutul secolului al XX-lea, Normele juridice provizorie din 1861, dreptul cutumiar reprezentat îndeosebi de Tripartitul lui Werböczy din 1514 și, pentru intervalul 1853-1861, Codul civil austriac; în restul Transilvaniei, precum și în regiunile grănicerești din Banat, se aplicau Codul civil austriac cu modificările aduse până în anul 1853 și, în conformitate cu Diploma Leopoldină din 1691, Tripartitul lui Werböczy, Aprobatele (colecție de legi emise în principatul Transilvaniei între anii 1540-1653) și Compiletele (colecție de legi emise în Transilvania după anul 1654, până la anexarea principatului de către Imperiul austriac). Și tot în Transilvania, mai trebuie adăugat, ca legislație maghiară, statutul special de care se bucura, în principal în materia dreptului succesoral și a dreptului de proprietate, populația de origine iazigo-cumană.

În concluzie, în primii ani ce au urmat desăvârșirii unității statului român, pe teritoriul său era în vigoare un mozaic de legislații ce făceau parte din trei mari tipuri istorice de sisteme de drept: sistemul franco-latin (cărui îi aparținea legislația civilă din vechea Românie), sistemul romano-german (cărui îi aparțineau codul civil austriac, codul civil rus, precum și legislația maghiară – aplicabile în Bucovina, Transilvania și Basarabia) și sistemul de drept musulman aplicabil în Dobrogea populației turco-tătare. Era o stare de fapt ce corespundea mai degrabă unui stat federal, contravenind flagrant literei și spiritului Constituției din 1923 care consacra România ca stat național și unitar. Constituția stabilea în consecință prin art. 137 că „Se vor revizui toate condicile și legile existente în diferitele părți ale statului român spre a se pune în armonie cu Constituțiunea de față și asigura unitatea legislativă. Până atunci ele rămân în vigoare”.

Pentru înfăptuirea dezideratului unificării legislative, existau două modalități: cea mai rapidă presupunea extinderea legislației din vechea Românie în teritoriile alipite în anul 1918 și a doua, mai laborioasă, presupunea elaborarea unor noi coduri. Legiuitorul român a folosit ambele modalități, cu succes în cazul legislației penale (procesul de unificare fiind integral realizat odată cu intrarea în vigoare la 1 ianuarie 1937 a codului penal și a celui de procedură penală), dar mult mai anevoios și inegal când s-a pus problema unificării legislației civile. În ceea ce privește Basarabia, procesul românizării legislației civile s-a desfășurat rapid, în două etape: la 1 ianuarie 1920, deci cu mai bine de trei ani înainte de promulgarea noii Constituții, s-a pus în aplicare partea Codului civil român referitoare la domiciliu, absențe, adopție, puterea părintească, minoritate, tutelă, emancipare, interdicție, consiliul judiciar și desfacerea căsătoriei³, iar prin legea nr. 36 din 4 aprilie 1928 au fost puse în aplicare de la 1 iunie 1928 și celelalte dispoziții privitoare la bunuri, succesiuni și

³ Sorin Radu, *op. cit.*, p. 171.

obligății, desăvârșindu-se astfel opera de unificare legislativă pentru fosta provincie rusească. Dispozițiile dreptului musulman au fost eliminate, posibil și „ca urmare a procesului de laicizare și a reformelor inițiate de Mustafa Kemal în Turcia”⁴ prin desființarea cadiatelor în urma legii din 1 aprilie 1935 pentru modificarea și abrogarea unor articole din legea pentru organizarea judecătorească.

În Bucovina, prin Decretul-lege nr. 478 din 1 octombrie 1938, întreaga legislație civilă a fost românizată ca urmare a extinderii aplicării Codului civil român din 1864 și a altor legi (inclusiv a Decretului-lege nr. 318/27 aprilie 1938 pentru unificarea dispozițiilor privitoare la cărțile funciare) începând cu 15 octombrie 1938. De la aceeași dată, potrivit art. 2 din Decretul-lege nr. 478/1938, „toate codicele, legile, regulamentele și dispozițiunile neunificate... precum și toate dispozițiunile de orice natură care ar fi contrarii legilor și regulamentelor române... extinse în Bucovina... sunt și rămân abrogate.”

În Transilvania, după 25 de ani de la Marea Unire, legislația civilă era în cvasi-totalitate maghiară și austriacă. Istoricii dreptului românesc au încercat să explice această stare de lucruri prin existența unor cauze obiective, precum „prioritatea pe care o avea restructurarea statului față de unificarea diferitelor ramuri ale dreptului”⁵, iar în ceea ce privește cauzele subiective, „convingerea juriștilor din diferite provincii că sistemul lor de drept este cel mai bun”⁶, coroborată cu diverse „interese partinice”⁷. Dar „cauzele obiective”, aceleași pentru toate teritoriile cu care se întregise România, nu puteau constitui o piedică serioasă pentru un act, până la urmă simplu, cum era cel al extinderii aplicării codului civil român, cum de altfel s-a și întâmplat mai întâi în Basarabia și apoi în Bucovina. Pe de altă parte, timpul a dovedit că argumentul constând în așa-zisa convingere a juriștilor din diferite provincii – în fapt este vorba doar de Transilvania – că sistemul de drept maghiaro-austriac ar fi superior celui din Vechea Românie, este fals, singurul lucru incontestabil superior fiind sistemul de publicitate imobiliară al cărților funciare. În realitate, motivele care au împiedicat mult timp românizarea legislației civile din Transilvania sunt numai interesele partinice ale oamenilor politici ardeleni, în frunte cu Iuliu Maniu, care dispunând de un lobby foarte puternic, au reușit să blocheze pe cale parlamentară sau extraparlamentară orice inițiativă de extindere în Transilvania a legislației civile

⁴ Metin Omer, *Tătarii din Dobrogea (România) de la 1878 până la al Doilea Război Mondial*, în vol. Metin Omer, Adrian Cupcea, *Un destin la Marea Neagră. Tătarii din Dobrogea*, Institutul pentru Studiarea Problemelor Minorităților Naționale, Cluj-Napoca, 2017, p. 45.

⁵ V. Al. Georgescu și O. Sachelarie, *Unificare legislativă*, în I. Ceterchi (coord.), *Istoria dreptului românesc*, vol. II, partea a doua, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1987, p. 270.

⁶ *Ibidem*, în același sens, L. Marcu, *Istoria dreptului românesc*, Ed. Lumina Lex, București, 1997, p. 231.

⁷ V. Al. Georgescu, O. Sachelarie, *op. cit., loc. cit.*; L. Marcu, *op. cit., loc. cit.*; D. Firoiu, *Istoria statului și dreptului românesc*, Ed. Fundației, „Chemarea”, Iași, 1993, p. 286.

românești. Cum atât Constituția din 1923 – prin art. 137 – cât și Constituția din 1938 – prin art. 98 – prevedeau în mod imperativ unificarea legislației, în vederea îndeplinirii acestui deziderat, singura soluție ce părea agreată de adversarii extinderii aplicării Codului civil român în Transilvania era adoptarea unui nou cod civil ce urma să fie superior codului din 1864. La 8 noiembrie 1939 a fost promulgat noul cod civil⁸, operă a membrilor secției de drept privat a Consiliului Legislativ înființat în 1926. Intrarea în vigoare a codului, stabilită pentru 1 martie 1940, a fost amânată până la 15 septembrie 1940. Între timp, prin Decretul-lege din 30 august 1940⁹, codul era modificat în mod substanțial, iar un alt Decret-lege din 2 septembrie 1940¹⁰ stabilea punerea sa în aplicare la 1 ianuarie 1941. Textul codului, modificat și renumerotat, a fost publicat la 6 septembrie 1940¹¹. În sfârșit, Decretul-lege nr. 4226 din 30 decembrie 1940¹² a amânat *sine die* punerea în aplicare a codului¹³.

Un prim pas important în unificarea legislativă a fost întreprins de mareșalul Ion Antonescu prin Decretul-lege nr. 389 din 22 iunie 1943¹⁴ pentru extinderea legislației civile și comerciale a Vechiului Regat în România de peste Carpați, respectiv în Transilvania ciuntită prin dictatul de la Viena. Iată cum consemna „acest act care se înscrie în cartea istoriei”, profesorul George Alexianu: „De azi înainte, de la un capăt la altul al țării, pe tot cuprinsul pământului românesc, stăpânește aceeași lege și aceeași concepție de viață... Se cuvine să însemnăm aici, azi când tipărim din nou aceste legi care se vor aplica întregului popor român, ziua de 22 iunie 1943 când mareșalul... a dat țării întregi unificarea legislativă prin extinderea legilor de bază ale sufletului și dezvoltării noastre naționale în toate colțurile pământului românesc”¹⁵. Cuvintele sunt exagerate, explicabile prin poziția pe care guvernatorul Transnistriei o avea față de conducătorul statului. În realitate, unificarea nu era total deplină,

⁸ M. Of. nr. 259/1939.

⁹ M. Of. nr. 200/1940.

¹⁰ M. Of. nr. 202/1940.

¹¹ Codul civil Carol al II-lea, M. Of. nr. 206 din 6 septembrie 1940.

¹² M. Of. nr. 306 din 31 decembrie 1940.

¹³ Amânarea *sine die* a punerii în aplicare a codului civil din 1940 a produs confuzie în rândurile juriștilor, în special din mediul universitar, profesorii de drept civil fiind în dilemă în privința alcătuirii cursurilor, respectiv după codul din 1864 sau după codul din 1940. În 1942, profesorul Camil Negrea își exprima convingerea că noul cod va intra curând în vigoare (C. Negrea, *Noul regim al cărților funciare (Legea pentru unificarea cărților funciare din 27 aprilie 1938). Cursuri ținute în anul școlar 1941/1942 studenților anului IV*, Sibiu, 1942, p. 5), iar profesorul Mihai G. Rarincescu, în cursul publicat în anul 1946, trata materia atât după codul din 1864, cât și după codul din 1940 (M. G. Rarincescu, *Curs elementar de drept civil român*, vol. 1, București, 1946, *passim*).

¹⁴ M. Of. nr. 142 din 22 iunie 1943.

¹⁵ G. Alexianu, *Notă pentru cetitor, în Codul civil român din 4 decembrie 1864 cuprinzând toate modificările survenite până la 1 iulie 1943 cu trimiteri la textele de legi complimentare*, Ed. SOCEC, București, 1943.

deoarece rămâneau în continuare în vigoare diverse dispoziții din legislația maghiară, și anume, dispozițiile Legilor XX din 1877 și VI din 1885 referitoare la tutelă și curatelă, cele privitoare la dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor și la procedura de moștenire, legile, ordonanțele, regulamentele privind cărțile funciare, precum și dispozițiile legilor XXXV din 1874 și VII din 1886 privitoare la notarii publici¹⁶.

Al doilea pas important în desăvârșirea unificării legislative îl constituie emiterea Decretului-lege nr. 260/1645 privitor la legislația aplicabilă în Transilvania de Nord, precum și la drepturile dobândite în acest teritoriu, în timpul ocupațiunii ungare¹⁷ care stabilea în primul articol că „Legislația României, de orice natură, cu excepțiile rămase în vigoare în Transilvania¹⁸, se extinde pe tot teritoriul Transilvaniei eliberate de sub ocupația ungară impusă prin dictatul de la Viena din 30 august 1940”.

Au urmat o serie de acte normative care au înlăturat puținele particularități care mai erau prezente în legislația civilă din Transilvania, cu excepția celor privitoare la publicitatea imobiliară și la uzucapiune: Decretul-lege nr. 319/1944 pentru dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor¹⁹ a abrogat (art. 7) dispozițiile maghiare și austriece din Ardeal și Banat privitoare la dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor; Decretul-lege nr. 358/1944 pentru autentificarea și legalizarea înscrisurilor, pentru investirea cu dată certă și legalizarea copiilor de pe înscrisuri a abrogat începând cu 1 septembrie 1944, Legile maghiare XXXV/1874 și VII/1886 privitoare la notarii publici (art. 115); decretul nr. 109 din 28 iunie 1948 privitor la procedura de moștenire din Ardeal a extins în Transilvania procedura succesorală din Vechea Românie, abrogând dispozițiile corespunzătoare din Legea maghiară nr. XVI/1894 privind atribuțiile notarilor publici; ultimele reminiscențe ale legislației maghiare au fost eliminate prin abrogarea Legilor XX/1877 și VI/1885 privitoare la tutelă și curatelă începând cu 1 februarie 1954, odată cu intrarea în vigoare a Codului familiei²⁰.

În ceea ce privește publicitatea imobiliară, până în 1996, în Transilvania au existat două sisteme²¹: sistemul de publicitate al cărților funciare introdus prin Legea nr. 241/1947 pentru punerea în aplicare în Transilvania a Legii pentru unificarea dispozițiilor privitoare la cărțile funciare din 27 aprilie 1938²² și sistemul intermediar

¹⁶ Decretul-lege nr. 389/1943, art. 3.

¹⁷ Publicat în M. Of. din 4 aprilie 1945.

¹⁸ Este vorba de excepții prevăzute de art. 3 din Decretul-lege nr. 389/1943.

¹⁹ M. Of. nr. 133 din 10 iunie 1944.

²⁰ Art. 49, Decretul nr. 32/1954 pentru punerea în aplicare a Codului familiei, B. Of. nr. 32 din 31 ianuarie 1954.

²¹ I. Dogaru, T. Sâmbrian, *Dreptul civil român*, Tratat, vol. II, *Teoria generală a drepturilor reale*, Ed. Europa, Craiova, 1996, pp. 440-441.

²² M. Of. nr. 157 din 12 iulie 1947.

al cărților de evidență funciară aplicat în unele localități din Transilvania aflată sub ocupație maghiară în urma dictatului de la Viena, reglementat de Legea nr. 163/1946 pentru înlocuirea provizorie cu cărți de evidență funciară a cărților funciare distruse, sustrase sau pierdute²³. De menționat că, în restul României, în aceeași perioadă au funcționat încă două sisteme de publicitate imobiliară, respectiv sistemul de publicitate al registrelor de transcripțiuni și inscripțiuni imobiliare prevăzut de codul civil din 1864, aplicat cu câteva excepții, în vechea Românie, și un sistem intermediar al cărților funciare, reglementat de Legea nr. 242/1947 pentru transformarea cărților funciare provizorii în cărți de publicitate funciară²⁴, aplicat în fostele raioane Brănești, Oltenița, Vidra și în comuna Jilava din fosta regiune București. Unificarea completă în materia publicității imobiliare s-a realizat prin Legea nr. 7/1996 a cadastrului și publicității imobiliare²⁵ care a generalizat un singur sistem de publicitate imobiliară întemeiat pe sistemul de evidență al cadastrului general, având ca obiect înscrierea în cartea funciară a actelor și faptelor juridice referitoare la imobilele din aceeași localitate (art. 20).

Prin intrarea în vigoare la 1 octombrie 2011 a noului Cod civil²⁶ s-a încheiat la aproape 93 de ani de la Marea Unire, lungul și anevoiosul drum al unificării legislației civile a României.

În concluzie, în sistemul legislației civile românești, Transilvania a constituit timp de 25 de ani de la unire o imensă enclavă, instanțele judecătorești din această parte a țării soluționând cauzele după norme foarte diferite, uneori opuse celor care se aplicau în celelalte regiuni și necunoscute juriștilor – teoreticieni și practicieni – care nu erau din Ardeal. De aceea, imediat după unire, s-a simțit nevoia elaborării în limba română a unor lucrări de doctrină și de jurisprudență care să facă accesibil tuturor juriștilor din România sistemul de drept maghiaro-austriac. O contribuție inegalabilă în această privință au avut juriștii ardeleni Georgiu Plopu – fost judecător la Curia regească din Budapesta (1910-1918) și președinte de secție la Înalta Curte de Casație și Justiție din București (1920-1925), autor al unei opere monumentale (*Părți alese din dreptul privat ungar*, tomul II, Cluj, 1923, tomul I, Oradea, 1929), însumând 2358 de pagini, considerată „primul și singurul tratat de drept privat ungar atât în literatura juridică română, cât și în cea maghiară”²⁷, și Ștefan Laday – fost locțiitor al comisarului poporului pentru justiție în guvernul Bela Kuhn (1918), consilier permanent (1929-1931) și președinte (1931-1936) al secțiunii de drept privat a Consiliului Legislativ al României – autor, printre altele, al unei lucrări în trei

²³ M. Of. din 14 martie 1946.

²⁴ M. Of. nr. 157 din 12 iulie 1947.

²⁵ M. Of. nr. 61 din 26 martie 1996.

²⁶ Legea nr. 287/2009, publicată în M. Of. nr. 511 din 24 iulie 2009.

²⁷ Al. Herlea, *Georgiu Plopu. Viața opera, gândirea juridică*, în Studii de Drept Românesc, anul 7 (40), nr. 2, 1995, p. 206.

volume (*Codul civil austriac în vigoare în Ardeal completat cu legile și regulamentele modificatoare cuprinzând și jurisprudența, 1924-1927*), însumând 2039 de pagini, care „a avut o importanță teoretică și practică excepțională în primii 20 de ani de la unire, exercitând o puternică înrâurire asupra vieții juridice din Ardeal”²⁸. Celor doi li se alătură Camil Negrea, profesor de drept civil (1919-1948) la prima facultate românească de drept fondată la Cluj în 1919, autor al unei ample lucrări în patru volume „în care a realizat o prezentare comparativă a instituțiilor dreptului privat în legislația maghiară și românească”²⁹ (*Dreptul civil al ținuturilor ardeleni și ungurene în comparațiune cu dreptul civil român*, Cluj, 1921-1923 și *Dreptul civil valabil în Ardeal, Banat, Crișana și Maramureș cu note comparative asupra cod. civ. român*, Cluj, 1930). Prin opera lor, precum și a altor juriști ardeleni, au pătruns în doctrina românească de drept civil numeroase cuvinte, cele mai multe făcând parte din limbajul științific specific graiului ardelenesc.

2. Precizări prealabile

Sensul termenului „ardelenism” astfel cum îl definește Dicționarul Limbii Române, este acela de „Cuvânt, expresie, construcție caracteristică graiului ardelenesc”. În studiul nostru, sensul este însă mai larg, incluzând pe lângă termenii juridici sau comuni întâlniți numai în Ardeal și cuvinte care fac parte, cele mai multe, din limbajul actual specific științelor juridice, dar care sunt atestate pentru prima dată în lucrările de doctrină juridică aparținând unor autori ardeleni sau în legislația referitoare fie numai la Transilvania, fie la aspecte care în anumite cazuri se întâlnesc numai în Transilvania.

În această primă parte prezentăm 77 de cuvinte care nu au fost incluse în niciun dicționar al limbii române. Fiecare cuvânt conține opt secțiuni expuse în ordinea următoare: cuvântul-titlu (în cazul omonimelor, cuvântul poartă la umăr o cifră corespunzătoare ordinii raportate la omonimele înregistrate în *Micul Dicționar Academic*), categoria morfologică, prima atestare a cuvântului – titlu de care am putut dispune (abreviat At:), variante lexicale (abreviat V:), etimologia (abreviat E:), sensul redat printr-un sinonim sau printr-o definiție logică, sinonimia și unul sau mai multe citate în care se întâlnește cuvântul-titlu atât în lucrările unor autori ardeleni sau în legislația privitoare la Transilvania, cât și în lucrările altor autori care au receptat cuvintele considerate ardelenisme.

Într-un număr viitor vom prezenta alte 75 de cuvinte și concluziile acestui studiu.

²⁸ S. Brădeanu, *Ștefan Laday și contribuția sa în literatura juridică românească*, în *Revista Română de Drept* nr. 12/1968, p. 67.

²⁹ <http://legeaz.net/personalitati-juridice/camil-negrea>.

3. Ardelenisme neincluse în Dicționarul Limbii Române (Literale A-L)

Abnota, verb [At: 1923/E: latinescul **abnotare**] A înlătura din cartea funciară mențiunea privitoare la unele fapte juridice sau drepturi de creanță. 1. *Parcela nr. 1500 a se va abnota și se va transnota în coala funduară a cumpărătorului*⁸⁰. 2. *Trebuie numai să se indice drepturile, imobilele ce se vor adnota sau abnota, corpurile de avere asupra cărora urmează a se face inscripțiile*⁸¹. 3. *Unele dintre aceste operațiuni cu rol de identificare au loc mereu, ori de câte ori se abnotează, se adnotează sau se transnotează, se parcelează, se desmembrează sau se înglobează unele porțiuni de proprietate funduară*⁸².

Abnotare, subst. fem. [At: a. 1923/E: **abnota**] Înlăturare din cartea funciară a unei mențiuni referitoare la fapte juridice sau drepturi de creanță care privesc un imobil intabulat. 1. *Abnotarea este separarea unei parcele sau a unei părți de parcelă dintr-un corp de avere*⁸³. 2. *Abnotarea este posibilă în patru ipoteze*⁸⁴.

Abnotat, ~ă, adj. [At. a. 1923/E: **abnota**] Care a fost înlăturat din rândul mențiunilor prevăzute în cartea funciară. *Când unele parcele ce fac parte dintr-un corp de avere tabular se înstrăinează, ele vor fi abnotate din corpul avere de care se țineau până acum, iar dacă acel ce dobândește parcelele are deja un protocol funduar, parcelele abnotate vor fi înscrise în acest protocol ca corpuri de avere independente sau ca părți ale unui alt corp de avere preexistent*⁸⁵.

Abzice, verb [At. 1923/E: ab+zice, după latinescul **abdicere**] A renunța la un drept sau la o prerogativă. 1. *Dreptul la dotalițiul legal încetează a) dacă soția abzice de el*⁸⁶. 2. *În decursul pertractării apelatrice... apare că intimații... au abzis reclamantului administrarea bunurilor*⁸⁷. 3. *De asemenea, văduva poate să abzică de la acest drept*⁸⁸. 4. *Când domnul aproba unire de moșii între proprietari sau înfierii abzicea de prerogativa sa*⁸⁹.

⁸⁰ Șt. Laday, *Cărțile funduare*, Institutul de Arte Grafice „Cultura”, Cluj, 1923, p. 31.

⁸¹ G. Plastara, *Curs de drept civil român*, vol. II, Ed. Cartea Românească, București, 1925-1928, p. 498.

⁸² M. Georgescu, *Proprietatea agrară și dreptul tabular. Studiu de drept comparat cu referire specială la structura și funcțiunile dreptului agrar*, Imprimeria Cărților funduare, Cluj, 1937, p. 189.

⁸³ Șt. Laday, *op. cit.*, p. 28.

⁸⁴ G. Plastara, *op. cit.*, p. 483.

⁸⁵ Șt. Laday, *op. cit.*, p. 26.

⁸⁶ G. Plopu, *Părți alese din dreptul privat ungar, I. Dreptul familiar material. II. Dreptul ereditar*, București, 1923, Tipografia Fondul Cărților Funduare Cluj, p. 45.

⁸⁷ Șt. Laday, *Codul civil austriac în vigoare în Ardeal completat cu legile și regulamente modificatoare cuprinzând și jurisprudență*, vol. I, Ed. Ministerului Justiției – Directoratul General Cluj, Cluj, 1924, p. 502.

⁸⁸ G. Plastara, *op. cit.*, vol. III, p. 296.

⁸⁹ I. Minea și L.T. Boga, *Cum se moșteniau moșiile în Țara Românească până la sfârșitul secolului al XVI-lea? Contribuțiuni la istoria vechiului drept din Țara Românească*, vol. II, Institutul de Arte Grafice „Presa Bună”, Iași, 1935, p. 8.

Abzicere, *subst.fem.* [At: 1923/E: **abzice**] Renunțare la un drept sau la o prerogativă. 1. Pentru validitatea actului de drept se pretinde mai departe document de notar public regesc...pentru câștigare oneroasă de avere imobilă și abzicere gratuită de vreun drept⁴⁰. 2. O astfel de declarațiune...este identică cu abzicerea de ereditate⁴¹. 3. În al doilea rând, tratatul conține o clauză de abzicere din partea învinsului asupra tuturor pretențiunilor sale ridicate la începerea războiului⁴². 4. Abzicerea domnului de prerogativele de a ajunge stăpânul moșiilor în desherență se exprima printr-o formulă aproape stereotipă⁴³.

Achizit, *subst. neutru, adj.neutru* [At: 1923/E: latinescul **acquisitus**] (Bun) care a fost dobândit altfel decât prin moștenire. 1. Dotalițiul scripsal, ca datorie clară îngreunează lăsământul bărbatului⁴⁴. 2. Bunurile ce se țin de lăsământ pot fi bunuri moștenite sau bunuri dobândite în alt mod (achizite)⁴⁵. 3. Se deosebeau bunurile în nobile și roturiere, în bunuri paterne și bunuri materne, în bunuri imobile transmise prin succesiune sau donațiune numite proprii (propres) și în achizite (acquets) care erau imobile dobândite cu alt titlu⁴⁶. 4. Mobilele și achizitele, adică bunurile dobândite altfel decât prin succesiune, alcătuiau o moștenire de sine stătătoare, care era diferită după apropierea gradului de rudenie⁴⁷.

Acrește, *verb* [At: 1923/E: latinescul **accrescere**/scris și **accrește**] (Despre partea succesorală a unui moștenitor) A crește. Sinonim: a spori. 1. Partea sau cota eredelui căzut de la ereditare accrește la partea sau părțile celuilalt erede sau celorlalți erezi a căror prin aceasta cresc, se măresc proporționat⁴⁸. 2. În cugetul testatorului a fost de a institui un drept la totalitatea lucrului legat în favoarea și unuia și altuia din cei doi legatari drept care...în caz de caducitate a unui legat acrește în favoarea legatarului care ajunge la legat⁴⁹. 3. Partea legatarului gratificat în prim rând nu va acrește porțiunile celorlalți legatari, ci se va cuveni substituitului⁵⁰.

Advitalitate, *subst. fem.* [At: 1921/E: latinescul medieval **advitalitas**, **-atis**] Uzufuct. Uzufuct pentru cauză de moarte (dreptul de advitalitate)⁵¹.

⁴⁰ G. Plopu, *op. cit.*, p. 21.

⁴¹ Șt. Laday, *op. cit.*, secțiunea I, 1926, p. 57.

⁴² G. Plastara, *Manual de drept internațional public*, Ed. Librăriei Socec, București, 1927, p. 514.

⁴³ I. Minea și L. T. Boga, *op. cit.*, vol. I, 1933, p. 23.

⁴⁴ G. Plopu, *op. cit.*, p. 53.

⁴⁵ Șt. Laday, *op. cit.*, vol. II, secțiunea I, p. 33.

⁴⁶ G. Plastara, *Curs de drept civil*, vol. III, Ed. Cartea Românească, București, 1925-1928, pp. 9-10.

⁴⁷ M. Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul Republicii Socialiste România*, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1966, p. 51.

⁴⁸ G. Plopu, *op. cit.*, p. 586.

⁴⁹ G. Plastara, *op. cit.*, p. 590.

⁵⁰ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 281.

⁵¹ *Codul civil general Austriac cuprinzând textul oficial, legile, nouellele și ordonanțele publicate pentru completarea și modificarea acestuia sau privitoare la materiile cuprinse în el, aplicabile unele în Bucovina, altele în Transilvania*, traducere de Ioan Corjescu, Imprimeria Statului, București, 1921, p. 336.

Afila, verb [At: 1923/E: necunoscută] A coase între ele mai multe file care alcătuiesc un act juridic unitar. *Originalul se poate și ulterior afila și sigila, tot așa precum se afilează și sigilează ulterior și exhibitul autentic*⁵².

Afilare, subst.fem. [A: 1923/E: **afila**] Operațiune de coasere a mai multor file care alcătuiesc un act juridic unitar. *Afilarea și sigilarea coalelor trebuie să se facă în prezența testatorului și a tuturor martorilor testamentari*⁵³.

Afilată, adj.fem. [At: 1823/E: **afila**] (Despre o filă a unui act juridic) Care a fost cusută. *Formalitățile testamentale să fie adevărate de martori testamentali pe însuși documentul testamental, nu pe vreo coală de hârtie separat și adresată sau chiar aflată cu sigilla testament*⁵⁴.

Afilator, ~oare, adj. [At: 1923/E: **afila** + sufixul -tor] Care realizează afilarea. *Pe testament, capetele firului afilator pot fi confirmate cu mai multe sigili*⁵⁵.

Amăsurat, ~ă, adj. și adverb [At: 1923/E: prefixul a- +măsurat] Care corespunde unei situații. Sinonime: adecvat, corespunzător, potrivit. 1. *Dacă activitatea executorului testamental durează timp mai îndelungat, amăsurat complexului lăsamântal, executorul testamental are a da comput despre fiecare an economic separat*⁵⁶. 2. *Cine deci are dreptul uzului vreunui bun, acela poate trage din acel bun... folosul amăsurat pozițiunei, ocupațiunei și gospodăriei sale*⁵⁷.

Amovare, subst.fem. [At: 1923/E: **amova**, după latinescul **amovere**] Îndepărtare, înlăturare. 1. *Funcțiunea executorului testamental înceată... prin amovare de la funcțiune de către judecătoria lăsamântului*⁵⁸. 2. *Teoria amovării... adică a mișcării, ridicării, deplasării... inspirată dintr-o definiție a lui Ulpian*⁵⁹.

Artezic, ~ă, adj. [At: 1926/E: maghiarul **artezi**] Artezian. *Se stipulează dreptul intimatului – relativ la folosința unei cantități de apă din fântâna artezică*⁶⁰.

Asemnare, subst.fem. [At: 12 septembrie 1919/E: **asemna**] Emitere a unui mandat de plată. *Banca este datoare a-l înștiința în scrisoare recomandată despre asemnare*⁶¹.

Av, subst.masc. [At: 1923/E: latinescul **avus**] (În vechiul sistem succesoral maghiar aplicabil în Transilvania) Tată al unui strămoș sau al unei strămoașe.

⁵² G. Plopu, *op. cit.*, p. 727.

⁵³ *Ibidem*, p. 649.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 720.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 740.

⁵⁶ G. Plopu, *op. cit.*, p. 975.

⁵⁷ Șt. Laday, *op. cit.*, vol. I, p. 781.

⁵⁸ G. Plopu, *op. cit.*, p. 975.

⁵⁹ C.G. Rătescu, I. Ionescu-Dolj, I.Gr. Periețeanu et.al., *Codul penal Carol al II-lea adnotat*, vol. III, Ed. Librăriei Soccec, București, 1937, p. 411.

⁶⁰ Șt. Laday, *op. cit.*, vol. II, secțiunea II, p. 360.

⁶¹ Art. 43, Decret-lege nr. 3911 pentru reforma agrară în Transilvania, Banat și țările ungurene, M. Of. nr. 117 din 12 septembrie 1919, *apud* C. Hamangiu, *op. cit.*, p. 204.

1. *Ascendenții mai îndepărtați (av, proav, atav)*⁶². 2. *În linie ascendentă, părinții tatălui și mamei constituie pavanrela moșilor și bunicelor, apoi parantela strămoșilor, a avilor și parantela proavilor*⁶³.

Avă, *subst.fem.* [At: 1923/E: latinescul *ava*] (În vechiul sistem de drept succesoral maghiar aplicabil în Transilvania) Mamă a unui strămoș sau a unei strămoașe⁶⁴.

1. *Părinții strămoșilor și strămoașelor se numesc avi și ave*⁶⁵. 2. *Părinții moșilor și bunicelor sunt strămoșii și strămoașele, iar părinții acestor strămoși poartă numele de avi și ave*⁶⁶.

Avitic, *~ă, adj.* [At: 1923/E: latinescul *aviticus*] Care a fost moștenit de la străbuni. 1. *Imobilul moștenit (avitic) era considerat ca o avere a întregii familii*⁶⁷. 2. *Toate bunurile aviticeale iobagilor despre care nu s-a dispus prin testament, le vor eredita în părți egale fiii și fetele din matrimoniul legal*⁶⁸. 3. *În vechiul drept s-a făcut o diferență între averea achiziționată și averea avitică sau strămoșească, neexistând pentru aceștia din urmă decât regulile succesiunii ab intestat*⁶⁹. 4. *O distincție esențială și caracteristică dreptului feudal a fost în Transilvania pentru imobilele nobiliare, aceea între bunurile avitice (bona avitica) și bunurile dobândite (bona acquisita)*⁷⁰.

Aviticism, *subst. Neutru* [At: 1923/E: *avitic*+ sufixul *-ism*] Aviticitate. *Încetând atât sistemul de donațiune, cât și instituțiunea aviticismului..., s-a creat o viață juridică de tot nouă*⁷¹.

Aviticitate, *subst.fem.* [At: 1921/E: latinescul *avicitas*, *~atis*] Sistem ereditar care a funcționat în Ungaria și Transilvania în perioada 1351-1848 ce presupunea ca bunurile moștenite de la strămoși să fie transmise cu precădere rudelor de sânge ale defunctului. 1. *Acest principiu este considerat și de Constituțiunea maghiară (conf. art. 14 pat. impar. de aviticitate cu privire la dobândirea bunurilor imobiliare)*⁷². 2. *În urma acestui sistem care cu un singur cuvânt se numește aviticitate, economia*

⁶² G. Plopu, *op. cit.*, p. 207.

⁶³ G. Plastara, *op. cit.*, p. 279.

⁶⁴ *Dicționarul Limbii Române* înregistrează trei omonime: **avă**, cu etimologie turcescul *av* și definit ca „Plasă de pescuit așezată vertical în apă”, **avă**, variantă lexicală pentru **arvă**, cu etimologie necunoscută, definit ca dans popular și **avă**, cu etimologie neogrecescul *avas*, definit ca tată, părinte, abate, arhimandrit, egumen.

⁶⁵ G. Plopu, *op. cit.*, p. 209.

⁶⁶ G. Plastara, *op. cit.*, p. 279.

⁶⁷ Șt. Laday, *Cărțile funduare*, Institutul de Arte Grafice „Cultura”, Cluj, 1923, p. 31.

⁶⁸ G. Plopu, *op. cit.*, p. 32.

⁶⁹ G. Plastara, *op. cit.*, p. 277.

⁷⁰ V. Șotropa, în I. Ceterchi (coord.), *Istoria dreptului românesc*, vol. 1, Ed. Republicii Socialiste România, București, 1980, p. 537.

⁷¹ G. Plopu, *op. cit.*, p. 386.

⁷² *Dreptul civil al ținuturilor ardelene și ungurene în comparațiune cu dreptul civil român. Cursuri ținute de prof. univ. Camil Negrea la Facultatea de Drept din Cluj*, vol. 1, Biroul de ziare și librărie Friedman, Cluj, 1921, p. 154.

modernă nu s-a putut desvolta⁷³. 3. După principiile fundamentale ale sistemului de donațiune și ale instituțiunii aviticității, posesorul nu putea dispune liber nici între vii, nici pentru caz de moarte despre bunurile donatare și avitice⁷⁴. 4. Conform principiilor acelei instituțiuni de aviticitate, averea trebuie să treacă moștenitorilor în baza ereditării legale⁷⁵. 5. Antihreza... a fost abolită prin patenta imperială din 29 mai 1853 care a desființat întregul sistem feudal al aviticității⁷⁶.

Banatic, ~ă, adj. [At: 1929/E: latinescul **Banaticus**] Bănățean. 1. Confrontând această motivare și... textul identic... al „urbariului banatic” emis în anul 1780..., e fără dubii că culegerea de lemne uscate... fără solvire sau altă contraprestațiune... a fost acel favor care le-a completat iobagilor banatic⁷⁷. 2. În Banat a fost districtul regimentului româno-banatic... cu reședința la Caransebeș⁷⁸.

Brilia, verb [At: 1929/E: franțuzescul **briller** scris și: **brillia**] A face să strălucească. I s-a deschis ocasiunea ca în fața țării întregi se-și brillieze știința vastă și admirabila eloquentă⁷⁹.

Capitlu, subst.neutru [At: 1923/E: latinescul **capitulum**] Organism de coordonare și apărare a intereselor unei comunități religioase catolice. 1. Biblioteca episcopului, dimpreună cu manuscrisele rămase după dânsul... trec la capitlu pe seama bibliotecii capitulare⁸⁰. 2. În punctul 9 al testamentului său l-a obligat pe intimat, pe capitlul diecezan greco-catolic din Lugoj, ca fiecărui să-i solvească o sumă legatară de 100 de coroane⁸¹. 3. Ni s-a păstrat știrea că la 25 iulie 1467 înaintea capitlului de Oradea mai mulți nobili români din districtul Caransebeșului s-au obligat să se moșteniască iure fraterneli, în caz că vreunul dintre ei moare fără urmaș⁸². 4. Sunt membri ai adunării generale... orice membru activ al capitlului diecezan⁸³. 5. Capitlul era dator să facă cercetarea cuvenită și să pună în posesie pe donatar⁸⁴. 6. În total capitlurile săsești parohiale aveau jurisdicție asupra a 202 sate regești și a orașelor respective⁸⁵.

⁷³ Șt. Laday, *Cărțile funduare*, Institutul de Arte Grafice „Cultură”, Cluj, 1923, p. 33.

⁷⁴ G. Plopu, *op. cit.*, p. 160.

⁷⁵ G. Plastara, *op. cit.*, p. 277.

⁷⁶ O. Sachelarie, V. Sotropa, în O. Sachelarie, N. Stoicescu (coord.), *Instituții feudale din țările române. Dicționar*, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1988, p. 16;

⁷⁷ G. Plopu, *Părți alese din dreptul privat ungar. Tomul I. I. Partea generală. II. Dreptul real*, Tipografia „Ateneul”, Oradea-Mare, 1929, p. 1017.

⁷⁸ V. Șotropa, N. Stoicescu, în O. Sachelarie, N. Stoicescu, *op. cit.*, p. 161.

⁷⁹ G. Plopu, *op. cit.*, p. 161.

⁸⁰ G. Plopu, *Părți alese din dreptul privat ungar. I. Dreptul familiar material. II. Dreptul ereditar*, Tipografia Fondul Cărților Funduare Cluj, București, 1923, p. 520.

⁸¹ Șt. Laday, *Codul civil austriac...*, vol. II, secțiunea I, Ed. Curții de Apel Cluj, Cluj, 1926, p. 156.

⁸² I. Minea și L. T. Boga, *op. cit.*, vol. I, p. 21.

⁸³ Art. 6, Statutele diecezei catolice de rit latin de Alba-Iulia, M. Of. nr. 180 din 3 august 1932, *apud* C. Hamangiu, *op. cit.*, vol. XX, Ed. Libr. „Universala”, Alcalay&Co, București, 1933, p. 640.

⁸⁴ Al. Herlea, în I. Ceterchi (coord.), *op. cit.*, p. 239.

⁸⁵ D.A. Lăzărescu, în O. Sachelarie și N. Stoicescu, *op. cit.*, p. 68.

Casatoriu, ~ie, *adj.* [At: 1923/E: franțuzescul **cassatoire**] Care anulează, care desființează (un act, o hotărâre judecătorească etc.) *Ce atinge în locul al doilea clauzulele mandatorii și casatorii...acestea niciodată nu împiedică pe eredele autorizat sau constrâns la porțiune legitimă să-și valideze pe cale legală această pretențiune ereditară*⁸⁶.

Categoriza, *verb* [At: 1923/E: franțuzescul **catégoriser**] A ordona după categorii. Sinonim: categorisi. *Doctrina încearcă în diferite feluri de a categoriza, adică de a forma semne în care să între toate faptele producătoare de obligațiuni*⁸⁷.

Cautelar, ~ă, *adj.* [At: 1923/E: **cautelă**] Referitor la *cautelă*. *Este avantajos pentru erede omiterea din testament a sancțiunii cautelare*⁸⁸.

Circumscripțional, ~ă, *adj.* [At: 1937/E: **circumscripție**] Care aparține unei circumscripții. *În regimul cel mai perfecționat al cărților funduare, regimul austriac din 1871, întreg teritoriul unei țări este împărțit în porțiuni cadastrale pe planuri speciale întreținute de fiecare oficiu circumscripțional de carte funduară*⁸⁹.

Composesoral, ~ă, *adj.* [At: 30 iulie 1921/E: **composesor+ -al**] Care aparține unui composesorat. 1. *Se exceptează pădurile comunale-urbariale și composesorale*⁹⁰. 2. *La pădurile composesorale și moșnenești garanția de regenerare... urmează a se depune la administrația composesoratului...*⁹¹.

Concipiat, ~ă, *adj.* [At: 1929/E: **concipia**] Conceput. *Curia regească stabilește deciziunea concipiată în modul următor*⁹².

Confinial, ~ă, *adj.* [At: 9 iulie 1921/E: latinescul **confinialis**] Contiguu, limitrof. *Când la una și aceeași moșie este necesară fixarea a două linii confiniale..., atunci taxarea se stabilește la 2000 le*⁹³.

Convalida, *verb* [At: 1923/E: italianescul **convalidare**] A ratifica. *Contractul încheiat împotriva acestei opreliști nu poate fi convalidat nici prin aprobare*⁹⁴.

⁸⁶ G. Plopu, *op. cit.*, p. 418.

⁸⁷ C. Negrea, *Dreptul civil al ținuturilor ardelenene și ungurene...*, vol. III, Ed. Librăriei G. Onișor, Cluj, 1923, p. 5.

⁸⁸ G. Plopu, *op. cit.*, p. 422.

⁸⁹ M. Georgescu, *op. cit.*, p. 78.

⁹⁰ Art. 6, Lege pentru reforma agrară din Transilvania, Banat, Crișana și Maramureș, M. Of. nr. 93 din 30 iulie 1921, *apud* C. Hamangiu, *op. cit.*, vol. IX-X, p. 734.

⁹¹ Art. 55 din ult., Decizia nr. 160934/1935 a Ministerului Agriculturii și Domeniilor, M. Of. nr. 226 din 2 octombrie 1935, *apud* C. Hamangiu, *op. cit.*, vol. XXIII, București, 1936, p. 841.

⁹² G. Plopu, *op. cit.*, vol. II, p. 949.

⁹³ Art. 41 lit. b), Deciziunea pentru executarea lucrărilor de măsurătoare și parcelare a inspectoratului geodezic și cadastral din Cluj, M. Of. nr. 76 din 9 iulie 1921, *apud* C. Hamangiu, *op. cit.*, vol. IX-X, p. 645.

⁹⁴ C. Negrea, *op. cit.*, vol. III, partea I, p. 59.

Convalidare, *subst.fem.* [At: 1923/E: **convalida**] Ratificare. Sinonim: confirmare. 1. *Convalidarea contractului nu este exclusă*⁹⁵. 2. *Biserica a socotit că deci poate proceda la validarea sau convalidarea tainelor săvârșite în afara ei*⁹⁶.

Coramiza, *verb* [At: 1923/scriș și *-isa*/E: necunoscută] A subscrie un act în calitate de martor. *Această declarațiune a coramizat-o încă un martor*⁹⁷.

Coramizare, *subst. fem.* [At: 1923/E: **coramiza**] Subscriere a unui act în calitate de martor. *Era suficient dacă aceste contracte se făceau în scris, pe lângă coramizarea a doi martori, fără vreo altă formalitate*⁹⁸.

Coramizator, *~oare, adj.* [At: 1929/ E: **coramiza**+ sufixul *-tor*] Care subscrie un act în calitate de martor. *Femeile nu pot fi martori coramizatori la documentele cari au servit de bază la introducerea vreunui drept în cărțile funduare*⁹⁹.

Creancier, *subst.masc.* [At: 1937/E: franțuzescul **créancier**] Persoană care deține un drept de creanță. Sinonim: creditor. *Sub pedeapsă de nulitate a ipotecei, creancierul ipotecar trebuia să înscrie dreptul său într-un registru special*¹⁰⁰.

Curand, *subst.masc.* [At: 12 septembrie 1919/E: latinescul **curandus**] Persoană aflată sub curatelă. 1. *Se vor expropria în întregime...toate proprietățile rurale...ale alienațiilor și curanzilor întrucât nu au descendenți*¹⁰¹. 2. *Prin capacitate juridică se înțelege major, minor interzis, curand*¹⁰². 3. *Sedria orfanală decide... luând în considerațiune interesul pupilului sau curandului*¹⁰³. 4. *Curatorul numit de sedria orfanală... nu poate reprezenta pe curand căci capacitatea acestuia nu este restrânsă*¹⁰⁴.

Curatorat, *subst.neutru* [At: 1921/E: **curator**] Curatelă. *Dacă dintre cei chemați în puterea legii sau cari sunt propuși pentru tutorat sau curatorat, unul s-ar oferi să primească funcțiunea de tutor sau curator fără onorariu..., acela va avea preferință*¹⁰⁵.

Cutumal, *~ă, adj.* [At: 1923/E: **cutumă**] Cutumiar. *Îl prezintă regelui cu rugarea ca, citindu-l, să-l aprobe, să-l întărească ca lege și drept cutumal de valoare perpetuă*¹⁰⁶.

⁹⁵ C. Negrea, *op. cit.*, p. 138.

⁹⁶ I.N. Floca, *Drept canonic ortodox, legislație și administrație bisericească*, vol. II, Ed. Institutului Biblic și de Misiune al Bisericii Ortodoxe Române, București, 1990, p. 119.

⁹⁷ G. Plopu, *op. cit.*, vol. I, p. 783.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 893.

⁹⁹ *Ibidem*, vol. II, p. 23.

¹⁰⁰ M. Georgescu, *op. cit.*, p. 70.

¹⁰¹ Art. 2 pct. 2 lit. c), Decret-lege nr. 3911 pentru reforma agrară în Transilvania, Banat și țările ungurene, M. Of. nr. 117 din 12 septembrie 1919, *apud* C. Hamangiu, *op. cit.*, vol. IX-X, p. 194.

¹⁰² Art. 2 alin. 3, Regulamentul de aplicare al legii pentru reformă agrară din Transilvania, Banat, Crișana și Maramureș, M. Of. nr. 174 din 4 noiembrie 1921, *apud* C. Hamangiu, *op. cit.*, pp. 756-803.

¹⁰³ *Codul civil general austriac...*, p. 533.

¹⁰⁴ Șt. Laday, *op. cit.*, vol. II, secțiunea II, p. 47.

¹⁰⁵ *Codul civil general austriac...*, p. 490.

¹⁰⁶ G. Plopu, *op. cit.*, vol. I, p. 8.

Cuxă, *subst.fem.* [At: 1921/ scris și *kuxă* / V: (subst. neutru)/ *kux* / E: germanul **Kux**] Drept de participare la beneficiile rezultate din exploatarea în asociere a minelor din Transilvania. 1. *Dreptul la porțiune a unei mine se numește kux (sau obligație de mină). Cumpărarea unui kux aparține contractelor aleatorii*¹⁰⁷. 2. *Acțiunea vreunei mine se numește parte minieră (cuxă)*¹⁰⁸. 3. *Asociațiunile de exploatare minieră în care participarea la averea socială este constituită pe părți (cuxe) sunt obligate...să se transforme în societăți anonime miniere române*¹⁰⁹. 4. *Aceste cote-părți sunt acțiunile-cuxe-miniere cari au calitatea juridică de obiect mobil*¹⁰. 5. *Asociațiunile de exploatare minieră la care participarea la averea asociațiunii este constituită prin părți (cuxe) existente la data promulgării legii din 28 martie 1929 vor putea să funcționeze mai departe în condițiunile în cari au fost constituite*¹¹. 6. *Regulamentul... se va aplica... și asociațiunilor miniere pe kuxe din Ardeal și Banat*¹². 7. *În regiunile miniere din Munții Apuseni și Baia-Mare se pot înființa asociațiunii miniere pe cuxe (părți de participare) numai de către băștinași pentru exploatarea zăcămintelor miniere*¹³. 8. *O originală adoptare la specificul exploatărilor miniere a tradițiilor comunitare agrare românești a fost sistemul cuxelor, folosit în exploatările miniere mici*¹⁴.

Derelițiune, *subst.fem.* [At: 1921/E: latinescul **derelictio**, ~**onis**] Încetare a dreptului de proprietate prin abandonarea lucrului. 1. *Noul titular nu va fi titular cu titlu original, ci cu titlu derivativ, intrând în drepturile aceluia care a executat actul de derelițiune*¹⁵. 2. *Dreptul de proprietate nu încetează, nu se prescrie... nu se pierde decât prin înstreinare (derelițiunea imobilelor nu este cu putință)*¹⁶. 3. *Nici derelițiunea, nici ocupațiunea nu se poate validata ca mod de achizițiune*¹⁷.

Desubiectiviza, *verb* [At: 1921/E: de- + **subiectiviza**] 1. A face să înceteze caracterul subiectiv. 2. (Despre un drept) A continua să existe după ce subiectul sau titularul dreptului și-a încetat existența. *Creanțele întemeiate pe efecte la ordin sau*

¹⁰⁷ *Codul civil general austriac...*, p. 341.

¹⁰⁸ Șt. Laday, *op. cit.*, vol. II, secțiunea II, p. 473.

¹⁰⁹ Art. 84 Regulamentul pentru recunoașterea și validarea drepturilor miniere, M. Of. nr. 78 din 5 aprilie 1928, *apud* C. Hamangiu, *op. cit.*, vol. XV-XVI, p. 1929.

¹¹⁰ G. Plopu, *op. cit.*, vol. II, p. 648.

¹¹¹ Art. 83 alin. 1 Regulamentul pentru recunoașterea și validarea drepturilor miniere câștigate, M. Of. nr. 278 din 8 decembrie 1930, *apud* C. Hamangiu, *op. cit.*, vol. XVIII, 1931, p. 1000.

¹¹² Art. 264 alin. ult., Lege pentru exploatarea minelor, M. Of. nr. 71 din 28 martie 1929, *apud* C. Hamangiu, *op. cit.*, vol. XVII, 1930, p. 352.

¹¹³ Art. 284 alin. 1, Lege pentru modificarea unor articole din legea minelor, M. Of. nr. 69 din 24 martie 1937, *apud* C. Hamangiu, *op. cit.*, Fundator: C. Hamangiu. Continuatori: G. Alexianu și C.Șt. Stoicescu, vol. XXV/I, Imprimeria Centrală, București, 1938, p. 704.

¹¹⁴ L.P. Marcu, în I. Ceterchi (coord.), *op. cit.*, vol. II, partea a II-a, p. 25.

¹¹⁵ C. Negrea, *op. cit.*, vol. I, p. 116.

¹¹⁶ Șt. Laday, *Cărțile funduare*, Institutul de Arte Grafice „Cultura”, Cluj, 1923, p. 206.

¹¹⁷ G. Plopu, *op. cit.*, p. 426.

la purtător, ajungând în condițiunea juridică de *res nullius...*, se „desubiectivează”, fără a se distruge în acest caz dreptul însuși¹¹⁸.

Desubiectivizare, *subst.fem.* [At: 1921/E: **desubiectiviza**] Situația în care un drept continuă să existe după ce titularul său și-a încetat existența. *Se întreabă adecă, dacă este mai util de-a admite desubiectivizarea vremelnică a vreunui drept subiectiv*¹¹⁹.

Desubiectivizat, *adj. Neutru* [At: 1921/E: **desubiectiviza**] (în sintagma) *Drept-*. Drept care continuă să existe după ce titularul dreptului și-a încetat existența. *Astfel, în doctrina austriacă se privesc desubiectivizate drepturile în următoarele ipoteze...*¹²⁰.

Disens, *subst.neutru* [At: 1923/E: latinescul **dissensus**] 1. Deosebire de păreri. Sinonim: dezacord. 2. (în drept) Lipsă a consimțământului. *Nu este eroarea unuia dintre contractanți, adecă dezacordul între ceea ce el a înțeles a face și a declara, ci disensul, adecă dezacordul celor două declarațiuni*¹²¹.

Escontentat, *~ă, adj.* [At: 1923/E: **escontenta**] Care a primit o despăgubire (mai ales bănească). 1. *Partea ereditară a eredelui escontentat cade respectivului erede care a dat contravaloarea de escontentare*¹²². 2. *Dacă părintele escontentează pe copilul său de pretențiunea de ereditate... acest fapt are de urmare juridică cum că... dreptul părintelui... nu e restrâns la pretențiunea referitoare la porțiunea legitimă a copilului escontentat*¹²³.

Escontentativ, *~ă, adj.* [At: 1929/E: **escontenta + tiv**] Care acordă o despăgubire. *Dreptul subpignorativ...asupra dreptului ipotecar întabulat...sub formă de cesiune în baza protocolului de împignorare escontentativă*¹²⁴.

Escontentator, *~oare, adj.* [At: 1923/E: **escontenta**+ sufixul -tor] Care achită o despăgubire (mai ales bănească). 1. *Copilul escontentat de regulă n-are drept de a forma pretențiune de ereditate legală asupra lăsământului părintelui escontentator*¹²⁵. 2. *Copilul escontentat de regulă n-are drept a forma pretențiune de ereditate sub titlu de ereditate legală asupra lăsământului părintelui escontentator*¹²⁶.

Exarendat, *~ă, adj.* [At: 1929/ V: -arân/ E: **exarenda**] Care a fost dat sau a fost luat în arendă. *Drept de pign legal îi compete... pe vitele aflătoare pe bunul exarândat*¹²⁷.

¹¹⁸ C. Negrea, *op. cit.*, p. 116.

¹¹⁹ *Ibidem.*

¹²⁰ *Ibidem.*

¹²¹ *Ibidem*, vol. III, partea I, p. 134.

¹²² G. Plopu, *op. cit.*, vol. I, p. 137.

¹²³ Șt. Laday, *op. cit.*, vol. II, secțiunea I, p. 54.

¹²⁴ G. Plopu, *op. cit.*, vol. II, p. 959.

¹²⁵ G. Plopu, *op. cit.*, vol. I, p. 141.

¹²⁶ Șt. Laday, *op. cit.*, p. 54.

¹²⁷ G. Plopu, *op. cit.*, vol. II, p. 791.

Exarendator, *subs. masc.* [At:1929/E:exarenda+ -tor] Persoană care dă în arendă. *Dreptul de pign legal îi compete... exarendatorului*¹²⁸.

Exculpa, *verb* [At: 1923/E: franțuzescul **exculper**] A disculpa. *Stăpânul trebuind să probeze că a satisfăcut obligațiunile sale legale, nu va fi exculpat decât dacă arată că persoana de serviciu încredințată a fost aptă de a duce la bun sfârșit însărcinarea*¹²⁹.

Exculpare, *subst.fem.* [At: 1923/E: **exculpa**] Disculpăre, dezvinovățire. *Exculparea are deci loc dacă tatăl etc. probează că n-a putut împiedica faptul prejudiciabil*¹³⁰.

Fasiona, *verb* [At: 1923/E: **fasiune**] A declara. 1. *E.B. însă aceea a fasionat că el nu a fost chemat la facerea testamentului ca martor testamental*¹³¹. 2. *Ceilalți trei martori unanim au fasionat că testatorul înaintea lor nici-o declarațiune n-a făcut*¹³².

Fasiune, *subst.fem.* [At: 1923/E: germanul **Fassion**, latina medievală **fassio**, -onis] Declarație. 1. *După legea veche... are facultate liberă de a dispune și a celebra a face declarațiune (fasiune) perenală*¹³³. 2. *Curtea de Apel în motivele sentinței întonează expres că aprecierea fasiunilor martorilor o face în mod suveran*¹³⁴.

Fatigiu, *subst.neutru* [At: 1929/E: franțuzescul **fatigue**] Oboseală, efort. *Dreptul... fără greutate, ușor și fără niciun fatigiu se imprimă...involuntar în sufletul fiecărui individ*¹³⁵.

Financializa, *verb* [At: 12 septembrie 1919/E: **finanțe** + -liza] A finanța. *„Banca Agrară” va intermedia și va financializa pe de o parte, împărțășirea cu pământ a celor în drept*¹³⁶.

Geodetic, *~ă, adj.* [At: 9 iulie 1921/E: franțuzescul **géodétique**] Geodezic. *Inginerul antreprenor se obligă de a pregăti și executa această lucrare... conform normelor și instrucțiunilor geodetice referitoare la comasări*¹³⁷.

Gravamen, *subst.neutru* [At: 1923/E: germanul **Gravamen**] Capăt de acuzare, cerere. 1. *Numai nobilii...se prezentau, își predau gravamenele și regele cu curia lui*

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ C. Negrea, *op. cit.*, p. 182.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 179.

¹³¹ G. Plopu, *op. cit.*, vol. 1, p. 726.

¹³² Șt. Laday, *op. cit.*, p. 119.

¹³³ G. Plopu, *op. cit.*, p. 19.

¹³⁴ Șt. Laday, *op. cit.*, p. 119.

¹³⁵ G. Plopu, *op. cit.*, vol. 1, p. 163.

¹³⁶ Art. 2 lit. a), Decret-lege nr. 4167 privitor la înființarea Băncii Agrare pentru îndeplinirea reformei agrare în Transilvania, Banat și Țările ungurene, M. Of. nr. 125 din 12 septembrie 1919, *apud* C. Hamangiu, *op. cit.*, vol. IX-X, p. 205.

¹³⁷ Art. 2 lit. d), Deciziunea pentru executarea lucrărilor de măsurătoare și parcelare a inspectoratului geodezic și cadastral din Cluj, M. Of. nr. 76 din iulie 1921, *apud* C. Hamangiu, *op. cit.*, vol. IX-X, p. 645.

numaidecât „făcea lege între părți”¹³⁸. 2. *Gravamenele reclamanților... sunt în strânsă legătură cu plânsoarea*¹³⁹.

Gravamina, verb [At: 1923/E: germanul **gravaminieren**] A contesta, a face plângere. 1. *Văduva numai față de un astfel de donatar poate gravamina... violarea dreptului vidual...*¹⁴⁰ 2. *Intimatul gravaminează sentința și susține în petitul de reviziune că numai acela este responsabil pentru urmările unui fapt criminal*¹⁴¹.

Gravaminat, ~ă, adj. [At: 1929/ E: **gravamina**] Care este contestat. *Din punctul de vedere al reviziunii, ca recerînță de validitate gravaminată de reclamanți este omiterea precetirii testamentului de unul din martorii testamentari cari știu ceti și scrie*¹⁴².

Gubernial, ~ă, adj. [At: 19 iulie 1919/E: **guberni(u)** + -a/] Care aparține guberniului, organul administrativ suprem al Transilvaniei sub stăpânirea austriacă¹⁴³. 1. *Recursurile pendinte la desființata casație gubernială... se vor rezolva de către tribunalele de județ*¹⁴⁴. 2. *Înaltul guberniu regesc al vestitului Mare Principat al Transilvaniei sau înaltul Consiliu Gubernial regesc...*¹⁴⁵

Hameiște, subst.fem. [At: 12 septembrie 1919/E: **hamei+** sufixul -iște] Plantație de hamei. 1. *Pentru aceeași problemă se va putea expropria...și părți din grădini de legume și pomi, din pometuri și hameiști*¹⁴⁶. 2. *Patrimoniul viticol cuprinde suprafața ocupată cu vii pe rod și tinere..., a hameiștelor pe rod și tinere...*¹⁴⁷. 3. *Clasificarea viilor, livezilor, hameiștilor, grădinilor de zarzavat se poate face mai bine după sistemul economic al venitului net*¹⁴⁸.

Indivizionat, ~ă, adj. [At: 1937/E: **indiviziune**] Care se află în indiviziune. *Se va mai preciza de asemeni cota-parte a fiecăruia dintre proprietarii indivizionat*¹⁴⁹.

¹³⁸ G. Plopu, *op. cit.*, p. 12.

¹³⁹ Șt. Laday, *op. cit.*, vol. II, secțiunea II, p. 105.

¹⁴⁰ G. Plopu, *op. cit.*, p. 359.

¹⁴¹ Șt. Laday, *op. cit.*, p. 557.

¹⁴² Șt. Laday, *op. cit.*, vol. II, secțiunea I, p. 143.

¹⁴³ Dicționarul Limbii Române înregistrează omonimul **gubernial** ca variantă lexicală pentru cuvântul-titlu *gubernial*, definit numai în cazul sintagmelor *consilier gubernial* și *secretar gubernial* ca „Titlu ce se dădea funcționarilor cu un anumit grad în ierarhia administrativă de altă dată a Austro-Ungariei”.

¹⁴⁴ Art. 1, Decret-lege nr. 3032/1919, M. Of. nr. 74 din 19 iulie 1919, *apud* C. Hamangiu, *op. cit.*, vol. IX-X, p. 126.

¹⁴⁵ Vl. Hanga, în I. Ceterchi (coord.), *op. cit.*, vol. I, p. 288.

¹⁴⁶ Art. 9 alin. 2, Decret-lege nr. 3911 pentru reforma agrară în Transilvania, Banat și țările ungurene, M. Of. nr. 117 din 12 septembrie 1919, *apud* C. Hamangiu, *op. cit.*, p. 196.

¹⁴⁷ Normele Metodologice nr. 7/1987 privind indicatorii din agricultură și silvicultură, *apud* D. Burghelă, *Drept funciar și cadastru român*, vol. II, Ed. Moldova, Iași, 1995, p. 529.

¹⁴⁸ M. Mică, *Mic lexicon de cadastru și carte funciară*, Ed. All Beck, București, 2000, p. 9.

¹⁴⁹ M. Georgescu, *op. cit.*, p. 139.

Inexcepționabil, ~ă, *adj.* [At: 1923/E: necunoscută] Care nu admite vreo excepție. *Întreprinderea nu se poate libera deci de răspundere...arătând că arangiamentul de exploatațiune este cu totul inexcipționabil*⁵⁰.

Inexculpabil, ~ă, *adj.* [At: 1923/E: latinescul **inexculpabilis**] Care nu admite disculparea. *Răspunderea acută și vina inexculpabilă a hangiiilor... are temeiul în aceea că ei ar fi trebuit să-și aleagă personalul cu o grijă mai mare decât alți patroni*⁵¹.

Interimaritate, *subst.fem.* [At: 1929/ V: ~mali/ E: **interimar** + sufixul -itate] Stare de interimat. Sinonim: provizorat. *Această enunțiațiune... înseamnă... interimalitate, adică...drept interimal*⁵².

Iobagional, ~ă, *adj.* [At: 1929/ E: **iobag**+ -ional] Referitor la iobag. *Posesiune urbarială s-au numit „fondurile intravilane și extravilane” cari au fost introduse în „tabulele urbariale”, păstrate în archiva comitatensă ca substrat al fondurilor iobagionale urbariale sau ca substrat al fondurilor jelerești urbariale*⁵³.

Împemnorare, *subst.fem.* [At: 1923/E: în+ **pemnorare**] Garantare a unei datorii cu un bun mobil sau imobil. *Oricare erede sau descendent al primului donatar... a putut oricând... a ataca vânzarea, împemnorarea sau orice altă înstrăinare a bunului donat*⁵⁴.

Împrotocolare, *subst. fem.* [At: 1929/V: im-/E: **împrotocola**] Înscriserie într-un protocol, într-un proces-verbal. *Practica judiciară a sistematizat unele regule de împrotocolare a datoriilor pignorative, fără însă ca aceste se fi avut caracter de ipotecă*⁵⁵.

Împrotocolat, ~ă, *adj.* [At: 20 iulie 1920/V: ~ima/E: **împrotocola**] Care a fost înscris, înregistrat sau consemnat într-un protocol ori proces-verbal. 1. *Contractul aici anexat..., împrotocolat la resortul cultelor și instrucțiunii publice... și aprobat de consiliul dirigent al Transilvaniei... face parte din prezenta lege*⁵⁶. 2. *Drepturile câștigate înaintea legii prezente rămân neatinse cu privire la alatura împrotocolată, la dotalițiu și la parafernă*⁵⁷.

Învăduvit, ~ă, *adj.* [At: 1923/E: în- + **văduvit**] Care a devenit văduv sau văduvă. *Consoarta învăduvită e obligată față de bărbatul ei a păstra cu pietate fidelitatea conjugală*⁵⁸.

⁵⁰ C. Negrea, *op. cit.*, p. 199.

⁵¹ *Ibidem*, p. 176.

⁵² G. Plopu, *op. cit.*, vol. II, p. 848.

⁵³ *Ibidem*, p. 970.

⁵⁴ *Ibidem*, vol. I, p. 190.

⁵⁵ *Ibidem*, vol. II, p. 822.

⁵⁶ Art. 4, Lege pentru crearea unui institut de speologie la Universitatea din Cluj, M. Of. nr. 86 din 20 iulie 1920, *apud* C. Hamangiu, *op. cit.*, vol. IX-X, p. 392.

⁵⁷ *Ibidem*, vol. I, p. 35.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 374.

Jeleresc, ~ească, *adj.* [At: 1923/E: jeler + -esc] Care se referă la jeler. 1. *Fondurile jelerești cari constau numai din intravilan, fără fond extravilan*¹⁵⁹. 2. *L(egea) nr. XXV din 1896... privind răscumpărarea anumitor categorii de bunuri (jelerești)*¹⁶⁰.

Judicatură, *subst.fem.* [At: 1923/E: judeca+ -tură] Practica instanțelor judecătorești. Sinonim: jurisprudență. *În judicatură, adică înaintea instanțelor judiciare, e usuată expresiunea că pe părintele mort înaintea decedatului îl reprezintă descendenții lui*¹⁶¹.

Lăsământar, ~ă, *adj.* [At: 1923/V: ~al/E: lăsământ] Care aparține unui lăsământ, unei moșteniri. Sinonim: ereditar, succesoral. 1. *Soția în privința dotalițiului, în cazul morții bărbatului, are drept de retențiune asupra averii lăsământare a aceluia*¹⁶². 2. *Lăsământul este predat lor de judecătoria lăsământală*¹⁶³.

Legislatoric, ~ă, *adj.* [At: 12 septembrie 1919/E: legislator+ -ic] Care se referă la legi. Sinonim: legislativ. 1. *Consiliul va înainta opiniunea sa motivată...de câte ori se va ivi necesitatea unor noi dispoziții fie legislatorice, fie admistrative*¹⁶⁴. 2. *Această necesitate e recunoscută și în decretul regal din 4 maiu 1920, No. 2008 (ratificat ulterior de corpurile legislatorice)*¹⁶⁵.

Legitimativ, ~ă, *adj.* [At: 1923/E: legitima + -tiv] Care face ca un copil din afara căsătoriei să dobândească statutul juridic al unui copil născut din căsătorie. *Puterea de drept legitimativă a matrimoniuului contractat ulterior de la nașterea copilului are putere retroactivă*¹⁶⁶.

¹⁵⁹ G. Plopu, *op. cit.*, vol. I, p. 972.

¹⁶⁰ V. Șotropa, în I. Ceterchi (coord.), *op. cit.*, vol. II, partea a II-a, p. 52.

¹⁶¹ *Ibidem*, vol. I, p. 221.

¹⁶² *Ibidem*, p. 52.

¹⁶³ Șt. Laday, *op. cit.*, vol. I, p. 503.

¹⁶⁴ Art. 13 alin. 9, Decret-lege nr. 3911 pentru reforma agrară în Transilvania, Banat și țările ungurene, M. Of. nr. 117 din 12 septembrie 1919, *apud* C. Hamangiu, *op. cit.*, vol. IX-X, p. 198.

¹⁶⁵ G. Plopu, *op. cit.*, p. 3.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 394.

UNELE ASPECTE CONTROVERSATE PRIVIND RĂSPUNDEREA PENALĂ A PERSOANEI JURIDICE

*Prof. univ. dr. Sebastian RĂDULEȚU
Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova
Avocat, Baroul Dolj*

Some controverted aspects on the criminal liability of the legal person

Abstract

The main purpose of this paper is not to analyse in depth the individual criminal liability for the offences perpetrated in corporate context, but rather to assess how the concurring criminal liabilities – individual and corporate – are reconciled in Anglo-Saxon legal systems. The difficulty of allocating blame between these potential offenders is illustrated by the very fact that prosecutors prefer to focus on the individual employee, whose liability is in general the easiest to prove. However, the difficulty with this is that the potential offenders who act in the organisational framework could try to direct the fact-finders' attention to each other, in order to avoid their own liability as to the offence perpetrated. Or conversely, the organisation can try to scapegoat its employees. This article will try to analyse the criminal law approach to this problem of a plurality of offenders, acting in the organisational framework and having close connections between them. Therefore, it will present how the Anglo-Saxon legal systems use different specific doctrines: conspiracy, complicity and various legal theories extending corporate officers' liability beyond the limits of complicity.

Keywords: corporate crime; conspiracy; complicity; criminal liability.

Un aspect interesant în dreptul comparat îl reprezintă raporturile dintre răspunderea penală a persoanei juridice și cea a persoanelor fizice implicate în activitatea infracțională. Prezentul articol își propune să analizeze unele probleme relevante în această materie întâlnite în sistemele de drept de origine anglo-saxonă.

Infracțiunile săvârșite în contextul organizațional specific unei persoane juridice, presupun anumite caracteristici particulare. Autorii lor – persoane fizice sau

juridice – urmăresc în general scopurile economice ale organizațiilor respective¹. În doctrina anglo-saxonă de specialitate, mai ales din domeniul criminologiei, fenomenele infracționale care au drept autori societăți comerciale sau chiar persoane fizice, dar care acționează în contextul specific al unei entități economice și pentru atingerea scopurilor acestei organizații, poartă denumirea de „*corporate crime*”². Acest fenomen este considerat a fi un tip de infracționalitate colectivă³, făcându-se în acest fel referire la structura internă a organizației. În plus, ca orice criminalitate organizată, el poate genera în cadrul organizației economice respective o cultură a nerespectării legii, care o face și mai periculoasă pentru că poate conduce la o aparentă legitimare a activităților nelegale. În fine, acest tip de criminalitate se desfășoară în cadrul privat oferit de organizație care poate fi uneori un paravan⁴ ce face mai dificilă descoperirea și tragerea la răspundere penală a autorilor și participanților⁵.

Toți acești factori caracterizează mai ales societățile comerciale mari cu activități multiple și numeroși angajați. Ei pot genera nu numai probleme conceptuale legate de modul în care dreptul penal tratează astfel de fenomene, ci și dificultăți practice privind prevenirea, investigarea și urmărirea penală a unor astfel de infracțiuni.

În contextul infracționalității de acest tip există mai multe categorii de persoane care pot fi trase la răspundere penală. În primul rând, este vorba despre persoana fizică, în general angajat al societății comerciale, care săvârșește în mod direct elementul material al infracțiunii respective. În al doilea rând, putem vorbi de răspunderea penală a societății înseși, răspundere care este atrasă în astfel de cazuri, în funcție de prevederile din dreptul penal național, fie pentru fapta angajatului său (răspundere indirectă), fie pentru propria sa faptă (răspundere directă). În fine, putem menționa și o a treia răspundere, și anume cea a directorului, managerului sau altei persoane fizice care are obligația de a supraveghea activitatea desfășurată de angajați și de a implementa măsuri adecvate pentru a preveni săvârșirea de infracțiuni în cursul desfășurării operațiunilor comerciale ale societății.

¹ Gary Slapper, Steve Tombs, *Corporate Crime*, Pearson Education Limited, 1999, p. 15.

² Clinard M and Quiney R, *Criminal Behavior Systems: A typology*, ed. a doua, Holt, Rinehart & Winston, 1973, citată de Brian K. Payne, *White-Collar Crime*, Sage, 2012, p. 340.

³ Desislava Stoitchkova, *Towards Corporate Liability in International Criminal Law*, Intersentia, 2010, p. 23.

⁴ Acest cadru oferit de organizație pentru desfășurarea activității infracționale este uneori denumit în literatura anglo-saxonă „*veil of privacy*”. A se vedea în acest sens: Michael Clarke, *Business Crime. Its Nature and Control*, Polity Press, 1990, p. 20; Eric Engle, *Extraterritorial Corporate Criminal Liability: A Remedy for Human Rights Violations?*, 20 *Journal of Civil Rights and Economic Development* (2006) 287, 297, 300; Jonathan Macey, Joshua Mitts, *Finding Order in the Morass: The Three Real Justifications for Piercing the Corporate Veil*, 100 *Cornell Law Review* 99.

⁵ Noțiunea de participație penală va fi utilizată în acest articol în sens restrâns, distingând-o de autorat. Această accepțiune a participației este adoptată și de actualul Cod penal (art. 46-52). Pentru dezvoltări privind diferitele accepțiuni ale noțiunii de participație, a se vedea Florin Streteanu, Daniel Nițu, *Drept Penal. Partea Generală*, vol. II, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 217-218.

Dacă în cadrul actorilor economici mici și mijlocii este relativ ușor de identificat managerul responsabil pentru săvârșirea unei infracțiuni, în cadrul societăților comerciale mari, cu activitate complexă și foarte mulți angajați, acest lucru poate deveni foarte dificil. În astfel de situații trebuie analizată cu grijă structura internă reală a companiei respective, care poate fi foarte diversă, adaptată tipului de afacere desfășurată de aceasta. „... luarea deciziilor în interiorul companiilor a început să fie descentralizată în funcție de organizarea internă. Directorii executivi au început să-și delege din sarcinile specifice către subordonați specializați. Această schimbare reprezintă un răspuns la creșterea complexității afacerilor și la dificultatea comunicării cu directorul executiv⁶”. Tocmai răspunderea penală a managerilor, cei care nu săvârșesc nemijlocit fapta incriminată, este cea care poate pune cele mai mari probleme pentru organele judiciare competente, așa cum vom arăta mai târziu în cadrul acestui articol.

Dificultatea de a atribui răspunderea între potențialii infractori menționați mai sus este ilustrată de faptul că în general organele de urmărire penală preferă să se concentreze asupra angajaților, persoane fizice a căror răspundere penală este mai ușor de probat din moment ce ei sunt cei care săvârșesc în mod nemijlocit fapta prevăzută de legea penală. „Din punct de vedere istoric, atât în Regatul Unit cât și în alte părți, cel care a fost urmărit penal a fost angajatul ale cărui acte nelegale erau cel mai direct legate în timp și spațiu de vătămarea produsă. Urmărirea penală a directorilor și managerilor companiilor care concepuseră politica internă generatoare de astfel de vătămări era mai puțin frecventă. Și mai rară chiar era urmărirea penală a companiei înseși⁷”.

Raporturile dintre cele trei categorii de posibili infractori fac de asemenea mai dificilă tragerea la răspundere penală a celor vinovați. În contextul organizațional, fiecare încearcă să direcționeze atenția organelor de urmărire penală către ceilalți, pentru a evita propria lor răspundere. Chiar compania își poate utiliza proprii angajați în acest sens. „A considera răspunderea penală persoanelor fizice implicate și a persoanei juridice ca excluzându-se reciproc (în loc de a le considera complementare) este periculos din punct de vedere conceptual. Urmărirea penală doar a managerilor și a angajaților stimulează companiile să-și folosească angajații ca țapi ispășitori, în timp ce concentrarea exclusivă pe răspunderea persoanei juridice ar permite indivizilor să evite propria lor răspundere morală, dând vina pe organizarea internă a companiei⁸”.

⁶ John C. Coffee Jr., *Beyond the Shut-Eyed Sentry: Toward a Theoretical View of Corporate Misconduct and an Effective Legal Response* (1977) 63 (7) Virginia Law Review 1139-1140.

⁷ James Gobert, *Squaring the circle. The relationship between individual and organizational fault* in James Gobert, Ana-Maria Pascal (eds), *European Developments in Corporate Criminal Liability*, Routledge, 2014, p. 139.

⁸ James G. Stuart, *The Turn to Corporate Criminal Liability for International Crimes: Transcending the Alien Tort Statute* (2014) 47 New York University Journal of International Law and Politics 121, nota 45.

Având în vedere că infracțiunile care au loc în cadrul companiei pot considerate ca fiind un anumit tip de criminalitate colectivă, așa cum am menționat mai sus, se pune întrebarea dacă persoana juridică poate forma împreună cu angajații săi un grup infracțional organizat. Cu alte cuvinte, poate aceasta să fie subiect activ al unei astfel de infracțiuni alături de alte persoane fizice, de regulă din cadrul său?

Ca urmare a utilizării extinse a doctrinei identificării în dreptul englez, potrivit căreia voința companiei este una și aceeași cu voința persoanei/persoanelor aflate în conducerea sa, instanțele engleze au stabilit de mult timp că o societate comercială nu poate forma un grup infracțional organizat împreună cu directorii săi pentru că în acest caz nu ar fi vorba de mai multe voințe distincte între care s-ar realiza un astfel de acord, acord ce reprezintă un element constitutiv al infracțiunii respective. Mai trebuie precizat că în dreptul englez, spre deosebire de cel român, grupul infracțional organizat („*conspiracy*”) poate fi constituit și din două persoane. Jurisprudența instanțelor din Anglia este constantă în acest sens: „... unde singura persoană responsabilă în cadrul companiei este acuzatul persoană fizică, nu ar fi corect să se susțină că ar fi două persoane sau două voințe. Dacă s-ar reține existența a două voințe distincte, cred că acest lucru ar fi împotriva conceptului fundamental de conspirație, și anume o înțelegere între două sau mai multe persoane să săvârșească un act nelegal; cred că ar fi artificial să considerăm că societatea, deși are o personalitate juridică distinctă, poate fi văzută ca o persoană separată sau ca o voință separată (de cea a directorului ei – n.n.)⁹”. De asemenea, Curtea de Apel a confirmat recent această regulă, și anume că deși compania și directorul său au personalități juridice distincte, totuși este vorba de o singură voință și, prin urmare, nu pot constitui împreună un grup infracțional organizat („*they cannot conspire together*”)¹⁰.

Fără îndoială jurisprudența menționată mai sus este o consecință a doctrinei identificării, dominantă în dreptul englez în ceea ce privește răspunderea penală a persoanelor juridice. Cu toate acestea, aceeași regulă, și anume că o companie nu poate constitui un grup infracțional organizat cu persoanele din conducerea sa, a fost adoptată și în țări precum Australia sau Canada, unde doctrina identificării nu este dominantă, așa cum este în dreptul englez¹¹.

Această regulă, deși pare logică, este totuși criticabilă. Dacă nu ar fi de conceput existența unui grup infracțional organizat între o companie și managerii ei, de ce se acceptă totuși posibilitatea unei forme de participare penală între aceștia, spre exemplu complicitatea (așa cum vom arăta mai jos)? „Dacă este artificial să se

⁹ *McDonnell*[1966] 1 QB 233, 245.

¹⁰ *R v A Ltd and others*[2017] 1 Cr. App. R. 1, 9.

¹¹ Pentru mai multe dezvoltări privind aplicarea extinsă a regulii stabilită în cauza *McDonnell*, citată mai sus la nota 9, precum și pentru o critică a acesteia din perspectiva răspunderii civile delictuale, a se vedea Paul Jarvis, *‘Conspiring with oneself’* (2017) 9 Archbold Review 7-9.

considere că o companie și directorul acesteia nu pot conspira pentru că ambii împărtășesc aceeași voință, de ce nu ar fi artificială și concepția potrivit căreia o companie poate ajuta sau încuraja administratorul să săvârșească o infracțiune, din moment ce vinovăția persoanei juridice depinde direct de persoana fizică aflată la conducerea acesteia?¹²

Dincolo de această discuție, dintr-o perspectivă mai largă, în dreptul englez este acceptat că o companie și administratorul său pot constitui un grup infracțional organizat când realizează o astfel de înțelegere infracțională cu alte persoane care nu sunt considerate că personifică voința societății. (*I.C.R Haulage Co., Ltd.* [1945] 30 Cr. App. R.31).

Cu toate acestea sunt rare spețele în care persoanele juridice sunt acuzate de săvârșirea unor acțiuni specifice infracționalității organizate, condițiile necesare pentru o astfel de acuzație fiind mai greu de îndeplinit pentru o companie. În schimb, sunt destul de frecvente situațiile când o persoană juridică este implicată ca autor sau participant în săvârșirea unor infracțiuni. În acest context, s-a pus problema dacă regulile clasice ale participației penale sunt pe deplin aplicabile atunci când o companie este implicată în diferite moduri în activitatea infracțională sau, din contră, există anumite limite ale participației, determinate de particularitățile persoanei juridice.

În dreptul comparat, locul pe care îl poate ocupa o societate comercială din perspectiva autoratului și a participației penale – autor, coautor, complice sau instigator – este influențat de concepția pe care se întemeiază răspunderea penală a persoanei juridice într-un anumit sistem de drept. În general sunt două categorii principale de astfel de teorii.

Pe de o parte, sunt cele care aseamănă companiile cu persoanele fizice, atribuindu-le voința acestora din urmă. Un exemplu în acest sens este doctrina identificării, doctrină dominantă în dreptul englez, potrivit căreia voința companiei este una și aceeași cu voința persoanelor fizice care o conduc. Un alt exemplu este *vicarious liability*, denumită și *responde at superior theory*, des întâlnită în dreptul penal federal în Statele Unite al Americii, doctrină care permite atragerea răspunderii penale a societății pentru fapta oricărui angajat, considerat printr-o ficțiune juridică a fi delegat al companiei, indiferent de poziția pe care angajatul o ocupă în ierarhia internă, atât timp cât fapta respectivă este făcută cu scopul de a aduce un beneficiu angajatorului. Răspunderea penală a persoanei juridice, conform acestor teorii, nu este una directă, ci una derivată. Astfel răspunderea penală este atribuită companiei pentru fapta penală săvârșită de persoanele fizice din cadrul acesteia iar vinovăția persoanei juridice este vinovăția individuală a persoanei fizice. Prin urmare, pentru a putea atrage o astfel de răspundere pentru persoana juridică trebuie demonstrat

¹² Paul Jarvis, *Conspiring with oneself* (2017) 9 Archbold Review 9.

că o persoană fizică din cadrul acesteia a săvârșit fapta penală cu forma de vinovăție cerută de lege. Cu alte cuvinte, răspunderea penală a companiei derivă din răspunderea penală a persoanei fizice.

Pe de altă parte, există un alt grup de teorii bazate nu pe asemănarea persoanei juridice cu cea fizică, precum în cazurile descrise mai sus, ci pe specificul persoanei juridice care, din punct de vedere structural, este fundamental diferită de persoana fizică. Un exemplu de astfel de teorie organizațională este cea bazată pe conceptul de „cultură a corporației” (*corporate culture theory*) consacrată de Codul penal australian din 1995. Potrivit acesteia, vinovăția persoanei juridice nu este același lucru cu vinovăția persoanei fizice care săvârșește nemijlocit fapta. Din contră, ea rezultă din cultura corporației reprezentată de politica internă a companiei, de regulile create și menținute în interiorul acesteia, de modalitatea de conduită sau de practica implementată sau tolerată de companie¹³. Prin urmare, răspunderea penală a persoanei juridice nu mai derivă din fapta persoanei fizice, ci este de data aceasta o răspundere directă, rezultând din propriile politici sau din propria structură internă a companiei, din modul în care aceasta se organizează și își conduce activitatea. Potrivit acestor teorii organizaționale, răspunderea penală a corporației nu mai este condiționată de atragerea răspunderii penale a unei persoane fizice, cu funcție de conducere sau simplu angajat din cadrul acesteia. Compania răspunde direct pentru propria sa faptă, vinovăția rezultând din modul său de organizare care a dus la producerea faptei penale.

Este evident că tipul de teorie aleasă în cadrul unui sistem de drept național pentru a fundamenta răspunderea penală a persoanei juridice va avea efecte directe și în domeniul aplicării regulilor autoritatului și ale participației penale a companiei. Astfel, în cadrul teoriilor derivative autorul va fi considerat persoana fizică, cea care săvârșește nemijlocit fapta iar compania, a cărei răspundere nu este directă, va fi considerată participant – complice sau instigator. Din moment ce este un singur element material ar fi mai greu, dar nu imposibil, să se susțină că în cauză ar fi doi coautori – persoana fizică și cea juridică¹⁴. Din contră, dacă avem de-a face cu o teorie organizațională, potrivit căreia societatea comercială răspunde pentru propria sa acțiune sau inacțiune, autorul va fi compania. Când un angajat contribuie în vreun fel la fapta organizației, el poate fi considerat fie complice sau instigator, fie eventual coautor.

În ambele scenarii menționate, mai există o categorie de persoane fizice a căror răspundere trebuie stabilită: directorii sau managerii societății, cei care nu săvârșesc direct fapta dar care au datoria de a superviza activitatea angajaților și de a

¹³ Secțiunea 12.3 (6) din Codul penal australian din 1995.

¹⁴ Sylvia Rich, *The Moral Agency of Corporations and its Implications for Criminal Law Theory* (DPhil thesis, University of Oxford 2016), p. 139.

implementa politici de prevenire a infracțiunilor în cursul operațiunilor comerciale ale societății. În acest cadru al implicării mai multor persoane fizice și juridice în săvârșirea activității infracționale, managerii sau directorii pot fi în anumite condiții participanți la săvârșirea infracțiunii (instigatori sau complici) indiferent dacă autorul va fi considerat angajatul (conform teoriilor derivative) sau compania (conform teoriilor organizaționale)¹⁵.

Cele expuse mai sus sunt reflectate în jurisprudența engleză, care, tributară doctrinei identificării – doctrină derivativă prin excelență – a considerat companiile ca fiind accesorii la săvârșirea nemijlocită a faptei penale de către o persoană fizică din cadrul companiei, de regulă un angajat al acesteia. În *Robert Millar (Contractors) Ltd* [1970] 2 QB 54, o companie de transport și unul dintre directorii săi au fost condamnați pentru o infracțiune de ucidere din culpă săvârșită ca urmare a producerii unui accident de circulație în care a fost implicat un vehicul al companiei. Directorul ordonase unui șofer al societății să conducă un camion ce avea o anvelopă foarte uzată, improprie pentru a fi utilizată pe drumurile publice. Aceasta a explodat în timpul mersului, provocând un accident de circulație în care șase persoane au fost ucise. Directorul a fost condamnat ca un participant (accesoriu) la infracțiune pentru că, în ciuda faptului că știa starea în care se afla anvelopa, îi ceruse șoferului să efectueze transportul. Compania a fost condamnată tot ca participant întrucât vinovăția sa era aceeași cu vinovăția directorului ca urmare a aplicării doctrinei identificării.

În ceea ce privește angajații care săvârșesc în mod nemijlocit elementul material al infracțiunii în cadrul activității companiei, regulile clasice ale autoratului și participației penale sunt suficiente pentru a le atrage răspunderea penală fie ca autori (în cazul aplicării teoriilor derivative, când compania este doar un accesoriu), fie în calitate de complici (în cazul aplicării unei teorii organizaționale care consideră compania drept autor). În schimb, dreptul englez și cel american au considerat că aplicarea normelor participației nu este uneori suficientă pentru a reflecta pe deplin adevăratul rol pe care îl au în activitatea infracțională persoanele cu funcții de decizie din cadrul companiilor care acționează în anumite domenii de activitate. Sunt situații când acțiunea sau omisiunea unui director al companiei ori elementul subiectiv nu îndeplinesc condițiile legale pentru atragerea răspunderii sale penale în calitate de complice sau de instigator la infracțiunea săvârșită în cadrul companiei. Totuși politica internă concepută și implementată de persoana cu funcție de conducere ori omisiunea sa de a supraveghea activitatea curentă a societății pot fi considerate ca favorizând în realitate săvârșirea infracțiunii. Mai mult decât atât, uneori persoanele cu funcții de conducere pot utiliza chiar și compania pentru a se proteja ei înșiși de răspunderea penală¹⁶.

¹⁵ James Gobert, Maurice Puntch, *Rethinking Corporate Crime*, Butterwoths, 2003, p. 253.

¹⁶ Daniel Richman, *Federal Criminal Law*, Wolters Kluwer (în curs de publicare), capitolul II, p. 55.

Pentru a elimina astfel de situații, dreptul englez a creat diferite teorii menite să extindă sfera de aplicare a participației în cazul persoanelor cu funcții de conducere, fie modificând cerințele referitoare la elementul material, fie scăzând standardul privind elementul subiectiv. Spre exemplu, *consent and connivance doctrine* stabilește că este suficient să rezulte că directorul a realizat că poate avea loc o infracțiune, chiar dacă actul său (de exemplu semnarea unui document) nu a ajutat sau nu a încurajat în sine săvârșirea infracțiunii¹⁷. Mai mult, potrivit *statutory neglect doctrine* chiar și simpla neglijență din partea directorului este suficientă pentru a reține răspunderea penală a acestuia în calitate de complice la infracțiune¹⁸.

În Statele Unite, pentru a elimina protecția pe care o poate oferi compania directorilor săi pentru activitatea infracțională a fost creată teoria numită *responsible corporate officer (RCO) doctrine*, aplicabilă inițial în domenii de activitate ce au legătură cu sănătatea populației, cum ar fi industria alimentară¹⁹. Astfel, în *Dotterweich* (1943) și *Park* (1975) Curtea Supremă a interpretat în sens larg o normă de incriminare dintr-o lege federală²⁰ în sensul că persoana cu funcție de conducere din cadrul unei companii alimentare care pusese în circulație hrană contaminată răspunde penal, deși nu a săvârșit vreunul din actele incriminate expres în norma respectivă. Motivarea Curții părea că instituie un fel de răspundere obiectivă în acest sens pentru managerul companiei, în virtutea funcției pe care o deține²¹. Totuși această problemă a fost clarificată recent în cauza *DeCoster* (2016)²², în care o altă instanță federală a stabilit expres că pentru a se aplica această teorie trebuie demonstrată vinovăția în forma neglijenței.

În concluzie, problema raporturilor juridice dintre persoanele implicate în activitatea infracțională desfășurată în cadrul companiilor a primit diferite soluții juridice în sistemele de drept de origine anglo-saxonă. Răspunderea penală a întreprinderilor și cea a angajaților acestora care săvârșesc nemijlocit fapta penală sunt guvernate atât de teoriile adoptate pentru a justifica atragerea răspunderii penale a persoanelor juridice (teorii derivative sau organizaționale) cât și de regulile clasice ale autoratului și participației. În schimb, rolul jucat de persoanele cu funcții de conducere este mai greu de surprins doar prin aplicarea regulilor menționate mai

¹⁷ Articolul 18 (1) din *Theft Act 1968*, articolul 37 din *Health and Safety at Work Act 1974* sau articolul 12 din *Fraud Act 2006*.

¹⁸ Articolul 400 (1) din *Financial Services and Markets Act 2000*.

¹⁹ În prezent ea tinde să fie extinsă și în alte domenii de activitate ce presupun riscuri pentru public. A se vedea în acest sens Christina M. Schuck, 'A New Use for the Responsible Corporate Officer Doctrine: Prosecuting Industry Insiders for Mortgage Fraud' (2010) 14 *Lewis & Clark Law Review* 371, 388.

²⁰ *Federal Food, Drug and Cosmetic Act*, 21 U. S. Code, § 331.

²¹ Daniel Richman, *Federal Criminal Law*, Wolters Kluwer (în curs de publicare), capitolul 11, p. 44-45.

²² *United States v. DeCoster* (2016), No.15-1890 (8th Cir.).

sus. De aceea, atât în dreptul englez, cât și în dreptul federal american au fost propuse unele soluții novatoare pentru combaterea infracțiunilor săvârșite de directori sau manageri, soluții care însă nu sunt la adăpost de critici din perspectiva principiilor dreptului penal.

PRINCIPIILE SALVGARDĂRII SOCIETĂȚILOR ȘI SUPERIORITĂȚII INTERESULUI SOCIAL

*Prof. univ. dr. Lucian Bernd SĂULEANU
Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept*

The principle of safeguarding the company
and the superiority of the company's interest

Abstract

Conflicts between associates are inherent, they having sometimes opposite interests. However, there is the interest of the company distinct than the interest of the associates. The company as a legal person has it's own interest and even though it is hard to define and identify, it is like a lighthouse which guides every action of the associates.

The company's interest is unique, it coinciding with the common interest of the associates to increase their assets through the prosperity of the company. The analysis of company's interest starts from two premises: on the one hand, the will of the company being the result of the majority principle and, on the other hand, by definition, a decision of the general meeting is taken in the context of a conflict of interests.

Keywords: associates; personal interest; interest of the company; superiority of the company's interest; conflict of interests.

Premisă

Existența societății comerciale este urmarea voinței asociaților exprimată atât la momentul constituirii, cât și ulterior pe parcursul funcționării acesteia. Rolul asociaților este fundamental în constituirea persoanei juridice, aceștia contribuind cu aport inițial.

Indiferent de forma de societate, asociații sunt animați de un interes personal. Este adevărat că la momentul semnării actelor constitutive există un consens, ce-l

filtrăm prin existența elementelor specifice contractului de societate (aportul asociaților, *affectio societatis* și realizarea și împărțirea beneficiilor), însă acestea au la acest moment un caracter generic, static, fără a se materializa în acțiuni comune, concrete, cu excepția celor necesare dobândirii personalității juridice. Ulterior acestui moment asociații își vor exprima „individualitatea”, se naște contrarietatea de interese.

Structura societății este vie, ea fluctuează urmare a voinței asociaților. Conflictele între asociați sunt inerente, fie că este vorba de societatea în nume colectiv unde elementul personal predomină, iar asociații se cunosc, fie că este vorba de o societate pe acțiuni în cadrul căreia acționarii evident că nu sunt într-o relaționare personală ca în cazul primului exemplu. Diferă doar contextul conflictului, modul de exercitare/ exteriorizare ori a modalităților de soluționare a acestora.

Așadar, acționarii au interese contrare. Este un adevăr pe care trebuie să-l acceptăm. Cum între asociați există o luptă permanentă pentru satisfacerea propriului interes, vom observa că avem nevoie de principii generale și în acest domeniu, iar acestea sunt menite să asigure un echilibru funcțional al structurii.

Vom recunoaște astfel că există interese personale ale asociaților și un interes social. În planul dreptului pozitiv vom constata că unele dispoziții protejează drepturile asociaților, dar și dispoziții care limitează exercitarea acestor drepturi sau care conturează existența unui interes social. În stabilirea unui raport între interesul personal al asociaților și interesul social vom încerca o analiză a celui din urmă.

Conturarea principiului salvagădării societății comerciale

Conturarea acestui principiu nu este urmarea interpretării făcute de instanțele de judecată ori de doctrinari, aceștia fiind doar descoperitorii lui printr-un fel de arheologie normativă¹ aplicată legii cadru în materie, respectiv Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale.

Pe fondul contrarietății de interese trebuie să identificăm intenția legiuitorului; din punctul nostru de vedere prin reglementarea anumitor instituții, cum ar fi excluderea, retragerea etc., legiuitorul a dat prioritate soluțiilor ce conduc la menținerea structurii asociative. Soluția nu se regăsește în dizolvarea persoanei juridice. Granița dintre situațiile ce atrag excluderea, retragerea ori dizolvarea este uneori subțiere, astfel că instanțele trebuie să extragă din materialul probator și să dea eficiență soluției mai bine conturate. Însă, raportarea se face la interesele asociaților, cu nesocotirea totală a structurii ca și subiect de drept? Oare societatea comercială

¹ D.C. Dănișor, I. Dogaru, Gh. Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 157.

prin personalitatea dobândită nu a căpătat anumite drepturi și interese legitime, așa cum de altfel art. 136¹ din Legea nr. 31/1990 le-a recunoscut. Dimpotrivă, concluzia la care vom ajunge la finalul materialul este în sensul că legiuitorul pivo-tează pe structură, părăsind zona concepției clasice a naturii contractualiste a societății. Deci, nu mai este suficientă poziția părților așa cum este reflectată de probele administrate, având prioritate soluțiile convenabile pentru protejarea societății.

Afirmarea principiului salvagădării societății comerciale

Identificarea în dreptul pozitiv a acestui principiu poate fi dificilă sau, dim-potrivă, respinsă existența acestuia considerându-se insuficiente argumentele ce le vom prezenta. Credem că punctul de pornire îl constituie chiar concepția adoptată de legiuitor în privința naturii juridice a societății². Deși în doctrină au fost formulate mai multe teorii în acest sens asupra cărora nu insistăm³ (teoria contractuală, teoria actului colectiv, teoria instituției, teoria mixtă contractual-instituțională), ne interesează doar optica legiuitorului. Am putea considera că legiuitorul a favorizat teoria contractualistă prin definiția oferită de art. 1491 C. civ., teorie de altfel ce se regăsește și în art. 1881⁴ NCC⁵. Cu toate acestea, considerăm că prin instituțiile juridice oferite de legiuitor prin Legea nr. 31/1990 a fost favorizată teoria instituției, putând afirma că prin aceasta s-a dat eficiență principiului salvagădării societății comerciale. Să luăm cazul menționat anterior, cel al excluderii; dacă nu ar fi fost reglementată excluderea cu siguranță doctrina în unanimitate ar fi analizat

² Recunoașterea unui interes social dă consistență teoriei instituției, în timp ce interesul comun al asociațiilor este rezultatul concepției contractualiste.

³ Pentru dezvoltări, a se vedea I. Adam, C.N. Savu, *Legea societăților comerciale. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 4-7.

⁴ Art. 1.881 prevede că „prin contractul de societate două sau mai multe persoane se obligă reciproc să coopereze pentru desfășurarea unei activități și să contribuie la aceasta prin aporturi bănești, în bunuri, în cunoștințe specifice sau prestații, cu scopul de a împărți beneficiile sau de a se folosi de economia ce ar putea rezulta”.

⁵ Între cele două definiții nu există diferențe de substanță, însă putem sublinia, în privința definiției oferite de art. 1.881 NCC, folosirea unor termeni sau noțiuni inadecvate (cooperare, folosirea economiei, cunoștințe specifice), care din punctul nostru de vedere complică inutil definiția. Și în această definiție se observă evidențierea caracterului unitar al dreptul privat ce domină Noul Cod civil, odată ce cooperarea privește „activități”, fără a se indica natura ori sfera acestora (producție, comerț, servicii); utilizarea acestui termen generic era obligatorie odată ce dispozițiile Codului comercial au fost abrogate, astfel că folosirea unor termeni ca fapte de comerț sau acte de comerț nu s-ar fi justificat prin prisma teoriei moniste. Deși se observă o încercare de evitare a folosirii termenilor precum comerț, comercial, societate comercială, nu credem că pe această cale se întărește, se impregnează teoria unității dreptului privat, odată ce oricum și în noul Cod civil apar astfel de trimeri: în art. 1.889 la registrul comerțului, art. 1363 la divulgarea secretului comercial etc.

posibilitatea rezilierii/rezoluțiunii⁶ contractului ca unică soluție; de altfel, și în condițiile actuale se încearcă fundamentarea naturii excluderii prin prisma rezilierii/rezoluțiunii⁷, însă nu îmbrățișăm o astfel de interpretare, considerând că are o natură de sine stătătoare menită să asigure, alături de retragere, perenitatea societății comerciale, chiar dacă a fost reglementată și instituția dizolvării pentru motive temeinice, precum neînțelegeri grave dintre asociați, care împiedică funcționarea societății (art. 227 alin. 1 lit. e). Excluderea este privită și ca sancțiune, dar și ca remediu, cum este cazul excluderii asociatului care, pus în întârziere, nu aduce aportul la care s-a obligat (art. 222 alin. 1 lit. a) sau asociatul cu răspundere nelimitată în stare de faliment sau care a devenit legalmente incapabil (art. 222 alin. 1 lit. b). A se observa diferența între retragere și dizolvare, ambele fac trimitere la motive temeinice, însă dizolvarea apare ca ultimă soluție, adică numai dacă este împiedicată chiar funcționarea societății.

Poziția doctrinei față de principiul salvagădării societății comerciale

În literatura juridică străină, dar și română⁸ au fost exprimate opinii în sensul acceptării și fundamentării salvagădării societății comerciale⁹. În acest sens s-a afirmat că „rațiunea salvagădării instituției societare impune ca, în măsura în care este legalmente posibil, o problemă apărută la nivelul unuia dintre raporturile juridice societare radiale să se rezolve la același nivel, fără a afecta întregul lanț societar stabilit între asociați în vederea producerii efectelor juridice specifice”¹⁰. S-a afirmat că „legiutorul este preocupat, din rațiuni economice și sociale, de menținerea în viață a societății, jurisprudența trebuind să dea curs acestor rațiuni”¹¹ considerând chiar că prezervarea ființei societății constituie preocuparea fundamentală a legiutorului în materia societăților comerciale¹². În doctrină¹³ s-a reținut că în lipsa lui *affectio societatis* interesul social este criteriul în funcție de care se menține societatea în ființă sau, dimpotrivă, este dizolvată.

⁶ Sub acest aspect în doctrină există divergențe, iar cum studiul nostru nu urmărește lămurirea sancțiunii ce intervine, am preferat menționarea amândurora (pentru amănunte a se vedea D.A. Popescu, *op. cit.*, p. 21-22; C. Predoiu, Gh. Piperea, în St. D. Cârpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, *Legea societăților comerciale. Comentarii pe articole*, ed. 4, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 842).

⁷ D.A. Popescu, *Contractul de societate*, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 22.

⁸ C. Predoiu, Gh. Piperea, în *op. cit.*, p. 842.

⁹ Sau salvarea contractului de societate (în D.A. Popescu, *op. cit.*, p. 22).

¹⁰ C. Predoiu, Gh. Piperea, *op. cit.*, p. 842-843.

¹¹ R.N. Catană, *Admisibilitatea acțiunii în dizolvarea societății pentru neînțelegeri grave între asociați*, în R.D.C. nr. 2/1998, p. 63.

¹² I. Schiau, *Mecanisme de separare a asociațiilor societății comerciale*, în *Ad honorem Stanciu D. Cârpenaru. Studii juridice alese*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 90.

¹³ C. Predoiu, Gh. Piperea, în *op. cit.*, p. 841.

De asemenea, s-a apreciat¹⁴ că acțiunea în regularizare reglementată de art. 48 din Legea nr. 31/1990 poate fi folosită chiar și în cazurile de anulare a societății întrucât legea nu conține vreo limitare, soluție care se întemeiază pe faptul „în concepția legii, primează ideea de salvare a societății prin regularizarea ei, iar nulitatea societății este o soluție extremă”.

A fost exprimat și punctul de vedere contrar: „faptul că retragerea și excluderea nu conduc în principiu la dizolvarea societății, faptul că instanțele interpretează cu strictete condițiile dizolvării anticipate judiciare, nu constituie o oglindire a preocupării pentru protejarea persoanei morale sau a intereselor ei abstracte, ci o consecință dreptului celorlalți asociați de a urmări în continuare interesul comun”¹⁵.

Interesul societății¹⁶

Frecvența raportare atât a legiuitorului, cât și a practicii judecătorești la „interesul societății” impun analiza acestei noțiuni „de neevitat în dreptul societăților comerciale, dar, fără îndoială, extrem de dificil de circumscris într-o definiție”¹⁷.

Mai întâi, considerăm utilă identificarea în cuprinsul Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale a textelor de lege care fac trimitere la interesul societății; astfel, cu titlu de exemplu:

– „Asociatul care, într-o operațiune determinată, are pe cont propriu sau pe contul altuia, *interese contrare acelorale societății*, nu poate lua parte la nicio deliberare sau decizie privind această operațiune” (art. 79 alin. 1);

– „Niciun asociat nu poate lua din fondurile societății mai mult decât i s-a fixat pentru cheltuielile făcute sau pentru cele ce urmează să le facă *în interesul societății*” (art. 81 alin. 1);

– „Acționarul care, într-o anumită operațiune, are, fie personal, fie ca mandatar al unei alte persoane, *un interes contrar aceluia al societății*, va trebui să se abțină de la deliberările privind acea operațiune” (art. 127 alin. 1);

– „Administratorul nu încalcă obligația prevăzută la alin. 1, dacă în momentul luării unei decizii de afaceri el este în mod rezonabil îndreptățit să

¹⁴ St.D. Cărpenaru în St. D. Cărpenaru, Gh. Piperea, S. David, *Legea societăților*, ed. 5, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 204.

¹⁵ Radu N. Catană, *Dreptul societăților comerciale. Probleme actuale privind societățile pe acțiuni. Democrația acționarială*, Ed. Sfera, Cluj-Napoca, 2007, p. 128.

¹⁶ În literatura juridică se folosește și denumirea „interes societar” însă nu o considerăm potrivită odată ce cuvântul „societar” (având ca sinonim „acționar”) este definit ca membru al unei societăți literare, artistice, teatrale; în special, prin acest termen este desemnat actorul unui teatru ce primește o cotă-parte din veniturile teatrului; vom prefera utilizarea denumirii de „interes al societății” sau „interes social”.

¹⁷ Radu N. Catană, *op. cit.*, p. 126.

considere că *acționează în interesul societății* și pe baza unor informații adecvate” (art. 144¹ alin. 2)¹⁸;

– „Membrii consiliului de administrație își vor exercita mandatul cu loialitate, *în interesul societății*” (art. 144¹ alin. 4);

– „Administratorul care are într-o anumită operațiune, direct sau indirect, *interese contrare intereselor societății* trebuie să îi înștiințeze despre aceasta pe ceilalți administratori și pe cenzori sau auditori interni și să nu ia parte la nici o deliberare privitoare la această operațiune” (art. 144³ alin. 1);

– „În cazuri excepționale, *când interesul societății o cere*, consiliul de supraveghere poate convoca adunarea generală a acționarilor” (art. 153⁹ alin. 2);

– „Actul constitutiv poate dispune că, în cazuri excepționale, justificate prin urgența situației și prin interesul societății, deciziile consiliului de administrație sau ale directoratului pot fi luate prin votul unanim exprimat în scris al membrilor, fără a mai fi necesară o întrunire a respectivului organ” (art. 153²¹ alin. 1);

– „Se pedepsește cu închisoare de la 1 an la 3 ani fondatorul, administratorul, directorul sau reprezentantul legal al societății, care:

(...)

2. 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” (art. 272 alin. 1).

Nu putem să nu semnalăm și formularea diferită din art. 136¹ în care se face trimitere la „respectarea drepturilor și intereselor legitime ale societății și ale celorlalți acționari”, putând considera că și societății i se recunosc în raporturile dintre asociați și societate anumite drepturi și interese caracterizate a fi legitime.

Vom reține că interesul social este unic¹⁹, neputând susține cu argumente juridice caracterul general²⁰ ori particular; ceea ce interesează este conținutul acestui interes social; știindu-i compoziția putem aprecia și când există încălcări ale sale; dificultatea constă, așadar în determinarea elementelor ce compun noțiunea.

În doctrină²¹ s-a apreciat că interesul social coincide cu interesul comun al asociaților de a-și mări patrimoniul personal prin prisma prosperității societății în care sunt acționari; cu alte cuvinte, interesul social este expresia intereselor acționarilor subsumate noțiunii *affectio societatis*, astfel că intenția comună acționarilor de a se asocia și desfășura în comun o activitate comercială pentru a obține profit se

¹⁸ Cu privire la analiza acestui text de lege, a se vedea R.I. Motica, L. Bercea, *De la business judgment rule la regula judecătii de afaceri: în căutarea unei legături*, în *Ad honorem Stanciu D. Cârpenaru. Studii juridice alese*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 112-119.

¹⁹ Chiar dacă legiuitorul folosește în anumite cazuri pluralul.

²⁰ Uneori se folosește sintagma „interesul general al societății”.

²¹ Radu N. Catană, *op. cit.*, p. 131.

metamorfozează ca și direcție, scop al societății; din acest scop comun își extrage fundamentul și ideea sancționării acelor cazuri în care ca urmare a votului sunt favorizați anumiți acționari.

Analiza interesului social trebuie să pornească de la două premise: pe de o parte voința societății este rodul aplicării principiului majorității și în al doilea rând, prin definiție, o hotărâre a adunării este luată în contextul unui conflict de interese; existența celor două premise nici nu poate fi contestată, nici premisele înlăturate.

Asociații votează în interesul lor și realizează acest lucru prin intermediul prosperității societății; evident că ei iau o hotărâre pentru că le satisface interesul. Plecând de la această realitate, s-a reținut că de aici decurge, în primul rând, că o hotărâre este conformă interesului social pentru că este adoptată de adunarea asociaților și, în al doilea rând, că asociații o adoptă pentru că ea este conformă interesului lor²², de unde și concluzia autorului că interesul social și interesul asociaților sunt în mod evident confundate. Suprapunerea însă nu este perfectă, existând situații când interesul societății comerciale este nesocotit. S-a susținut că o astfel de concluzie (cu privire la confundarea noțiunilor) este mai clară în cazul în care nu ar fi nici conflict de interese, când hotărârea se ia cu unanimitate, toți fiind de acord cu acea hotărâre. Este adevărat, însă nici în acest caz nu putem spune că această o astfel de hotărâre nu este luată cu nesocotirea interesului societății comerciale. Ea este conformă din perspectiva asociaților care nu au cum ataca hotărârea odată ce nu au un astfel de interes, votând în favoarea ei, însă depărtându-ne de persoana asociaților și mergând către elementele ce definesc societatea comercială ca și instituție vom constata existența unui interes social. Acest interes social chiar în ciuda unanimității votului asociaților poate fi protejat de administratori, care uneori nu au același punct de vedere sau de către cenzori care au anumite obligații specifice legale. Identificăm așadar un interes social și un interes comun: interesul social în raporturile dintre asociați și societate și un interes comun ce se regăsește în relațiile dintre asociați²³; cel din urmă trebuie să se substituie interesului social.

Pe de altă parte, trebuie să avem în vedere că interesul social este unic. Acceptăm că există un interes comun asociaților și un interes social²⁴; diferențierea este evidentă în cazul hotărârilor luate de o majoritate în defavoarea unei minorități; nu putem reține formula că există decât un unic interes social, acela al acționarilor²⁵; într-adevăr din punct de vedere tehnic în mod just recunoaștem existența unui interes social, însă tocmai în conturarea principiului salvagădării

²² Dominique Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Jolly, Paris, 2004, p. 318.

²³ Paul Le Cannu, *Droit des sociétés*, Montchrestien, Paris, 2003, p. 142.

²⁴ Chiar și legiuitorul recunoaște expres existența acestora odată ce în art. 250' stabilind regimul desprinderii unei părți din patrimoniul unei societăți și transferarea ca întreg către o altă societate prevede posibilitatea desprinderii în interesul asociaților și desprinderea în interesul societății.

²⁵ *Idem*.

persoanei juridice recunoaștem că există abuz de majoritate și că astfel mde dera-paje nu pot fi asimilate unui interes social, dând consistență și valoare unică voinței acționarilor; a recunoaște că interesul social este identic cu interesul acționarilor înseamnă a nu recunoaște abuzul de drept ca și instituție și nici necesitatea exercitării drepturilor acestora cu bună credință.

Curtea de Casație din Franța, în mod constant, a apreciat că abuzul de majoritate există atunci când o hotărâre a fost luată contrar interesului general al societății și în unicul scop de a favoriza membrii majorității în detrimentul minorității²⁶. Prin această definiție jurisprudențială s-a pus în lumină conflictul de interese dintre acționari, astfel că principiul de guvernare majoritară, menit a servi interesului tuturor acționarilor, este deturnat fiind folosit „în unicul scop de a favoriza membrii majorității în detrimentul minorității”.

S-a considerat că teoria abuzului de majoritate răspunde nevoii de a înăbuși conflictele de interese dintre acționari care produc o ruptură deliberată a comunității de interes dintre acționari²⁷. Definiția jurisprudențială a abuzului nu se mulțumește cu unica constatare a acestei rupturi, ci s-a considerat ca și criteriu suplimentar ca hotărârea să fie luată „contrar interesului general al societății”.

S-a susținut că noțiunea de interes social se compune din doua elemente²⁸, iar dacă unul din acestea lipsește, interesul social nu este realizat:

- interesul acționarilor care exprimă scopul urmărit de societate, astfel că îmbogățirea acționarilor rezultă din îmbogățirea patrimoniului social
- comunitatea de interes care exista între acționari care exprimă legătura care îi unește pe acționari, fiecare având drept la partea sa exactă din îmbogățirea socială.

Din perspectiva acestor două elemente ce ar da consistență noțiunii de interes social, există trei posibilități:

a) fie interesul social este dat numai de primul element, anume îmbogățirea patrimoniului social, astfel încât ar fi contrara interesului social orice hotărâre ce sărăcește societatea sau care nu aduce o sporire a patrimoniului

b) fie interesul social este dat numai de al doilea element, anume împărțirea justă a beneficiului, context în care orice hotărâre în unicul scop de a favoriza acționarii majoritari în detrimentul celor minoritari

c) ori a considera că interesul social se identifică cu altceva decât îmbogățirea societății și a asociațiilor context în care ar fi contrară orice hotărâre care nu satisface interesele diferitelor categorii de persoane ce au legătură cu societatea, cum ar fi creditorii, clienții, salariații etc.

²⁶ Dominique Schmidt, *op. cit.*, p. 314, nota 12.

²⁷ De altfel, noțiunea de „interes social” este utilizată ca și concept pentru constatarea abuzului de majoritatea sau minoritate (pentru o amplă analiză a noțiunii de interes social, a se vedea R.N. Catană, *op. cit.*, p. 126-133).

²⁸ Dominique Schmidt, *op. cit.*, p. 315-316.

S-a susținut că definiția pune într-o parte interesul social și în alta egalitatea de tratament a asociaților, astfel că se pune întrebarea cum acestea pot fi conciliate prin aceeași hotărâre a adunării generale; din acest motiv s-a considerat că ar fi de ajuns, pentru a caracteriza abuzul, să se rețină că majoritatea a decis în unicul scop de a-i favoriza pe membrii săi în detrimentul minorității și, dimpotrivă, a adaugă ca și condiție suplimentară atentarea la interesul social apare inoportun și inutil²⁹. În concluzie, autorul citat reține că interesul social reunește doar cele două elemente, respectiv căutarea îmbogățirii sociale și împărțirea sa cinstită, recunoscând că prin aceasta sunt legați asociații – printr-un interes care le este comun.

Nu împărtășim acest punct de vedere care scoate în evidență doar interesul comun, astfel că ne vom însuși a treia posibilitate mai sus menționată, identificând interesul social nu doar cu îmbogățirea societății și a asociaților, în sfera de cuprindere intrând și armonizarea intereselor ce rezultă din celelalte raporturi juridice ale societății cu creditorii, clienții, syndicatele etc, acestea urmând a fi supune analizei de la caz la caz.

Consecințele imposibilității definirii noțiunii de interes social. Puncte de vedere

După cum am observat identificarea interesului social nu este ușoară, motiv pentru care în doctrină există un punct de vedere ce-l vom detalia în continuare potrivit căruia în lipsa unei definiții exacte a interesului social nu putem apela la acesta cu ocazia atacării unor hotărâri ale adunărilor generale ale acționarilor sau analizării temeiniciei unei cereri de retragere ori de excludere.

Cu alte cuvinte se ajunge la vechea discuție doctrinară, anume dacă cu ocazia unei acțiuni în anulare rămânem în sfera unui control de legalitate sau instanța poate exercita și un control de oportunitate. Se consideră că prin promovarea unei acțiuni în anulare se realizează un control de legalitate, dar nu și un control de oportunitate³⁰, întrucât în acest ultim caz instanța ar interveni în funcționarea societății în locul organelor sale, ceea ce este inadmisibil³¹, cu toate că se recunoaște ca și motiv de nulitate relativă luarea unei hotărâri împotriva interesului social, prin deturnarea funcției sociale a votului adunării³². Or, analiza de către instanța de judecată a unui astfel de motiv presupune o analiză a activității societății, a condițiilor economice ale acesteia și a influenței hotărârii atacate, adică a oportunității acesteia. Din punctul nostru de vedere trebuie depășită teoria conform căreia judecătorul

²⁹ Dominique Schmidt, *op. cit.*, p. 319.

³⁰ C.S.J., s. com., dec. nr. 6200/2001, în Curierul Judiciar nr. 9/2002, p. 55; Î.C.C.J., s. com., dec. nr. 4476/2005, în Pandectele Române nr. 1/2006, p. 50.

³¹ Sorin David, St. D. Cărpenu, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, *Legea societăților comerciale. Comentarii pe articole*, ed. 4, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 398.

³² Sorin David, *op. cit.*, p. 401.

exercită doar un control de legalitate, necesitatea și a unui control de oportunitate fiind dovedită de cele întâlnite în activitatea comercială³³.

Dimpotrivă, așa cum am arătat, o parte a doctrinei consideră că a recunoaște posibilitatea instanțelor de a analiza dacă o hotărâre a adunării este conformă cu interesul general al societății în lipsa unei definiții, înseamnă a utiliza un standard nedeterminabil pentru a interveni în viața unei societăți și a-i devia cursul. O astfel de insecuritate juridică favorizează acțiunile în anulare a hotărârilor adunării cu consecința slăbirii puterii acționarilor majoritari și rodării principiului majorității. Interpretarea hotărârilor adunării asociațiilor prin prisma unui interes social nedeterminat, iar nu prin prisma comunității de interes a acționarilor, subminează principiul majorității, temelie a procesului de formare a voinței sociale, fiind „rezultatul necesității”³⁴. Această interpretare³⁵ are ca efect reducerea puterii asociațiilor majoritari prin interpunerea unei puteri judiciare. Rolul justiției nu este nici să definească o politică socială, nici să-i aprecieze relevanța sau eficacitatea în comparație cu criteriile nedefinite, ci doar să vegheze ca asociații majoritari să nu abuzeze. Abuzul de putere se apreciază în comparație cu interesele tuturor acționarilor, adică și al celor majoritari, dar și al celor minoritari. Y. Reinhard observa că „trebuie atunci să ne hotărâm a considera că interesul social nu face decât să reflecte, la un moment dat, voința unui magistrat, și (...) să hotărască în echitate dând impresia că face dreptate”³⁶.

Cu privire la sancționarea abuzului rămân supuse dezbaterei limitele până la care instanțele de judecată pot determina existența abuzului. În Franța, Curtea de Casație recunoaște că politica socială este rodul voinței acționarilor și sub acest aspect instanțele nu pot cenzura gestiunea societății. Cu titlu de exemplu, prin hotărârea din data de 16 octombrie 1963³⁷, privitor la un recurs în care se invocă ca și motiv faptul că instanța nu se poate substitui adunării generale pentru a aprecia gestiunea de ansamblu a unei întreprinderi, Curtea de Casație reține că „pe bună dreptate Curtea de Apel a considerat că nu trebuie să se substitui adunării generale în gestiunea patrimoniului social, judecătorii nu trebuie să controleze mai puțin deciziile acestei adunări luate în condiții care riscă să denatureze, în folosul câtorva acționari, regulile stabilite pentru protecția tuturor”. Cu privire la acest subiect, P. Bézard, președintele Secției comerciale a Curții de Casație, a precizat că „pentru Curtea de Casație judecătorii nu trebuie să aprecieze gestiunea, ci abuzul de gestiune”³⁸.

³³ O altă situație ce reclamă o astfel de analiză este cea a aplicării art. 144¹ cu privire la răspunderea administratorului, reținându-se în doctrină că „intervenția judecătorului implică o analiză obiectivă a substanței deciziei de afaceri” (R.I. Motica, L. Bercea, *op. cit.*, p. 118).

³⁴ I.L. Georgescu, *Drept comercial român*, vol. II, Ed. All Beck, București, 2002, p. 293.

³⁵ Dominique Schmidt, *op. cit.*, p. 336.

³⁶ Y. Reinhard, *Abuzul de drept în contractul de societate*, JCPE 1999, p. 9, *apud* Dominique Schmidt, *op. cit.*, p. 334.

³⁷ *Bull.* III, nr. 423, *apud* Dominique Schmidt, *op. cit.*, p. 332.

³⁸ P. Bézard, *Legea majorității*, p. 74, *apud* Dominique Schmidt, *op. cit.*, p. 334.

Principiul superiorității interesului social³⁹

Urmare a celor analizate considerăm că interesul social, deși greu de definit și identificat este precum un far ce ghidează orice acțiune a asociațiilor, situându-ne din punct de vedere doctrinar în zona celor ce recunosc existența acestui principiu și utilitatea sa. Vom considera ca și principiu general în materia dreptului societăților comerciale că interesul social este superior intereselor asociațiilor. Este un principiu tocmai pentru că interesul social este un element fundamental, recunoscându-i acestuia rolul de a asigura unitatea sistemică⁴⁰. S-a susținut⁴¹ că interesul social este rezultatul unui pact social fiind ținta oricărei manifestări de voință a asociațiilor și orice atingere adusă acestui interes reprezintă o încălcare a pactului social⁴². Vom face un pas înainte în sensul de a considera interesul social nu rod exclusiv al voinței asociațiilor, căci a-l considera doar urmare a voinței asociațiilor ar însemna plasarea noastră doctrinară în sfera strictă a teoriei contractualiste; dimpotrivă, cum perspectiva de interpretare propusă pivotează către teoria instituțională, implicit considerăm superioritatea interesului social ca și principiu general; concluzia se desprinde din trimiterile făcute de legiuitor către interesul societății, dar și din modalitatea de reglementare a anumitor instituții, care a înțeles să stabilească o astfel de preeminență a interesului social; principiul este doar „mască” de această față normativă. Efectul recunoașterii superiorității interesului social ca și principiu general în materie îl constituie conturarea principiului salvagădării societății comerciale. În lipsa recunoașterii existenței unui interes social, nu există salvagădarea societății comerciale ca și principiu general în materia dreptului societăților comerciale. A rămâne doar în sfera interesului comun al asociațiilor, înseamnă a lăsa ființa societății exclusiv și în toate cazurile la îndemâna asociațiilor sau a asociațiilor majoritari⁴³.

³⁹ În dreptul civil este considerat principiu fundamental „principiul îmbinării intereselor individuale cu interesele colective” ce acționează în toate raporturile civile, fiind consacrat atât pentru persoanele fizice, cât și pentru persoanele juridice (în acest sens, a se vedea I. Dogaru, S. Cercel, *Drept civil. Partea generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 19), însă noi analizăm conturarea principiului din perspectiva raporturilor dintre asociați și societate. Tocmai din această perspectivă nu putem să considerăm că „îmbinarea” este doar o țintă care în puține cazuri este atinsă; așa cum am observat tipologia raporturilor între asociați, dar și între asociați și societate sunt dominate de contrarietatea intereselor.

⁴⁰ D.C. Dănișor, I. Dogaru, Gh. Dănișor, *op. cit.*, p. 156.

⁴¹ Cristian Duțescu, *Drepturile acționarilor*, ed. 2, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 14.

⁴² Y. Guyon, *Droit des affaires*, Economica, Paris, 1998, p. 468.

⁴³ Că legiuitorul nu a dorit de deplin o astfel de situație rezultă, cu titlu de exemplu, din dispozițiile art. 155¹ alin. 1 prin care a dat posibilitate acționarilor minoritari ce dețin individual sau împreună cel puțin 5% din capitalul social să promoveze în nume propriu, dar în contul societății, o acțiune în despăgubiri în cazul în care adunarea generală nu introduce acțiunea în răspundere prevăzută de art. 155 și nici nu dă curs propunerii unuia sau mai multor acționari de a iniția o astfel de acțiune.

Principiul superiorității interesului social *versus* principiul majorității

În încercarea de a defini și stabili conținutul noțiunii de interes social, am avut ca punct de pornire modul de formare a voinței sociale. Formarea voinței societății este rezultatul aplicării principiului majorității în adunarea generală⁴⁴, astfel că voința societății, într-un anumit moment, este dată de asociații ce dețin majoritatea de capital în acel moment; astfel că voința majorității constituie voința societății, chiar dacă există asociați care nu sunt de acord cu cele votate în A.G.A., aceștia din urmă putând ataca hotărârile contrare legii sau actului constitutiv.

Necesitatea principiului majorității rezultă, pe de o parte, din starea de pasivitate a unor asociați care nu participă la adunările generale, iar, pe de altă parte, luarea unor hotărâri cu unanimitate nu este posibilă, fie pentru motivul mai înainte arătat, fie a intereselor contrare ce pot exista la un moment dat între asociați.

Nu putem reține doar că voința socială este doar suma voințelor individuale, ci că este o altă voință rezultat al principiului majorității, care „atât de fertil în rezultate, este rezultatul necesității”⁴⁵. Observând modul de formare, deliberării i se atribuie calitatea de transformare a unei pluralități de declarații de voință într-o nouă voință cu un caracter unitar⁴⁶. În toate etapele de formare a voinței sociale regăsim aplicarea principiului majorității⁴⁷.

Deși am putea spune la prima vedere că cele două principii nu pot coexista, detectând o contradicție aparentă ce ar rezulta din aplicarea concomitentă a acestora, totuși analizând planurile în care fiecare acționează observăm prioritatea ce a dobândit-o interesul social față de interesul asociaților, dar implicit și ca principiu. Din observarea conținutului celor două principii vom reține că principiul superiorității interesului social este un principiu general în materia societăților comerciale, iar principiul majorității este un principiu al unei instituții juridice din dreptul societăților comerciale, respectiv adunările generale ale acționarilor⁴⁸.

⁴⁴ Cu privire la adunările generale a se vedea L. Săuleanu, *Societățile comerciale. Adunările generale ale acționarilor*, Ed. Hamangiu, București, 2009.

⁴⁵ I.L. Georgescu, *op. cit.*, p. 293.

⁴⁶ Marco Milli, *La deliberazione assembleare. Teoria generale e dogmatica*, CEDAM, Milano, 2007, p. 43.

⁴⁷ Marian Bratiș, *Constituirea societății comerciale pe acțiuni*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 475.

⁴⁸ În doctrină au fost evidențiate ca și principii ale unor instituții juridice și principiul obligativității hotărârilor adunărilor generale ale asociaților, principiul publicității hotărârilor adunărilor generale, principiul exercitării dreptului de vot potrivit cotei de participare la capitalul social (R.N. Catană, *op. cit.*, p. 1; V. Găină, *op. cit.*, p. 50-51).

CREANȚELE BUGETARE ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI

*Drd. Lotus Manuela BUZĂ
Judecător, Curtea de Apel Craiova*

Budgetary claims in the insolvency procedure

Rezumat

Creanța bugetară conferă titularului posibilitatea de a solicita tribunalului competent deschiderea procedurii insolvenței împotriva debitorului său dacă creanța este una certă, lichidă și exigibilă de mai mult de 60 de zile de la momentul scadenței obligației, în cuantumul minim prevăzut de Legea nr. 85/2014, 40.000 lei.

Titularul unei creanțe bugetare dobândește calitatea de Noțiunea de creanță bugetară din materie fiscală este similară cu noțiunea de creanță bugetară în procedura insolvenței. Termenii de impozite, taxe, contribuții din definiția dată de art. 5 pct. 14 din Legea nr. 85/2014 desemnează creanțele fiscale propriu-zise, iar sintagma „alte venituri bugetare” se referă la sfera mai largă a creanțelor bugetare, în care intră și creanțele fiscale asimilate și creanțele nefiscale.

creditor îndreptățit să participe la procedura insolvenței doar în contextul în care formulează cerere de înscriere a creanței, iar cererea este admisă.

Cuvinte-cheie: insolvență; creanță bugetară; creditor bugetar; titlu de creanță.

Abstract

The concept of budget debt in tax matters is similar to the notion of budgetary claim in insolvency proceedings. The terms of taxes, duties, contributions from the definition given by art. 5 pt. 14 of the Law no. 85/2014 designates the tax receivables proper and the phrase „other budgetary revenues” refers to the broader sphere of budgetary claims, including the assimilated tax receivables and non-fiscal receivables.

The budgetary entitlement gives the holder the possibility to ask the competent court to open the insolvency proceedings against his debtor if the claim is a certain,

of a fixed amount and due claim for more than 60 days from the maturity of the obligation, in the minimum amount provided by Law no. 85/2014, 40,000 lei.

The holder of a budgetary claim acquires the quality of a creditor entitled to participate in the insolvency proceedings only in the context of filing a claim for the registration of the claim and the application is accepted.

Keywords: *insolvency; budget claim; budget creditor; debt claim.*

Creanțe bugetare. Noțiune

Noua lege a insolvenței definește creanțele bugetare în art. 5 pct. 14 ca fiind acele creanțe care constau în impozite, taxe, contribuții, amenzi și alte venituri bugetare, precum și sumele denumite generic accesorii ale acestora.

Determinarea noțiunii presupune precizări de ordin terminologic prin raportare la termenii specifici utilizați în materie fiscală anume: venituri publice, venituri bugetare, venituri fiscale, venituri nefiscale.

Noțiunea de venituri publice a fost consacrată încă din perioada interbelică și a avut la bază clasificarea după criteriul intervenției sau nu a puterii publice în nașterea acestei categorii de venituri, respectiv venituri care au luat naștere în temeiul puterii de constrângere a statului, precum impozitele, taxele și penalitățile și veniturile realizate pe altă cale decât prin exercițiul puterii de constrângere a statului, altele decât impozitele, taxele și amenzile¹.

S-a afirmat în literatura de specialitate a vremii² că exercitarea puterii de constrângere a statului în scopul realizării veniturilor publice implică acțiunea din oficiu, deciziunea executorie și privilegiul execuțiunii prealabile³.

În evoluția ulterioară perioadei comuniste, legislația și doctrina au utilizat, cu precădere, termenul de venituri bugetare, chiar dacă au fost folosite și noțiunile de venituri publice, resurse financiare publice.

Constituția României în vigoare menționează noțiunea în articolul 56⁴ subsumând sub denumirea de contribuții financiare: impozitele, taxele și sarcinile fiscale și interzicând orice alte prestații în afara celor stabilite prin dispoziții legale în situații excepționale.

¹ Ilie Cojocaru, *Dreptul fiscal și obligațiunea de impozit*, București, 1936, p. 9.

² Ilie Cojocaru, *op. cit.*, p. 196-199.

³ Daniel Dascălu, *Tratat de contencios fiscal*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 24.

⁴ Articolul 56 din Constituția României se referă la noțiunea de contribuții financiare, statuând că: (1) Cetățenii au obligația să contribuie, prin impozite și prin taxe, la cheltuielile publice; (2) Sistemul legal de impuneri trebuie să asigure așezarea justă a sarcinilor fiscale; (3) Orice alte prestații sunt interzise, în afara celor stabilite prin lege, în situații excepționale.

În Constituția României nu este definită noțiunea de venituri bugetare, actul fundamental statuând la nivel de principiu, pe de o parte, obligația cetățenilor de a contribui prin impozite și taxe la veniturile publice, iar pe de altă parte interdicția instituirii în sarcina cetățenilor de prestații în afara celor stabilite prin lege în situații excepționale.

O definiție a veniturilor bugetare este dată de Legea finanțelor publice nr. 500/2002, republicată, cu modificările și completările ulterioare, în art. 2 pct. 42⁵, care prevede că veniturile bugetare sunt toate resursele bănești cuvenite în baza legii bugetelor enumerate de art. 1 alin. 2⁶ din aceeași lege constând în impozite, taxe, contribuții și alte vărsăminte.

Legea finanțelor publice nr. 500/2002, republicată, cu modificările și completările ulterioare, consacră și noțiunea de venituri publice în art. 2 pct. 28⁷, fără însă a-i da o definiție.

Definiții similare pentru noțiunea de venituri bugetare sunt consacrate și în Legea finanțelor publice locale nr. 273/2006 cu modificările și completările ulterioare în art. 1 alin. 2 lit. a)-c)⁸, art. 2 pct. 58⁹ și art. 5 alin. 1 lit. b)-d)¹⁰.

⁵ Art. 2 pct. 42 din Legea nr. 500/2002 definește veniturile bugetare ca resursele bănești care se cuvin bugetelor prevăzute la art. 1 alin. (2), în baza unor prevederi legale, formate din impozite, taxe, contribuții și alte vărsăminte;

⁶ Art. 1 alin. 2 enumeră bugetele cu privire la care dispozițiile legii se aplică în privința elaborării, aprobării, executării și raportării: a) bugetul de stat; b) bugetul asigurărilor sociale de stat; c) bugetele fondurilor speciale; d) bugetul trezoreriei statului; e) bugetele instituțiilor publice autonome; f) bugetele instituțiilor publice finanțate integral sau parțial din bugetul de stat, bugetul asigurărilor sociale de stat și bugetele fondurilor speciale, după caz; g) bugetele instituțiilor publice finanțate integral din venituri proprii; h) bugetul fondurilor provenite din credite externe contractate sau garantate de stat și ale căror rambursare, dobânzi și alte costuri se asigură din fonduri publice; i) bugetul fondurilor externe nerambursabile.

⁷ Art. 28 din Legea nr. 500/2002 prevede că sunt fonduri speciale veniturile publice constituite prin legi speciale prin care se stabilesc și destinațiile acestora.

⁸ Art. 1 alin. 2 din Legea nr. 273/2006 Dispozițiile prezentei legi se aplică în domeniul elaborării, aprobării, executării și raportării: a) bugetelor locale ale comunelor, orașelor, municipiilor, sectoarelor municipiului București, județelor și municipiului București; b) bugetelor instituțiilor publice finanțate integral sau parțial din bugetele locale, după caz; c) bugetelor instituțiilor publice finanțate integral din venituri proprii; d) bugetului împrumuturilor externe și interne, pentru care rambursarea, plata dobânzilor, comisioanelor, spezelor și a altor costuri se asigură din bugetele locale și care provin din: împrumuturi externe contractate de stat și subîmprumutate autorităților administrației publice locale și/sau agenților economici și serviciilor publice din subordinea acestora; împrumuturi contractate de autoritățile administrației publice locale și garantate de stat; împrumuturi externe și/sau interne contractate sau garantate de autoritățile administrației publice locale; e) bugetului fondurilor externe nerambursabile.

⁹ Art. 2 pct. 58 din Legea nr. 273/2006 definește veniturile bugetare – resursele bănești care se cuvin bugetelor prevăzute la art. 1 alin. (2) lit. a)-c), după caz, în baza unor prevederi legale, formate din impozite, taxe, contribuții, alte vărsăminte, alte venituri, cote defalcate din unele venituri ale bugetului de stat, precum și cele prevăzute la art. 5 alin. (1) lit. b)-d).

¹⁰ Art. 5 din Legea nr. 273/2006 prevede: (1) Veniturile bugetare locale se constituie din: a) venituri proprii, formate din: impozite, taxe, contribuții, alte vărsăminte, alte venituri și cote defalcate din impozitul pe venit; b) sume defalcate din unele venituri ale bugetului de stat;

Din termenii folosiți de legiuitor în legislația în vigoare rezultă că acesta a utilizat atât noțiunea de venituri publice, cât și pe cea de venituri bugetare, fără ca, raportat la modul de redactare și conținutul noțiunilor, să existe diferențe semnificative între cele două noțiuni, care într-o bună măsură se suprapun.

Într-o lucrare recentă de specialitate¹¹ s-a arătat că veniturile bugetelor menționate de art. 1 alin. 2 din Legea finanțelor publice și art. 1 alin. 2 din Legea finanțelor publice locale reprezintă diferențe specifice față de noțiunea de venituri publice ca gen proxim.

Cu alte cuvinte noțiunea de venituri bugetare reprezintă diferența specifică în raport cu noțiunea de venituri publice ca gen proxim, primele fiind o categorie restrânsă inclusă în categoria mai largă a veniturilor publice.

Același autor arată că se impune stabilirea genului proxim pentru noțiunile de venituri fiscale și venituri nefiscale, precum și stabilirea criteriilor de diferențiere între ele, deoarece legislația contemporană, în contextul existenței unui număr mare de reglementări, a instabilității legislative și a lipsei de corelare a actelor normative, nu oferă definiții suficient de clare, care să conducă facil la o separare corespunzătoare a noțiunilor în discuție.

Pentru a stabili natura fiscală sau nefiscală a veniturilor, creanțelor, definitiv, în opinia autorului, este Codul de procedură fiscală.

Actul normativ menționat se preocupă, pe de o parte, de definirea termenilor de creanță bugetară¹², creanță bugetară principală¹³, creanță bugetară accesorie¹⁴, creanță fiscală¹⁵, creanță fiscală principală¹⁶, creanță fiscală accesorie¹⁷, iar, pe de

c) subvenții primite de la bugetul de stat și de la alte bugete; d) donații și sponsorizări; e) sume primite de la Uniunea Europeană și/sau alți donatori în contul plăților efectuate și prefinanțării.

¹¹ Daniel Dascălu, *Tratat de contencios fiscal*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 42.

¹² Codul de procedură fiscală în art. 1 pct. 7 definește creanța bugetară – dreptul la încasarea oricărei sume care se cuvine bugetului general consolidat, reprezentând creanța bugetară principală și creanța bugetară accesorie.

¹³ Codul de procedură fiscală în art. 1 pct. 8 definește creanța bugetară principală – dreptul la încasarea oricărei sume care se cuvine bugetului general consolidat, altele decât creanțele bugetare accesorii.

¹⁴ Codul de procedură fiscală art. 1 pct. 9 definește creanța bugetară accesorie – dreptul la încasarea dobânzilor, penalităților sau a altor asemenea sume, în baza legii, aferente unor creanțe bugetare principale.

¹⁵ Codul de procedură fiscală art. 1 pct. 10 definește creanța fiscală - dreptul la încasarea oricărei sume care se cuvine bugetului general consolidat, reprezentând creanța fiscală principală și creanța fiscală accesorie.

¹⁶ Codul de procedură fiscală în art. 1 pct. 11 definește creanța fiscală principală – dreptul la perceperea impozitelor, taxelor și contribuțiilor sociale, precum și dreptul contribuabilului la restituirea sumelor plătite fără a fi datorate și la rambursarea sumelor cuvenite, în situațiile și condițiile prevăzute de lege.

¹⁷ Codul de procedură fiscală în art. 1 pct. 12. definește creanța fiscală accesorie – dreptul la perceperea dobânzilor, penalităților sau majorărilor aferente unor creanțe fiscale principale, precum și dreptul contribuabilului de a primi dobânzi, în condițiile legii.

altă parte, de stabilirea obiectului și sferei de aplicare a codului în art. 2¹⁸. Coroborând definițiile reiese că noțiunea de creanță fiscală se referă la impozite, taxe, contribuții și la dobânzile, majorările și penalitățile aferente impozitelor, taxelor și contribuțiilor.

Din lecturarea art. 2 rezultă că în obiectul și sfera de activitate a Codului de procedură fiscală intră, ca regulă, veniturile fiscale reprezentând creanțe fiscale cu privire la care sunt incidente procedurile de administrare fiscală prevăzute de art. 3 Cod procedură fiscală și, în măsura în care legea prevede expres, în sfera de aplicare a acestui act normativ intră și alte venituri bugetare, creanțele fiscale asimilate, cu privire la care se aplică în integralitate procedurile de administrare fiscală¹⁹ sau doar procedura de executare silită prevăzută de acest cod²⁰.

În acest context se pune problema dacă între noțiunile menționate de legislația din materie fiscală de creanță bugetară, care, așa cum am arătat, are o sferă mai largă de aplicare, și creanță fiscală, cu o sferă mai restrânsă, (impozite, taxe, contribuții și accesorii ale acestora) care se circumscrie sferei creanțelor bugetare, și noțiunile avute în vedere de legiuitor în reglementarea Legii nr. 85/2014 există similaritate.

Față de noțiunile arătate și de definiția dată în art. 5 pct. 14 din Legea nr. 85/2014 răspunsul este, în opinia noastră, unul afirmativ, termenii de impozite, taxe, contribuții desemnând creanțele fiscale propriu-zise, iar sintagma „alte venituri bugetare” referindu-se la sfera mai largă a creanțelor bugetare, în care intră și creanțele fiscale asimilate și creanțele nefiscale.

Creanțele bugetare prin prisma procedurii insolvenței

Deschiderea procedurii

O creanță bugetară conferă titularului posibilitatea de a solicita tribunalului competent deschiderea procedurii insolvenței împotriva debitorului său dacă creanța

¹⁸ Art. 2 Cod procedură fiscală – obiectul și sfera de aplicare a Codului de procedură fiscală: (1) Codul de procedură fiscală reglementează drepturile și obligațiile părților din raporturile juridice fiscale privind administrarea creanțelor fiscale datorate bugetului general consolidat, indiferent de autoritatea care le administrează, cu excepția cazului când prin lege se prevede altfel. (2) În măsura în care prin lege specială nu se prevede altfel, prezentul cod se aplică și pentru: a) administrarea drepturilor vamale; b) administrarea redevențelor miniere, a redevențelor petroliere și a redevențelor rezultate din contracte de concesiune, arendă și alte contracte de exploatare eficientă a terenurilor cu destinație agricolă, încheiate de Agenția Domeniilor Statului; c) alte creanțe bugetare care, potrivit legii, sunt asimilate creanțelor fiscale. (3) În scopul aplicării alin. (2), drepturile vamale și redevențele sunt asimilate creanțelor fiscale. (4) Prezentul cod nu se aplică pentru administrarea creanțelor bugetare rezultate din raporturile juridice contractuale, cu excepția celor prevăzute la alin. (2) lit. b).

¹⁹ Cum este cazul redevențelor.

²⁰ Cum este cazul amenzilor.

este una certă, lichidă și exigibilă de mai mult de 60 de zile de la momentul scadenței obligației, în cuantumul minim prevăzut de Legea nr. 85/2014, 40.000 lei.

Dacă în cazul debitorului aflat în insolvență vorbim de obligația de a formula cererea de deschidere a procedurii, în cazul creditorului legiuitorul a lăsat la latitudinea acestuia decizia privind formularea unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței împotriva debitorului său ori întreprinderea vreunui alt demers de recuperare a creanței.

Credem însă că în cazul creditorului bugetar, date fiind posibilitățile de instituire de măsuri asiguratorii asupra bunurilor debitorului, de recuperare prin organe proprii, puse la îndemâna acestuia de Codul de procedură fiscală, formularea unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței împotriva debitorului, ca procedură de urmărire colectivă, este între ultimele opțiuni.

Cererea creditorului bugetar de deschidere a procedurii împotriva debitorului său trebuie să cuprindă elementele prevăzute de art. 70 alin. 1 lit. a)-d) din Legea nr. 85/2014: cuantumul și temeiul creanței, existența unui drept de preferință, a unor măsuri asiguratorii instituite asupra bunurilor debitorului și declarația privind eventuala intenție de a participa la reorganizarea debitorului.

În temeiul art. 70 alin. 2 din Legea nr. 85/2014, creditorul bugetar trebuie să anexeze cererii sale documentele justificative ale creanței bugetare.

Documentele ce dovedesc creanța bugetară, folosite ca probă în litigiul declanșat prin cererea de deschidere a procedurii formulate de creditor, cu natură contencioasă, sunt în cele mai multe cazuri înscrise întocmite în cadrul unei proceduri administrativ-fiscale, de organele fiscale abilitate, materializate de regulă în titluri de creanță (raport de inspecție fiscală, decizie de impunere etc.).

În literatura de specialitate²¹ s-a exprimat opinia că, deși Codul de procedură fiscală nu face referire la înscrisurile încheiate în formă autentică decât în privința asumării răspunderii fiscale a unei persoane pentru obligația de plată a debitorului art. 25 alin. 2 lit. d), și în această materie sunt, de principiu, pe deplin aplicabile regulile privind înscrisurile autentice din procedura civilă, prevăzute de noul Cod de procedură civilă și Legea notarilor publici și a activității notariale, republicată.

Pornind de la dispozițiile art. 269 NCPC, potrivit cărora înscrisul întocmit de o autoritate publică, de notarul public sau de către o altă persoană investită de stat cu autoritate publică, în forma și condițiile stabilite de lege, este înscris autentic, împărtășim opinia autorului.

Autorul pune și problema determinării valorii probatorii a înscrisurilor întocmite de către organele fiscale în cadrul procedurii fiscale, însă prin raportare la Codul de procedură fiscală, act normativ ce stabilește competențele legale ale organelor de stat în materia fiscală, conform condiției cerute de art. 269 NCPC.

²¹ Daniel Dascălu, *Tratat de contencios fiscal*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 325-326.

Având în vedere diferența de reglementare prin prisma art. 94 alin. (2) C. pr. fisc. autorul menționează deosebirea de regim probator între deciziile de impunere, care pot fi motivate inclusiv pe baza constatărilor proprii ale organelor fiscale, și celelalte acte administrative fiscale emise de organul fiscal, pentru care legiuitorul nu a conferit abilitare legală de motivare pe baza propriilor constatări ale organului fiscal.

Cu alte cuvinte, deși ambele categorii de acte administrative fiscale sunt înscrisuri oficiale și sunt supuse obligației legale de motivare în fapt și în drept, doar deciziile de impunere pot fi probate prin constatările proprii ale organului fiscal, pe când celelalte acte administrative fiscale nu.

Același autor subliniază cu privire la înscrisurile pentru care există o abilitare a organelor fiscale să procedeze la constatări de fapt că acestea vor avea valoare probatorie pentru constatările situației de fapt cu privire la care există abilitare legală potrivit principiului specializării capacității lor de folosință și concluzionează că nu vor avea valoarea de „constatări” ale organelor fiscale menționatele dintr-un act de control cu privire la „prejudiciul” suferit de stat ca urmare a neplății impozitelor, taxelor, contribuțiilor.

În opinia autorului, constatarea „prejudiciului” nu este o constatare *propriis sensibus* a funcționarului care a întocmit actul cu privire la o situație, ci doar opinia acestui organ cu privire la modul în care trebuia aplicată legea, sau în legătură cu respectiva operațiune ce a făcut obiectul analizei, respectiv dacă în privința operațiunii ar fi fost sau nu datorate sume cu titlu de impozite și taxe.

Problema înscrisurilor cu valoare probantă în cadrul cererii de deschidere a procedurii la cererea creditorului bugetar se pune și din perspectiva debitorului contribuabil care poate contesta starea de insolvență și face proba contrară, sau poate invoca aspecte privind stingerea totală sau parțială a creanței, prescripția.

Judecătorul sindic nu poate să ignore înscrisurile opuse de debitorul contribuabil creditorului bugetar, regulile din materia relațiilor dintre profesioniști cu privire la înscrisuri fiind aplicabile ori de câte ori nu există dispoziții speciale care să instituie reguli specifice de probațiune, derogatorii.

O astfel de regulă specială instituie legiuitorul prin art. 277 alin. (2) NCPC cu privire la înscrisurile dintre profesioniști potrivit căreia înscrisurile folosite de aceștia în mod uzual în exercițiul practicii lor pot să nu fie semnate, în raporturile dintre ei nefiind incidente regula formalității multiplului exemplar prevăzută de art. 274 NCPC și nici cea a mențiunii „bun și aprobat” prevăzută de art. 275, aplicabile între neprofesioniști.

Există uneori reguli în legislația fiscală, care impun înregistrarea anumitor acte sub semnătură privată la organul fiscal, cum este cazul contractelor de prestări servicii de către societățile străine către societățile române și contractelor de închiriere încheiate de locatori persoane fizice, iar sancțiunea este pe de o parte

nedeductibilitatea cheltuielilor efectuate în baza acestora și inopozabilitatea față de organul fiscal a actului sub semnătură privată neînregistrat.

Determinante în materie probatorie sunt documentele justificative și evidențele contabile ale contribuabilului, primele consemnând fenomenele și procesele economice și financiare ale debitorului în momentul și la locul producerii lor, și stând la baza înregistrărilor în contabilitate, ceea ce le dă și caracterul de document justificativ, iar secundele reprezentând totalitatea registrelor și actelor contabile întocmite de debitorul contribuabil în activitatea sa, potrivit Legii contabilității nr. 82/1991 și altor acte normative emise în baza acesteia.

Se impune precizarea, în acest context, că legislația fiscală permite corectarea evidențelor și documentelor financiar-contabile, declarațiilor fiscale, pe baza unor reguli speciale, a căror nerespectare face de regulă incidentă sancțiunea inopozabilității respectivelor documente față de organului fiscal.

Valoarea probatorie a documentelor justificative și evidențelor contabile ale contribuabilului nu poate fi, de regulă, pusă în discuție deoarece de principiu respectivele documente sunt întocmite în ordinea derulării operațiilor în cadrul activității debitorului conform rigorilor legislației în materie și oferă garanția de exactitate. Nu excludem de plano posibilitatea constituirii *pro causa* a unor astfel de înregistrări, astfel încât în aprecierea probatoriului este posibilă înlăturarea lor.

Problema înscrisurilor autentice în procedura fiscală poate fi privită și din perspectiva actelor încheiate de debitorul contribuabil și, dată fiind opozabilitatea *erga omnes* în privința conținutului lor, organul fiscal nu le poate nesocoti.

Vor putea fi utilizate ca mijloace de probă, dacă prezintă relevanță pentru situația debitorului, în baza regulilor prevăzute de noul Cod de procedură civilă: registrele și hârtiile domestice (art. 279 NCPC), registrele profesionistului (art. 280 NCPC), indiferent dacă sunt regulat sau neregulat ținute; mențiunea creditorului pe titlul de creanță (art. 281 NCPC); contractele încheiate pe formulare tipizate sau standardizate ori încorporând condiții generale tip (art. 289 alin. 1 NCPC), biletele, tichetele și alte asemenea documente utilizate cu ocazia încheierii unor acte juridice sau care încorporează dreptul la anumite prestații (art. 289 alin. 2 NCPC); corespondența contribuabilului, telegrame ori mesaje telex depuse la poștă și semnale de expeditor sau telefaxul, acesta din urmă recunoscut pentru comunicarea actelor de procedură, dar nementionat expres pentru probațiune.

În materie probatorie, cu privire la soluționarea cererii de deschidere a procedurii la cererea creditorului, s-au exprimat în literatura de specialitate două opinii: una în sensul că este admisibilă doar proba cu înscrisuri, fiind inadmisibilă administrarea altor probe²², cea de-a doua în sensul că administrarea altor probe în afara înscrisurilor nu poate fi de plano inadmisibilă întrucât cererea de deschidere a

²² Gheorghe Piperea, *Drept comercial*, vol. II, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 232.

procedurii se judecă potrivit regulilor de drept comun cu excepțiile prevăzute expres de art. 41 din Legea nr. 85/2014²³.

Cu titlu general, cu privire la orice cerere de deschidere formulată de creditor, opinăm în favoarea primei opinii pentru că nu ne aflăm în prezența unui litigiu de drept comun (contencios fiscal), cadrul în care se lămuresc aspectele în cazul contestării caracterului cert al creanței, judecătorul sindic verificând condițiile privind creanța certă lichidă și exigibilă, cuantumul creanței și starea de insolvență. Aceasta cu atât mai mult cu cât actuala lege a insolvenței definește în art. 5 pct. 20 creanța certă ca rezultând din chiar actul de creanță sau din alte acte (...), deci din înscrisuri.

Cu titlu particular, când este vorba de cererea de deschidere a creditorului bugetar, cu atât mai mult probele administrate în fața judecătorului sindic nu pot fi decât înscrisurile, în condițiile în care, așa cum am mai arătat titlul de creanță se contestă la organele fiscale, iar decizia acestora la instanța de contencios unde are loc și administrarea unui probatoriu complex ce presupune în cele mai multe cazuri expertize de specialitate.

O importanță deosebită pentru stabilirea caracterului creanței bugetare de creanță certă, lichidă și exigibilă prezintă suspendarea executării actului de creanță, titlu executoriu.

Se impune precizarea că, dacă titlul de creanță a fost contestat la instanța de contencios administrativ, fără a se fi dispus suspendarea, acesta constituie titlu executoriu pentru creanța contestată a cărei existență rezultă din titlu, care poate deci fi executată, plata acesteia în cadrul procedurii insolvenței nefiind altceva decât o formă de executare silită colectivă.

Așa cum am mai arătat, actul administrativ fiscal are caracter obligatoriu și executoriu putând fi pus în executare în temeiul prezumției de legalitate chiar anterior soluționării litigiului fiscal declanșat împotriva actului respectiv.

Introducerea contestației la organele fiscale nu suspendă executarea actului administrativ fiscal potrivit art. 278 alin. 1 Cod procedură fiscală.

Legiuitorul nostru a adoptat soluția potrivit căreia introducerea contestației nu suspendă executarea actului administrativ fiscal în considerarea consecințelor negative pe care o astfel de soluție o are asupra bugetului de stat, precum și în scopul prevenirii unei conduite abuzive a contribuabilului în cadrul acestor litigii, care, indiferent de sorții de izbândă, ar introduce contestația doar pentru tergiversare.

Reglementarea dă însă posibilitatea suspendării pe calea unei acțiuni în contencios administrativ în condițiile Legii nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, judecătorul fiind cel care apreciază în privința suspendării.

²³ Ioan Adam, Anca Roxana Adam, *Codul insolvenței, Titlul II, Procedura insolvenței. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2016, p. 365.

Suspendarea dispusă de judecător în condițiile art. 14 și 15 din Legea contenciosului administrativ, texte ce se referă expres la suspendarea executării actului administrativ, are ca efect principal afectarea caracterului executoriu al actului administrativ fiscal.

Sintagma utilizată de legiuitor – suspendarea executării actului administrativ unilateral – interpretată literal duce la ideea că suspendarea operează doar în privința caracterului executoriu al actului administrativ unilateral.

Și în doctrina de specialitate²⁴ s-a exprimat opinia că redactarea textului de lege privind suspendarea executării actului administrativ în condițiile art. 14 și 15 din Legea contenciosului administrativ ar putea conduce la concluzia că este afectată doar executorialitatea actului administrativ de la momentul pronunțării hotărârii și până la soluționarea pe fond sau soluționarea irevocabilă a litigiului, după caz, dar nu și efectele sale obligatorii, inclusiv exigibilitatea creanțelor fiscale. Același autor arată însă că în practică admiterea acțiunii în suspendare conduce nu doar la suspendarea executării actului, ci a înseși efectelor juridice ale acestuia.

Conduce, de asemenea, la ideea suspendării efectelor actului definiția dată suspendării actului administrativ unilateral în literatura specifică ce comentează chiar Legea contenciosului administrativ „măsură provizorie de întrerupere sau de amânare a efectelor manifestării de voință a autorității publice, menită să asigure protecția juridică a persoanei potențial vătămate, până la evaluarea legalității deciziei administrative de către instanța de contencios administrativ”²⁵.

În același sens este definiția dată de profesorul Antonie Iorgovan²⁶ „operațiunea juridică de întrerupere vremelnică a efectelor, ca și cum actul dispăre din circuitul civil, deși formal-juridic acesta există”.

Revenind la titlul de creanță al creditorului bugetar pe baza căruia acesta solicită deschiderea procedurii insolvenței apare cu claritate că suspendarea de către instanța de contencios a acestuia ridică probleme cu privire la existența neîndoielnică a creanței și la caracterul exigibil al acesteia.

Ca urmare, în cadrul procedurii insolvenței creditorul bugetar titular al unei creanțe fiscale întemeiate pe un act fiscal – titlu executoriu suspendat în temeiul legii contenciosului administrativ nu are o creanță certă și exigibilă sub aspectul executării care să poate fi plătită în procedura de executare colectivă a insolvenței. Practica a fost în sensul respingerii cererii de deschidere a procedurii, cu motivarea

²⁴ Daniel Dascălu, *Tratat de contencios fiscal*, Ed. Hamangiu, 2014, București, p. 730.

²⁵ Gabriela Bogasiu, *Legea contenciosului administrativ comentată și adnotată*, ed. a III-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 389.

²⁶ Antonie Iorgovan, *Legea contenciosului administrativ – Comentariu și jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 256.

că nu este vorba de o creanță certă și exigibilă, și pe vechia reglementare din materia insolvenței²⁷.

Titularul unei astfel de creanțe nu poate cere deschiderea procedurii, întrucât nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege pentru deschiderea procedurii la cererea creditorului privind existența unei creanțe certe, lichide și exigibile în cuantumul minim stabilit de lege.

Trebuie subliniat însă că obținerea unei suspendări în temeiul art. 14 până la soluționarea pe fond, fără ca ulterior să fie dispusă suspendarea până la soluționarea definitivă în temeiul art. 15 a litigiului nu mai are nici un efect ulterior soluționării acțiunii în primă instanță.

În aceeași măsură admiterea unei cereri de suspendare în temeiul art. 14 în condițiile în care titlul de creanță a fost contestat la organele fiscale, fără ca ulterior debitorul să introducă acțiune în anularea actului de creanță, rămâne fără efecte, suspendarea dispusă în temeiul art. 14 încetând de drept fără nicio formalitate conform art. 14 alin. 2 teza finală din Legea nr. 554/2004.

Dacă nu există o suspendare dispusă de instanța de contencios, care să producă efecte asupra caracterului obligatoriu și executoriu al actului de creanță, creanța creditorului bugetar este una certă lichidă și exigibilă care, în măsura în care sunt îndeplinite și celelalte condiții prevăzute de Legea nr. 85/2014, va duce la admiterea cererii de deschidere a procedurii insolvenței împotriva debitorului la cererea creditorului bugetar titular al creanței.

De principiu, în situația în care debitorul contestă starea de insolvență potrivit art. 72 alin. 3 din Legea nr. 85/2014, judecătorul sindic poate obliga creditorul care a formulat cererea de deschidere a procedurii la plata unei cauțiuni, în temeiul art. 72 alin. 1 din Legea nr. 85/2014, prevedere care nu se aplică în cazul creditorului bugetar. Acesta din urmă beneficiază de un tratament mai favorabil potrivit art. 265 alin. 7 Cod procedură fiscală, care instituie o regulă specială, derogatorie de la regulă prevăzută de art. 72 alin. 1, anume că cererile organelor fiscale privind începerea procedurii insolvenței sunt scutite de consemnarea vreunei cauțiuni.

Avantajul creat astfel de legiuitor este unul semnificativ având în vedere faptul că în cele mai multe cazuri cauțiunea reprezintă o limitare legală în privința accesului la justiție, în cazul celorlalți creditori, alții decât organele fiscale, cauțiunea fiind însemnată, de până la 10% din valoarea creanței.

Creanțele bugetare în cursul procedurii

Într-o procedură de insolvență deschisă împotriva debitorului unei creanțe bugetare în accepțiunea Legii nr. 85/2014, titularul unei astfel de creanțe dobândește

²⁷ Ioan Adam, Anca Roxana Adam, *Codul insolvenței Titlul II Procedura insolvenței. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2016, p. 373; Tribunalul Cluj, sent. nr. 446/c/16.10.2003, CA Timișoara dec. nr. 1205/09.12.2008.

calitatea de creditor îndreptătit să participe la procedura insolvenței doar în contextul în care formulează cerere de înscriere a creanței, iar cererea este admisă.

Codul de procedură fiscală prevede în art. 265 alin. 5 că în vederea recuperării creanțelor fiscale de la debitorii care se află în stare de insolvență potrivit Legii nr. 85/2014, organul fiscal solicită înscrierea la masa credală a impozitelor, taxelor, contribuțiilor sociale existente în evidența creanțelor fiscale la data declarării insolvenței. Este vorba de creanțe bugetare născute anterior deschiderii procedurii pentru care creditorul bugetar are obligația de a formula declarație de creanță.

Obligația de a depune cerere scrisă prin care să își declare creanța reiese și din art. 102 din Legea nr. 85/2014 care prevede obligativitatea formulării declarației de creanță pentru toți creditorii cu excepția salariaților, deci inclusiv pentru creditorii bugetari.

Chiar creditorul bugetar care a cerut deschiderea procedurii insolvenței trebuie să depună declarație de creanță în cazul în care calculează accesorii până la data deschiderii procedurii. De principiu creditorul care a solicitat deschiderea procedurii nu are obligația depunerii declarației de creanță, creanța sa înscriindu-se pe baza documentelor justificative atașate cererii de deschidere conform art. 102 alin. 2, însă formularea cererii de creanță apare ca necesară și în privința acestui creditor dacă solicită accesorii la creanță până la data deschiderii procedurii, situație în care se află creditorul bugetar.

Alineatul 1 al art. 102 din Legea nr. 85/2014 prevede expres obligația de formulare a cererii de creanță și pentru creanțele bugetare constatate prin raportul de inspecție fiscală ce se întocmește după data deschidere procedurii al cărui obiect este verificarea activității debitorului în perioada anterioară deschiderii procedurii, care sunt creanțe anterioare.

Actuala reglementare permite organelor de inspecție fiscală ca în termen de 60 de zile de la data la care notificarea de deschidere a procedurii a fost publicată în BPI să efectueze o inspecție fiscală a activității anterioare intrării în procedură a debitorului și să întocmească raport de inspecție fiscală în conformitate cu dispozițiile O.G. nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală, republicată cu modificările și completările ulterioare.

În contextul creării acestei posibilități, care favorizează statul ca și creditor bugetar, legiuitorul a prevăzut pentru acești creditorii bugetari obligația de înregistrare a cererii de admitere a creanței în termenul limită pentru înregistrarea cererii de admitere a oricărei creanțe împotriva averii debitorului prevăzut de art. 100 alin. 1 lit. b), urmând ca în termen de 60 de zile de la data la care notificarea de deschidere a procedurii a fost publicată în BPI creditorul bugetar să înregistreze, dacă este cazul și a rezultat urmare a inspecției, un supliment la cererea de admitere a creanței formulată inițial.

În practica judiciară s-a pus problema naturii termenului de 60 de zile prevăzut de art. 102 din Legea nr. 85/2014 în sensul determinării caracterului acestuia, termen de prescripție sau termen de decădere.

Opinăm că acest termen este unul de decădere și că nu poate fi nici prelungit în condițiile Legii nr. 85/2014, care în art. 100 alin. 2 stabilește posibilitatea judecătorului sindic ca, în raport de circumstanțele cauzei și dacă există motive temeinice, să majoreze termenele prevăzute la art. 100 alin. 1 cu maximum 30 de zile.

Poate fi admisibilă o eventuală repunere în termen dacă organele fiscale dovedesc că s-au aflat, din motive temeinic justificate, în împrejurări potrivit cărora nu au putut efectua controlul și odată cu declarația de creanță formulează și cererea de repunere în termen în cel mult 15 zile de la încetarea împiedicării potrivit art. 86 C. pr. civ., care completează Legea nr. 85/2014.

Creanțele bugetare ce rezultă dintr-un titlu executoriu necontestat în condițiile Codului de procedură fiscală nu sunt supuse procedurii de verificare prevăzute de Legea nr. 85/2014 potrivit art. 105 alin. 2 din lege.

Potrivit art. 106 din Legea nr. 85/2014, administratorul judiciar va proceda la verificarea fiecărei cereri și a documentelor depuse și va efectua o cercetare amănunțită pentru a stabili legitimitatea, valoarea exactă și prioritatea fiecărei creanțe.

Cu privire la creanțele bugetare, așa cum am precizat, Legea nr. 85/2014 derogă în art. 105 alin. 2 prevăzând că acestea nu sunt supuse procedurii de verificare.

Deoarece problema limitelor verificării creanțelor bugetare rezultate din titluri executorii a iscat în practica judiciară controverse, prin decizia pronunțată în recurs în interesul legii nr. 11/2016, referitor la această problemă, a statuat ÎCCJ²⁸ în sensul efectuării unei verificări formale ce vizează aspecte ce țin de stingerea creanței, prescripție și nu de fondul creanței, lămurirea acestor din urmă aspecte fiind de competența exclusivă a instanței specializate de contencios administrativ fiscal.

O altă problemă care a suscitat discuții în practica instanțelor a fost aceea a modalității de înscriere, urmare a verificării formale, conform art. 106 alin. 2 din Legea

²⁸ Decizia pronunțată în recurs în interesul legii nr. 11/2016 „Controlul de legalitate/de temeinicie a titlurilor executorii din care izvorăsc creanțe bugetare, pentru care se solicită înscrierea în tabelul de creanță, în ipoteza în care aceste titluri au fost contestate în fața instanței judecătorești în termenele speciale prevăzute de legea specială, revine exclusiv instanței specializate de control administrativ și fiscal, o atare verificare pe fond neputând fi făcută de practicianul în insolvență. În schimb, administratorul/lichidatorul judiciar este obligat, conform atribuțiilor sale legale, să verifice sub aspect formal creanța bugetară ce se solicită a se înscrie în tabelul de creanțe.

Astfel, administratorul/lichidatorul judiciar este obligat să analizeze aspecte ce țin de stingerea parțială sau totală a creanței ori intervenirea prescripției extinctive, precum și caracterul contestat al creanței și să menționeze acest aspect în ce privește creanța respectivă, conform art. III alin. (6) din Legea nr. 85/2014.

În concluzie, administratorul/lichidatorul judiciar nu poate face verificări pe fond ale creanței bugetare, limitele verificării efectuate de către acesta reducându-se la aspectele de ordin formal precizate mai sus”.

nr. 85/2014, de către administratorul judiciar a creanței creditorului bugetar ce rezultă din titlu executoriu contestat și suspendat în contencios administrativ fiscal.

În lipsa unor prevederi referitoare la aceste creanțe s-au exprimat diferite opinii: fie înscrierea acestei creanțe ca fiind sub condiție suspensivă (nașterea creanței la momentul soluționării contestației formulate de debitor împotriva titlului de creanță – titlu executoriu), sau înscrierea creanței ca în litigiu ori că această creanță trebuie înscrisă provizoriu.

Plecând de la definiția tabelului preliminar de creanțe dată de legiuitor în art. 5 alin. 1 pct. 69, conform căreia tabelul preliminar de creanțe cuprinde toate creanțele scadente sau nescadente, sub condiție sau în litigiu, născute înainte de data deschiderii procedurii și acceptate de către administratorul judiciar urmare a verificării efectuate în temeiul art. 105 din legea insolvenței, rezultă că legiuitorul face distincție între creanțele sub condiție și creanțele în litigiu ca fiind categorii distincte de creanțe ce se înscriu în tabelul preliminar.

De asemenea, art. 67 alin. 1 lit. c) din Legea nr. 85/2014, atunci când se referă la lista creditorilor ce trebuie să însoțească cererea debitorului de deschidere a procedurii insolvenței, distinge cu privire la creanțele acestor creditori între creanțe certe sau sub condiție, lichide ori nelichide, scadente sau nescadente, necontestate ori contestate, astfel încât se poate trage concluzia că legiuitorul privește ca și categorii de creanțe, pe de o parte creanțele necontestate, iar, pe de altă parte, creanțele contestate, cum este și cazul celor contestate potrivit procedurii prevăzute de Codul de procedură fiscală.

Interpretând coroborat cele două texte apare cu evidență că nu există echivalență între creanțele contestate și cele necontestate, și nici între creanțele sub condiție și cele în litigiu.

Subliniem că simpla contestare nu are relevanță asupra creanței și că în acest mod o creanță nu devine una provizorie, în litigiu sau sub condiție, încadrarea într-o categorie sau alta fiind foarte importantă prin prisma efectelor juridice pe care le produce înscrierea în tabel într-o categorie sau alta.

Simpla contestare în contencios administrativ fiscal nu are deci efecte sub aspectul înscrierii creanței fiscale în tabelul creanțelor împotriva averii debitorului, aceasta fiind înscrisă în tabel ca o creanță pură și simplă, cu cauză de preferință în cazul în care există.

Trebuie subliniată, în opinia noastră, și diferențierea față de creanța înscrisă provizoriu în tabel, care presupune contestarea creanței în fața judecătorului sindic și totodată aprecierea acestuia că sunt necesare probe.

Înscrierea creanței ca o creanță provizorie este atributul exclusiv al judecătorului sindic, care, așa cum am mai arătat, apreciind, cu ocazia soluționării contestațiilor la tabelul preliminar privind creanțele și drepturile trecute sau, după caz,

netrecute de administratorul judiciar în acest tabel, că este necesară administrarea de probe, poate dispune înscrierea provizorie.

Diferența este una de substanță, pe de o parte referitoare la persoana ce face înscrierea, de principiu administratorul judiciar și numai judecătorul sindic în cazul celei provizorii, iar pe de altă parte, referitoare la modalitatea de contestare, în instanța de contencios administrativ fiscal, respectiv pentru provizorie în fața judecătorului sindic în cadrul procedurii insolvenței.

Totodată s-a pus problema dacă aspectele privind contestarea deciziei de impunere la organul fiscal și suspendarea executării titlului de creanță care este și titlu executoriu – decizia de impunere printr-o sentință pronunțată de instanța de contencios administrativ fiscal reprezintă un eveniment viitor și nesigur de a cărui îndeplinire depinde nașterea creanței creditorului bugetar.

Sușținem că nu se pune problema ca o creanță care a fost contestată și suspendată de instanța de contencios administrativ să se transforme într-una sub condiție suspensivă, suspendarea în cadrul contestației, deși eveniment viitor și nesigur, nerezultând din actul juridic izvor al creanței.

Condiția ca eveniment viitor și nesigur se impune să rezulte din chiar cuprinsul actului ca izvor juridic al drepturilor și obligațiilor, în speță, actul constatator al creanței.

Considerăm că suspendarea titlului executoriu până la soluționarea pe fond ori până la soluționarea definitivă de instanța de contencios a contestației formulate împotriva titlului de creanță în sensul stabilirii întinderii creanței nu reprezintă o condiție suspensivă.

Condiția ca modalitate a actului juridic presupune ca nașterea creanței, să aibă loc la momentul îndeplinirii condiției ca eveniment viitor și nesigur.

Or, creanța bugetară în discuție este născută anterior deschiderii procedurii potrivit titlului de creanță procesul-verbal de constatare, decizia de impunere, ce reprezintă și titlul executoriu. Efectele suspendării pun în discuție caracterul cert și exigibil sub aspectul executării, cum am arătat la discuțiile privind cererea creditorului bugetar de deschidere a procedurii insolvenței debitorului.

Chiar dacă în condițiile suspendării actului administrativ fiscal titlu de creanță este pusă la îndoială chiar legalitatea acestuia, până la momentul suspendării actul a produs efecte în sensul că creanța s-a născut valabil, iar existența ei nu poate fi negată decât dacă instanța de contencios pronunță anularea actului.

Considerăm că definițiile suspendării executării actului administrativ, menționate anterior²⁹, chiar dacă vorbesc despre suspendarea efectelor înseși ale actului

²⁹ Date de autorii Gabriela Bogasiu, *Legea contenciosului administrativ comentată și adnotată*, ed. a III a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 389 și Antonie Iorgovan, *Legea contenciosului administrativ – Comentariu și jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 256.

sunt explicite în sensul amânării, întreruperii acestor efecte, existenței formal juridice a actului constatator al creanței, astfel încât rezultă că până la momentul intervenirii suspendării actul a produs efecte creanța existând în temeiul unui act ce beneficiază de prezumția de legalitate.

În plus, după soluționarea litigiului, în cazul în care soluția este una favorabilă total sau parțial organului fiscal, pe perioada suspendării pentru creanța garantată rezultată urmare a litigiului curg accesorii.

Legea nr. 85/2014 prevede un caz de creanță în litigiu asimilat unei creanțe sub condiție în art. 102 alin. 8 conform căruia creanța unei părți vătămate dintr-un proces penal se înscrie sub condiție suspensivă, până la soluționarea definitivă a acțiunii civile în procesul penal în favoarea părții vătămate, prin depunerea unei cereri de admitere a creanței. În cazul în care acțiunea civilă în procesul penal nu se finalizează până la închiderea procedurii insolvenței, fie ca urmare a reușitei planului de reorganizare, fie ca urmare a lichidării, eventualele creanțe rezultate din procesul penal vor fi acoperite din averea persoanei juridice reorganizate sau, dacă este cazul, din sumele obținute din acțiunea în atragerea răspunderii patrimoniale a persoanelor ce au contribuit la aducerea persoanei juridice în stare de insolvență, potrivit prevederilor art. 169 și urm.

Situația menționată mai sus, deși similară cu cea în discuție, este expres prevăzută de legiuitor, astfel încât apreciem că până la o eventuală intervenție legislativă în sensul asimilării creanței creditorului bugetar a cărei creanță a fost contestată și suspendată de instanța de contencios cu o creanță sub condiție suspensivă, o astfel de interpretare ar fi posibilă, deși criticabilă.

Interpretarea ar avea consecințe sub aspectul efectelor înscrierii într-un fel sau în altul în tabelul de creanțe asupra drepturilor creditorului bugetar, anume dreptul de vot în adunarea creditorilor, participarea la distribuiri.

Pentru creditorii titulari ai creanțelor sub condiție suspensivă dreptul de vot și dreptul de distribuție se nasc după îndeplinirea condiției potrivit prevederilor art. 102 alin. 5 din Legea nr. 85/2006 și în consecință o înscriere a creanței bugetare constatate printr-un titlu suspendat ca o creanță sub condiție suspensivă ar presupune ca până la soluționarea litigiului în contencios administrativ fiscal creditorul bugetar nu ar avea drept de vot și drept la distribuiri.

Situația creditorului titular al unei creanțe sub condiție suspensivă, chiar în contextul provizionării cu ocazia distribuțiilor parțiale a unor sume proporționale creanței sub condiție suspensivă (art. 165 pct. 1 din Legea nr. 85/2006), este mai rea decât a creditorului beneficiar al unei creanțe în litigiu, acesta din urmă beneficiind de dreptul de vot în adunarea creditorilor, dar neputând participa la distribuiri.

Exercitarea dreptului de vot în adunarea creditorilor este foarte importantă creditorii stabilind în diferitele etape ale procedurii chiar soarta acesteia cum este în cazul votului asupra planului (art. 137-138 din Legea nr. 85/2006), stabilirii

modalității de valorificare a bunurilor (art. 156 din Legea nr. 85/2006), antrenării răspunderii persoanelor care au contribuit la starea de insolvență a debitorului (art. 169 alin. 2 din Legea nr. 85/2006).

Consecințele lipsei dreptului de vot în adunarea creditorilor pot fi grave. Precizăm cu titlu de exemplu că au fost întâlnite în practica judiciară situații în care planul de reorganizare a fost votat de adunarea creditorilor în care creditorul bugetar cu o creanță majoritară raportat la valoarea masei credale s-a considerat că nu putea exercita dreptul de vot, stabilindu-se prin programul de plăți grad de acoperire a creanței bugetare 0.

În forma actualiei reglementări, având în vedere definiția dată de legiuitor în art. 5 pct. 67 din Legea nr. 85/2014 tabelului definitiv de creanțe și argumentele expuse considerăm că soluția judecătorului sindic de înscriere în acest tabel a creditorului bugetar cu o creanță în litigiu sub condiție suspensivă este, așa cum am arătat, criticabilă. În opinia noastră cea mai bună rezolvare a problemei ar fi intervenția legiuitorului și introducerea unor prevederi cu privire la creanțele bugetare constatate prin titluri suspendate de instanța de contencios administrativ fiscal.

S-a ridicat în practica judiciară și problema efectelor în cadrul procedurii insolvenței a lipsei comunicării sau comunicării viciate a actului de creanță către debitor, care nu a avut în acest context posibilitatea contestării actului de creanță – titlu executoriu în condițiile legii în contencios administrativ fiscal.

S-a exprimat în literatura recentă opinia potrivit căreia soluția ar fi aceea a înscrierii creanței în tabelul de creanțe împotriva averii debitorului sub condiția suspensivă a comunicării legale a actului de către creditorul bugetar și acordării posibilității de contestare în condițiile legii a actului necomunicat sau comunicat viciat.

Pentru argumentele expuse anterior nu putem fi de acord cu această opinie. Apreciem că soluția este tot aceea de înscriere a creanței ca fiind în litigiu, sub rezerva dovedirii caracterului litigios și obținerii suspendării de către debitor care de îndată ce s-a depus declarația de creanță a creditorului bugetar are posibilitatea de a cunoaște actul de creanță și de a-l contesta invocând necomunicarea actului sau comunicarea viciată.

De altfel singura în măsură să decidă asupra legalității comunicării actului de creanță este instanța de contencios administrativ fiscal și nu judecătorul sindic care în condițiile înscrierii sub condiția comunicării legale ar aprecia asupra legalității comunicării.

Prin înscrierea creanțelor în tabelul averii debitorului creditorul bugetar dobândește toate drepturile (cele mai importante fiind, așa cum am subliniat, dreptul de vot în adunarea creditorilor și dreptul de a participa la distribuire în vederea acoperirii creanței) și obligațiile reglementate de Legea nr. 85/2014 corespunzător stadiului procedurii.

Cât privește obligațiile stabilite în sarcina creditorilor prin prevederile referitoare la adunarea creditorilor și comitetul creditorilor reglementate în art. 47-51 din Legea nr. 85/2006, acestea sunt în integralitate aplicabile și creditorului titular al unei creanțe bugetare, anume cele privind convocarea adunării creditorilor, ordinea de zi, deliberările, votul și hotărârile adunării creditorilor.

Referitor la reprezentarea creditorilor bugetari dispozițiile art. 48 alin. 3 vizând reprezentarea prevăd expres că în situația creditorului bugetar, reprezentantul acestuia va avea delegație semnată de conducătorul unității.

La formarea comitetului creditorilor legiuitorul a stabilit între criteriile de desemnare și pe cel al categoriei de creanță, inserând între categorii categoria creanțelor bugetare, creditorii titulari ai unor creanțe bugetare fiind deci desemnați ca regulă în comitetul creditorilor.

Creditorul bugetar care are mai mult de 50% din valoarea totală a creanțelor cu drept de vot poate desemna în cadrul primei adunări a creditorilor administratorul judiciar stabilindu-i și onorariu (art. 57 din Legea nr. 85/2006).

Pe baza hotărârii creditorului bugetar care deține mai mult de 50% din valoarea totală a creanțelor cu drept de vot administratorul/lichidatorul judiciar poate fi înlocuit de judecătorul sindic dacă sunt probate motive temeinice de înlocuire.

Totodată creditorului care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor înregistrate la masa credală i s-a conferit calitate procesuală activă pentru acțiunea în răspundere a membrilor organelor de conducere și/sau supraveghere a societății debitoare, precum și a oricăror persoane care au contribuit la starea de insolvență a acesteia prin faptele prevăzute de art. 169 alin. 1 lit. a)-h).

Creanța bugetară însoțită de garanții va avea și calitatea de creanță care beneficiază de o cauză de preferință. Pentru această dublă calitate de creditor bugetar și garantat se impune aplicarea sechestrului fizic asupra bunurilor mobile ale debitorului aflat în insolvență cu individualizarea fiecărui bun cu privire la care a fost aplicată măsura sechestrului și înscrierea avizului de garanție în arhiva electronică mobilă.

Simpla înscrierea în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare nu transformă creanța într-o creanță beneficiară a unei cauze de preferință (art. 5 pct. 22 ultima parte din Legea nr. 85/2014), prevedere inserată în textul actualei reglementări cu scopul de a pune capăt unei practici abuzive a creditorilor bugetari care considerau că simpla înscriere în arhiva electronică de garanții mobiliare a unei creanțe bugetare era suficientă pentru ca această creanță să fie o creanță garantată și pentru a beneficia astfel de prevederile mai favorabile stabilite de legiuitor pentru acest tip de creanțe.

În ceea ce privește bunurile imobile sechestrarea acestor bunuri care valorează ipotecă trebuie urmată de solicitarea privind efectuarea înregistrărilor corespunzătoare în cartea funciară a imobilului și înregistrarea în Cartea Funciară.

Beneficiul neverificării creanțelor bugetare născute înainte deschiderii procedurii nu se păstrează și în privința creanțelor care s-au născut ulterior acestei date, art. 146 alin. 3 stabilind că la intrarea în faliment vor fi supuse verificării toate creanțele născute după data deschiderii procedurii inclusiv cele bugetare.

Cu alte cuvinte, atât în cazul intrării în faliment în procedură generală, cât și în cazul intrării în faliment în procedură simplificată, lichidatorul judiciar va proceda la verificarea creanțelor bugetare care s-au născut după data deschiderii procedurii pentru a stabili cuantumul creanței, legitimitatea și rangul de prioritate.

Cât privește creanțele bugetare curente născute în cursul perioadei de observație și/sau reorganizare acestea se plătesc fără a fi trecute în tabelul suplimentar care se întocmește ulterior trecerii la faliment pe baza documentelor din care rezultă conform art. 5 alin. 1 pct. 21 din Legea nr. 85/2014. Cererea creditorului bugetar formulată în temeiul art. 102 alin. 6 se soluționează de către lichidatorul judiciar care va analiza legitimitatea creanței și cuantumul acesteia, creditorul bugetar căruia i s-a refuzat plata creanței sau a cărui creanță nu a fost plătită integral putând formula, în temeiul art. 75 alin. 3 din Legea nr. 85/2014 contestație împotriva măsurii lichidatorului judiciar cu respectarea dispozițiilor art. 59 alin. 5-7 din Legea nr. 85/2014.

În concluzie, creanțele născute după data deschiderii procedurii insolvenței vor fi verificate și plătite pe baza documentelor din care rezultă doar dacă acestea s-au născut în cursul perioadei de observație sau reorganizare, iar dacă sunt născute după trecerea la faliment deci ulterior perioadei de observație și reorganizare vor fi înscrise în tabelul suplimentar al creanțelor, devenind incidente dispozițiile art. 102 alin. 7 din Legea nr. 85/2014.

În legătură cu întinderea creanței bugetare precizăm că în cuprinsul definiției date de art. 5 pct. 14 sintagma „precum și accesoriile acestora” conduce la ideea că întinderea creanței bugetare cuprinde, pe lângă valoarea creanței principale, și valoarea accesoriilor.

Definiția trebuie însă interpretată coroborat cu dispozițiile art. 80 alin. 1 și 2 din Legea nr. 85/2014 care stabilesc regula și excepția în materia accesoriilor începând cu data deschiderii procedurii.

Potrivit art. 80 alin. 1 din Legea nr. 85/2014 nici o dobândă, majorare sau penalitate de orice fel ori cheltuială denumită accesorii nu va putea fi adăugată creanțelor născute anterior datei deschiderii procedurii cu excepția situațiilor prevăzute de art. 103 care se referă la creanțele beneficiare ale unei cauze de preferință.

Aceste creanțe care beneficiază de o cauză de preferință se înscriu în tabelul definitiv într-un cuantum până la valoarea de piață a garanției, stabilită prin evaluare, evaluare ce se dispune de administratorul sau lichidatorul judiciar și se efectuează de un evaluator desemnat în condițiile art. 61 din Legea nr. 85/2014.

În consecință, dacă creditorul bugetar este titular al unei creanțe bugetare care nu beneficiază de o cauză de preferință pentru aceste creanțe nu mai curg accesorii de la data deschiderii procedurii insolvenței, acestea urmând a fi înscrise în tabelul definitiv cu valoarea principală a creanței și accesoriile până la momentul deschiderii procedurii.

În situația în care creditorul bugetar beneficiază de o creanță bugetară care are și o cauză de preferință, acesta va fi înscris în tabelul definitiv cu o creanță constând în creanță principală și accesorii până la valoarea de piață a garanției, valoare ce se stabilește prin evaluare în cadrul procedurii insolvenței.

În acest din urmă caz în situația în care urmare a valorificării garanției se obține un preț mai mare decât suma înscrisă în tabelul definitiv, diferența favorabilă revine creditorului bugetar beneficiar al cauzei de preferință chiar dacă o parte din creanța sa a fost înscrisă ca și creanță chirografară până la acoperirea creanței principale și a accesoriilor care vor fi calculate până la momentul la care bunul asupra căruia poartă garanția a fost valorificat.

Conform art. 80 alin. 2 din Legea nr. 85/2014 în cazul în care se confirmă un plan de reorganizare, accesoriile născute ulterior datei deschiderii procedurii generale se achită potrivit actelor din care rezultă cu luarea în considerare a prevederilor din programul de plăți. În cazul în care planul eșuează, accesoriile sunt datorate până la data deschiderii procedurii falimentului.

O problemă controversată în practica judiciară a fost aceea privind soluția pentru cererea de declarare a creanței constând în accesorii ale creanței principale, dobânzi și penalități calculate în perioada cuprinsă între data deschiderii procedurii și momentul intrării debitorului în procedura falimentului.

Considerăm că din redactarea textelor de lege rezultă că o astfel de creanță constând în accesorii ale unei creanțe bugetare calculate între momentul deschiderii procedurii generale și până la momentul trecerii la faliment nu poate fi înscrisă în tabelul suplimentar de creanțe ca o creanță născută în cursul procedurii.

Un argument în susținerea acestei soluții este și textul art. 179 Cod procedură fiscală care stabilește dobânzile și penalitățile de întârziere în cazul deschiderii procedurii insolvenței în sensul că, atât pentru creanțele fiscale născute anterior cât și pentru cele născute ulterior datei deschiderii procedurii, se datorează dobânzi și penalități de întârziere, potrivit legii care reglementează această procedură.

Legiuitorul face trimitere la legea care reglementează procedura insolvenței, deci la art. 80 și 103 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență.

IMPACTUL CLAUZELOR ABUZIVE ÎN CONTRACTELE DE ASIGURARE

*Asist. univ. dr. Dana SCARLAT
Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept*

The impact of abusive clauses for the insurance contracts

Abstract

Abusive clauses are the object of regulating Law 193/2000. The law has a general incidence, in the sense that it applies to all contracts concluded between traders and consumers and prohibit professionals from stipulating unfair terms in contracts concluded with consumers.

The present study aims to analyse the specificity and incidence of unfair insurance clauses, insofar as insurance companies use standard, pre-formulated contracts to which the insured consumer adheres, lacking the necessary information to be able to ascertain the abusive nature of such clauses, as well as the means to avoid them.

Keywords: consumer; abusive clause; insurance contract; the character of adhesion; rules of interpretation; life insurance; the balance of a contract; The Financial Supervision Authority.

Neîncercând să abordăm aici problematica din dreptul consumului în legătura cu înlăturarea efectelor clauzelor abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatorii profani, considerăm că nu este lipsită de interes abordarea impactului reglementării privind clauzele abuzive asupra contractelor de asigurare, precum și posibilitatea înlăturării efectelor acestor clauze în materie. În literatura juridică s-a subliniat că, potrivit competenței sale rationae materiae, Legea privind clauzele abuzive are o incidență generală, în sensul că se aplică tuturor contractelor încheiate între comercianți și consumatori¹.

¹ C. Ciuboată, *Clauzele abuzive în contractele comerciale*, în Revista Română de Dreptul Afacerilor nr. 2/2004, p. 32; E.M. Minea, *Încheierea și interpretare a contractelor de asigurare*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 266).

În conformitate cu prevederile art. 1 din Legea nr. 193/2000, orice contract încheiat între comercianți (asiguratorii în abordarea noastră) și consumatori (asigurații) va trebui să cuprindă clauze contractuale clare, fără echivoc, pentru înțelegerea cărora nu sunt necesare cunoștințe de specialitate². Astfel, un contract de asigurare trebuie să expună în mod transparent, precis și inteligibil funcționarea mecanismului asigurării, astfel încât consumatorul să poată evalua consecințele economice care rezulta din acesta în ceea ce îl privește. Influențați de ideea obținerii de profituri cât mai consistente din practicarea comerțului cu asigurări, este posibil ca, în contractele pe care le propun spre încheiere celor interesați, asiguratorii să insereze clauze abuzive.

Apariția clauzelor abuzive în contractele de asigurare este determinată de raportul inegal de forțe între cei doi subiecți³, părții slabe din contract (consumatorul-asigurat) lipsindu-i informațiile necesare pentru a putea sesiza caracterul abuziv al unor clauze, precum și mijloacele de a le evita pe calea negocierii directe⁴. Asiguratorul este un comerciant care oferă pe piață produse de asigurare diversificate, într-un limbaj de mare tehnicitate, iar asiguratul este consumatorul neprofesionist și lipsit de informare care se afla în pericolul de a suferi un abuz și care trebuie să fie protejat.

Diferitele și multiplele clauze din polițele de asigurare, tipărite anterior pe contra-pagina și necitite de asigurați, dar nici dezbătute de ambele părți cu prilejul perfectării contractului, pot genera situații defavorabile, în măsura în care nu sunt interpretate cu o anumită rezervă și cu maximă bună-credință, cum de altfel, se cere pentru orice fel de convenții. Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat că acele clauze neclare sau ambigue într-un contract de asigurare se interpretează în contra celui care le-a stipulat, respectiv a asiguratorului⁵.

Este considerată a fi ambiguă o clauză susceptibilă de mai multe interpretări sau ai cărei termeni nu sunt suficient de clari. Putem spune că ambiguitatea are la baza două cauze principale de interpretare: fie insuficiența sau lipsa informațiilor în cuprinsul dispozițiilor unui contract, fie – din contră – un exces de informații, manifestate prin versiuni multiple și discordante⁶.

² Cu privire la obligația de informare a profesioniștilor, a se vedea L. Săuleanu, *Obligația de informare a băncilor în cazul creditelor acordate în franci elvețieni*, în *Revista Română de Drept al Afacerilor* nr. 8/2015, p. 85.

³ A se vedea Gabriel Olteanu, *Autonomia de voință în dreptul privat*, Ed. Universitaria, Craiova, 2001.

⁴ Irina Sferdian, *Dreptul asigurărilor*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. III.

⁵ ICCJ, Secția comercială, decizia nr. 535/02.02.2007, în *Jurisprudența Secției comerciale pe 2007*, Ed. Hamangiu, București, p. 154 și în V. Nemeș, *Dreptul asigurărilor*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 219.

⁶ I. Sferdian, *Privire specială asupra contractului de asigurare din perspectiva Codului civil*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 104.

De multe ori, echivocul rezultă din dispersarea, în timp și spațiu, a documentelor care materializează contractul de asigurare. Astfel, Comisia Franceza a clauzelor abuzive a criticat înmulțirea documentelor de asigurare care fac ca, cel care dorește o asigurare, să străbată un adevărat labirint în care chiar și cel mai atent asigurat riscă să se piardă⁷. În materia asigurărilor, însă, interpretarea trebuie făcută Asiguratorul va răspunde în favoarea asiguratului, când există ambiguitate a clauzelor prestabilite de asigurator. În baza principiului *ambiguitas contra stipulatorem est*, motivarea folosirii acestei reguli excepționale de interpretare, constând în caracterul de adeziune al contractului de asigurare, ceea ce face ca, posibilitățile de negociere ale asiguratului să fie diminuate, el fiind cel care aderă la cauzele stipulate anterior de asigurator.

Clauzele abuzive din contractele de asigurare de multe ori prevăd anumite obligații excesive sau exclud anumite evenimente sau prestații din protecția prin asigurare, despre care asiguratorul preferă să nu comunice sau negocieze la momentul încheierii poliței și care, deseori sunt plasate în locuri mai puțin vizibile din contract sau sunt exprimate prin expresii tehnice mai puțin înțelese de consumatori. O astfel de situație – ce poate constitui o clauză abuzivă – o reprezintă invocarea oricărei neglijențe din partea asiguratului la refuzul despăgubirii de asigurare.

În momentul încheierii unei polițe facultative de bunuri auto, atenția asiguratului se îndreaptă spre cuantumul primei de asigurare pe care urmează să o achităm și care ar putea fi redusă după o negociere directă, pe care asiguratul o va aprecia drept victorie la încheierea contractului. În realitate, de cele mai multe ori, reprezentanții asiguratorilor reduc prima pentru a nu pierde clientul. Satisfacția obținerii unei prime reduse ne mută atenția de la alte clauze stipulate în contract, în special cele ce privesc modalitatea de plată a despăgubirii, unde societățile de asigurare impun o serie de interdicții sau excluderi, precum și de obligații excesive pe seama asiguraților, având drept scop neachitarea sau achitarea cât mai mică a indemnizației⁸.

În contractul de asigurarea facultativă a autovehiculului pentru riscul de furt se prevede printre obligațiile contractuale ale asiguratului – aceea de a depune toate seturile de chei originale ale autoturismului, după producerea riscului. Or, în speță, furtul autovehiculului s-a produs prin înlăturarea conducătorului auto de la volan de către un individ necunoscut, moment în care un rând de chei se afla în contactul mașinii. O atare situație nu fusese prevăzută de Condițiile de asigurare

⁷ Y. Jouhaud, *La loyauté dans les contrats d'assurance*, Rapport de la Cour de cassation, 1985, La Documentation française, p. 7 și urm.; M.H. Maleville, *L'interprétation des contrats d'assurance terrestre*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1996, p. 30; E.M. Minea, *op. cit.*, p. 193, nota 2.

⁸ „Bine de știut: Excluderile din contractul de asigurare sunt clauze abuzive?”, www.ziaruldevrancea.ro.

facultativa, și deci, nu pot fi aplicate prevederile din polița referitoare la obligația depunerii tuturor seturilor de chei, întrucât nedepunerea și a ultimului set nu poate fi imputată asiguratului, în situația în care autoturismul a fost furat cu cheile în contact. Această posibilitate nefiind avută în vedere la încheierea contractului, nu ar putea reprezenta un caz de exonerare a asiguratorului de la plata despăgubirii. În speță, pentru pronunțarea unei hotărâri legale și temeinice, este imperios necesară o interpretare corectă a contractului de asigurare. Riscul contractului trebuie definit clar, pentru a evita neînțelegeri ulterioare rezultate din interpretări diferite ale părților. Așadar, urmărind împrejurarea în care s-a produs riscul, există o anumită ambiguitate în legătură cu interpretarea clauzei contractuale referitoare la nedepunerea tuturor cheilor autoturismului, clauză care, în virtutea principiului enunțat mai sus (*ambiguitas contra stipulatorem est*), va trebui interpretată în favoarea asiguratului.

În prezența unor astfel de situații, instanțele de judecată au încercat să restabilească echilibrul între părțile contractante, calificând actul juridic ca având caracter de adeziune și interpretând în favoarea asiguraților clauzele ambigue.

Inspirat de legiuitorul german care a formulat o „listă neagră” în care sunt incluse clauzele ce au în mod obligatoriu un caracter abuziv și o „listă gri” în care apar menționate clauzele care sunt doar prezumate a fi abuzive, legiuitorul român a întocmit o listă a clauzelor pe care le-a prezumat a fi abuzive⁹. În concepția Legii nr. 193/200 (Anexa) pot fi considerate drept clauze abuzive acele prevederi cuprinse în polița de asigurare care dau dreptul asiguratorului să modifice unilateral clauzele contractuale, fără un motiv specificat în contract, cele care dau dreptul exclusiv asiguratorului să interpreteze clauzele contractuale, precum și cele ce obligă asiguratul să se supună unor condiții contractuale despre care nu a avut posibilitatea reală să știe la data semnării poliței, precum și acelea care exclud dreptul asiguratului de a întreprinde o acțiune legală sau de a exercita un alt remediu legal, solicitându-i în același timp rezolvarea disputelor, în special, prin arbitraj. Cu privire la dreptul asiguratului de a acționa în justiție pe asigurator, Comisia clauzelor abuzive din Franța a recomandat chiar suprimarea acelor clauze prin care asiguratul ar fi fost supus unor proceduri prealabile.

Contractele de asigurare facultativă sunt, de regulă, contracte tipizate, la care asiguratorii aderă, prin semnarea lor, fără să aibă posibilitatea negocierii cu asiguratorul a clauzelor din poliță.

Asigurările de viață reprezintă o formă de protecție – împotriva riscului neprevăzut – de tip facultativ și nu obligatoriu. Apar însă situații când asigurarea de viață devine obligatorie, cum ar fi în cazul contractării unui credit bancar.

⁹ Irina Sferdian, *Privire specială asupra contractului de asigurare din perspectiva Codului civil*, p. 115.

În acest caz, asigurarea de viață se încheie având ca risc principal decesul, la care s-ar putea atașa și clauze cu privire la invaliditatea temporară sau parțială, incapacitatea temporară de muncă sau pierderea involuntară a locului de muncă. Faptul ca un contract de asigurare este legat de unele contracte de credit încheiate concomitent poate juca un rol important în examinarea respectării cerinței privind transparența clauzelor contractuale, deoarece se presupune ca – în acest – caz consumatorul nu se comportă cu aceeași vigilență în ceea ce privește întinderea riscurilor acoperite prin poliță.

Curtea de Justiție a UE a avut de răspuns la întrebările preliminare care i-au fost adresate, drept urmare a cererii formulate într-un litigiu între reclamantul V.H. (consumator) și pârâta CNP Assurance SA, privind caracterul pretins abuziv al unei clauze contractuale incluse în polița de asigurare și care pune în discuție definirea noțiunii de incapacitate totală de muncă. Cu prilejul încheierii unor contracte de împrumut imobiliar, reclamantul a aderat la un contract de asigurare grup al pârâtei pentru a garanta, printre altele o acoperire de 75% din rate în caz de incapacitate totală de muncă. În urma unui accident de muncă, reclamantul a ajuns în incapacitate permanentă parțială de muncă în sensul dreptului francez al asigurărilor sociale. Pârâta a refuzat în aceasta situație să preia ratele împrumutatului. Astfel, reclamantul susține ca acea clauză din contract ce definește incapacitatea totală de muncă ar crea un dezechilibru semnificativ în detrimentul său, definiția fiind redactată astfel încât nu poate fi înțeleasă de consumatorul profan. Pârâta consideră că respectiva clauza nu poate fi una abuzivă, aceasta privind obiectul însuși al contractului. Instanța franceză sesizată cu litigiul solicită Curții de Justiție să decidă dacă ar putea fi posibilă aprecierea caracterului eventual abuziv al clauzei.

Potrivit Curții, împrumutarea că acest contract de asigurare se situează într-un ansamblu contractual cu cel de credit, ar putea avea relevanță în acest context, neputându-se cere consumatorului să aibă aceeași vigilență în privința întinderii riscurilor acoperite de polița de asigurare pe care ar fi avut-o în situația în care cele două contracte ar fi fost încheiate în mod distinct. Pornind de la prevederile Directivei 93/13/ CEE, clauzele ce definesc sau delimitează în mod clar riscul asigurat și răspunderea asiguratorului nu sunt supuse unei aprecieri a caracterului abuziv, întrucât aceste restricții sunt avute în vedere la calcularea primei pe care o plătește consumatorul. Pornind de la raționamentul inițial prezentat mai sus, Curtea decide că este de competența instanței naționale să stabilească în ce măsură, ținând cont de natura, economia generală și ansamblul prevederilor contractului, precum și contextul său juridic, clauza în litigiu stabilește un element esențial al ansamblului contractual în care se înscrie.

În ceea ce privește problema că acea clauză din litigiu privind definirea incapacității totale de muncă ar fi redactată suficient de clar, Curtea reiterează că cerința privind transparența clauzelor din contracte consacrată de directivă trebuie

înțeleasă în mod extensiv. Astfel, considerăm că nu este exclus ca domeniul de aplicare al clauzei menționate, să nu fi putut fi înțeles corect de asigurat, în măsura în care lipsește o explicație transparentă cu privire la funcționarea corectă a mecanismului asigurării în privința acoperirii ratelor împrumutului în cadrul ansamblului contractual. Posibil ca asiguratul să nu fi putut evalua, pe baza unor criterii precise, consecințele economice care rezultă din acea clauză în ceea ce îl privește. În cazul în care nu aceasta este situația, instanța națională va putea aprecia caracterul eventual abuziv al clauzei în discuție.

Doctrina consideră ca suntem în prezența unei clauze abuzive ce nu a fost negociată direct ori de câte ori a fost inserată într-un contract standard preformat sau în condițiile generale de vânzare și în măsura în care consimțământul părții mai slabe, chiar dacă dat în urma unor discuții asupra respectivei clauze, nu a fost unul activ, de natură să influențeze natura clauzei, ci unul pasiv, de acceptare a clauzei impuse de partea mai puternică.

În materia asigurărilor de răspundere civilă au existat numeroase clauze abuzive cu privire la garantarea răspunderii în timp. Astfel, răspunderea asiguratorului putea fi angajată doar în măsura în care producerea riscului și reclamația victimei se petreceau în timpul valabilității contractului¹⁰. Considerăm astfel de clauze ca fiind abuzive în măsura în care sinistrul a fost produs în timpul valabilității contractului, însă victima nu a putut fi în măsura să reclame evenimentul în acel interval, iar despăgubirea nu a fost plătită (posibil ca acel contract să fi expirat la câteva zile de la producerea evenimentului, iar victima să fi fost spitalizată pe acea perioadă, neputând reclama). O altă ipoteză pusă în discuție de doctrină este cea a contractelor de asigurare succesiv încheiate cu asiguratorii diferiți, când sinistrul are loc în timpul derulării primului contract, însă este raportat de victimă în timpul valabilității celui de-al doilea contract. În atare situație indemnizația nu este plătită nici de primul asigurator (întrucât riscul a fost reclamat în afara perioadei de valabilitate a contractului său), nici de cel de-al doilea, deoarece riscul – deși raportat în perioada de existență a contractului cu acesta – s-a produs în timpul cât era în vigoare primul¹¹.

În scopul atenuării caracterului abuziv al unei astfel de clauze, contractele au fost modificate acceptându-se o clauză prin care răspunderea asiguratorului pentru o faptă produsă pe perioada de valabilitate a contractului, dar raportată ulterior, să poată fi angajată într-o anumită perioadă limitată de timp de la încetarea contractului.

Clienții societăților de asigurări au la dispoziție – începând cu anul 2016 – un instrument nou cu ajutorul căruia pot soluționa diferite probleme apărute în relația cu asiguratorul. Pe un model impus de organismele europene și lansat în România

¹⁰ Y. Lambert-Faivre, *Droit des Assurances*, ed. VIII Dalloz, Paris, 1998, p. 499.

¹¹ I. Sferdian, *op. cit.*, p. 118.

pentru sistemul bancar de către Banca Națională a României, a fost înființată comisia pentru rezolvarea amiabilă a litigiilor (SAL-FIN), fiind o structură creată în cadrul Autorității de Supraveghere Financiară cu scopul de a permite consumatorilor să apeleze gratuit la un mecanism de soluționare alternativă a litigiilor din domeniul financiar nonbancar.

Potrivit Raportului final privind activitatea SAL-FIN pentru anul 2017 cererile consumatorilor au vizat neînțelegeri cu comercianții din domeniul asigurărilor, însă au existat și două cereri care au vizat pensiile private. Din totalul celor 165 de cereri soluționate, 160 acoperă domeniul asigurărilor (118 – RCA, 11 – CASCO, 26 – Asigurări generale, 4 – Asigurări de viață și 1 – PAD). Cele mai multe reclamații vizează polițele RCA și invocă neplata sau plata parțială a daunelor ca urmare a invocării de către asiguratorii a anumitor clauze din contract, ce nu par a fi tot timpul suficient de transparente, precise și inteligibile.

Pornind de la constatările aceluiași raport, problemele semnificative care apar frecvent și duc la litigii sunt generate de următoarele situații:

- Diferența mare dintre sumele propuse de către asiguratorii în dosarele de daună și calculele pe care consumatorii le primesc în urma evaluărilor sau constatărilor din unitățile service (pentru RCA);

- Pentru celelalte tipuri de asigurări, diferența mare dintre sumele propuse de către asiguratorii și sumele maximale prevăzute în contractele de asigurare;

- Lipsa de comunicare transparentă a calculelor pe care asiguratorii le fac în stabilirea cuantumului indemnizației;

- Comunicarea deficitară a comercianților cu consumatorii.

Specialiștii ASF au identificat în contractele de asigurare clauze cu potențial abuziv. În aceste condiții, una din funcționalitățile comisiei SAL-FIN ar putea fi chiar înlăturarea unor astfel de prevederi contractuale. Dacă persoana care se adresează SAL-FIN alege astfel, specialiștii comisiei pot lua o decizie care să fie obligatorie pentru ambele părți și clauza abuzivă să fie eliminată din contract.

Probleme contractuale identificate de specialiștii comisiei au apărut și în domeniul asigurărilor de viață și de sănătate (o zonă în general mai „curată” din domeniul asigurărilor). Aceste probleme apar mai des, așa cum prezentăm anterior, în cazul asigurărilor de viață/sănătate încheiate obligatoriu de clienții care au credite bancare. În ce măsură poate fi considerată abuzivă o clauză prin care asiguratorul refuză să despăgubească pe motiv că asiguratul nu ar fi declarat – la încheierea poliței – că suferă de anumite boli, chiar dacă – atunci când s-a semnat contractul – acesta nu a fost informat complet că trebuie să declare aceste lucruri și nu i s-au realizat analize de risc? Asiguratorul a motivat că asiguratul suferea de aritmie cardiacă de câțiva ani anterior semnării poliței, nedeclarând că are o boală cardiacă, deși cauza decesului nu avea legătură cu respectiva boală. Este o altă

situație potențial abuzivă. O altă situație ar fi aceea în care asiguratorul nu despăgubește invocând faptul că decesul a survenit ca urmare a sinuciderii asiguratului, chiar dacă acest fapt a survenit la mai mult de 5 ani de la încheierea contractului, iar Codul civil exclude de la despăgubire situația în care sinuciderea survine în primii doi ani.

Specialiștii autorității au concluzionat că astfel de cazuri sunt destul de des întâlnite. În unele situații, societățile de asigurări sunt acoperite de contract, însă limbajul folosit în contracte poate fi înșelător, iar consumatorul-asigurat nu știe ce cumpără.

Procedura de reprimare a clauzelor abuzive se poate declanșa la sesizarea persoanelor prejudiciate sau din oficiu, de către organele de control abilitate printr-un demers administrativ, finalizat cu un proces verbal ce va consemna faptele constatate și dispozițiile legale încălcate. Parcurgerea acestei etape administrative nu este una obligatorie, consumatorul putându-se adresa direct instanței de judecată¹².

Reprimarea clauzelor abuzive se realizează prin aceea că, odată constatate, sunt lipsite de efecte juridice, iar contractul – dacă este posibil – se va derula în continuare.

Clauzele abuzive sunt o problemă oriunde exista o asimetrie a informației la încheierea contractelor și, iată că, nici domeniul asigurărilor nu face o excepție.

¹² I. Sferdian, *op. cit.*, p. 119.

CONTROLUL CONSTITUȚIONALITĂȚII ACTULUI ADMINISTRATIV CU CARACTER NORMATIV

*Drd. Claudiu GHERGHINA
Judecător, Curtea de Apel Craiova*

The constitutional control over administrative acts with normative character

Rezumat

Potrivit disp. art. 1 Legea nr. 554/2004 instanța de contencios administrativ verifică legalitatea actului administrativ, respectiv validitatea și conformitatea acestuia cu legislația în vigoare, în primul rând cu legea în executarea sau pentru aplicarea căreia a fost adoptat.

Legea, pe de altă parte cât, și orice acte infra legale administrative cu caracter normativ fac parte dintr-o ierarhie normativă în vârful căreia se află Constituția, ierarhie care impune obligații atât cetățenilor cât și organelor statului având ca scop final protecția drepturilor și libertăților individuale.

Principiul ierarhiei normative instituit prin dispozițiile art. 1 alin. 5 din Constituție impune o conformitate a tuturor actelor normative cu Constituția. Acestea trebuie să fie în acord perfect cu dispozițiile constituționale, nu numai legile și ordonanțele dar și actele administrative cu caracter normativ.

Pentru asigurarea supremației Constituției, justiția constituțională trebuie să exercite controlul de constituționalitate asupra tuturor actelor normative, inclusiv asupra celor administrative cu caracter normativ, deoarece niciun act contrar Constituției nu poate exista în ordinea juridică.

Cuvinte-cheie: act administrativ; normativ; constituționalitate.

Abstract

According to provisions art. 1 of Law no. 554/2004, the administrative contentious court verifies the legality of the administrative act, namely its validity and its conformity to the legislation in force, first of all to the law in whose execution and application it was adopted.

The law, on the other hand, and all infra-legal administrative acts with normative character are part of a normative hierarchy at the top of which lays the Constitution, a hierarchy that imposes obligations both to the citizens and to state bodies with the ultimate goal of protecting individual rights and freedoms.

The principle of the normative hierarchy established by the provisions of art. 1 par. 5 from the Constitution requires the conformity of all normative acts with the Constitution. They must be in perfect agreement with constitutional provisions, not only laws and ordinances, but also administrative acts with normative character.

In order to ensure the supremacy of the Constitution, constitutional justice must exercise the constitutionality control over all normative acts, including the administrative acts with normative character, since no act contrary to the Constitution can exist in the judicial order.

Keywords: *administrative; normative; constitutional act.*

Obiectul contenciosului administrativ

Controlul judecătoresc al legalității actului administrativ este consacrat în Constituția României în dispozițiile art. 126 alin. 6¹. Accesul la instanța de contencios administrativ a fost consolidat prin prevederile art. 52 introdus la Capitolul II cu ocazia revizuirii constituționale din 2003 care consacră dreptul persoanei vătămate de o autoritate publică de a se adresa instanței².

Potrivit dispozițiilor art. 1 din Legea nr. 554/2004 instanța de contencios administrativ verifică *legalitatea* actului administrativ la cererea persoanei care se consideră vătămată într-un drept sau într-un interes legitim, pentru anularea actului, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim și repararea pagubei ce i-a fost cauzată.

Textul art. 1 nu reglementează în mod expres natura controlului judiciar efectuat de către judecătorul de contencios, neexistând precizarea dacă acesta verifică legalitatea actului administrativ sau/și constituționalitatea acestuia. Din analiza

¹ Controlul judecătoresc al actelor administrative ale autorităților publice, pe calea contenciosului administrativ, este garantat, cu excepția celor care privesc raporturile cu Parlamentul, precum și a actelor de comandament cu caracter militar. Instanțele de contencios administrativ sunt competente să soluționeze cererile persoanelor vătămate prin ordonanțe sau, după caz, prin dispoziții din ordonanțe declarate neconstituționale.

² Persoana vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim, de o autoritate publică, printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri, este îndreptățită să obțină recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, anularea actului și repararea pagubei.

teleologică a legii contenciosului administrativ, deducem că activitatea instanței de contencios administrativ este, în primul rând, aceea de verificare a legalității actelor administrative contestate de persoanele vătămate.

Controlul de legalitate are ca rațiune faptul că administrația publică constituie acea activitate de stat de organizare a executării legii sau de executare în concret a acesteia. Prin urmare, justiția administrativă – contenciosul administrativ controlează jurisdicțional modul în care această administrație respectă legea, exercitarea competențelor respectivelor administrații publice în limitele conferite de lege, cu scopul de a garanta drepturile și libertățile persoanelor.

Verificarea legalității actelor administrative de către instanța de contencios presupune ca ipoteză de plecare faptul că administrația publică este obligată ca în activitatea sa să se supună principiului legalității, respectiv trebuie să se conducă după legea pe care o organizează și pe care o execută.

Pe de altă parte actele administrative sunt emise în adoptarea sau executarea unei legi, astfel încât anularea unui asemenea act este consecința nelegalității raportată la o dispoziție legală pe care o încalcă.

Judecătorul specializat de contencios administrativ, sesizat cu un litigiu care pune în discuție validitatea unui act administrativ, va analiza legalitatea acestuia prin verificarea dispozițiilor legale în temeiul cărora a fost emis, precum și întreaga legislație specifică domeniului de aplicare în care respectivul act a fost adoptat.

În consecință, atât dispozițiile constituționale, cât și dreptul comun, legea organică în materie nr. 554/2004, garantează un control al legalității actului administrativ normativ.

Se pune problema dacă pe lângă verificarea legalității actului administrativ cu caracter normativ este necesar și un control al constituționalității acestuia. Nu regăsim însă, în actul suprem, o reglementare a controlului de constituționalitate a actelor normative infralegale.

Judecătorul, fie cel constituțional, fie cel de contencios administrativ are posibilitatea să analizeze și constituționalitatea unui act administrativ cu caracter normativ? Există acte administrative normative care sunt legale dar în același timp neconstituționale?

Cu privire la actele administrative cu caracter normativ trebuie verificată doar legalitatea lor sau autoritățile judiciare (inclusiv aici instanțele ordinare și Curtea Constituțională) au dreptul și obligația de a verifica și conformitatea acestor acte și în raport cu Constituția? Avem în vedere, nu numai actul administrativ cu caracter normativ ca formă, dar și ca materie pentru a lămurii instanța competentă în raport de organul emitent al actului administrativ normativ.

La o analiză mai atentă a dispozițiilor legii contenciosului administrativ, constatăm că persoana vătămată se poate adresa instanței de contencios administrativ, pentru anularea actului, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului

legitim, fără a distinge dacă vătămarea produsă a fost consecința încălcării unei legi sau a unei dispoziții constituționale.

Legea pleacă de la ipoteza unei persoane vătămată *într-un drept*, iar acest drept poate avea fie o natură constituțională în situația drepturilor fundamentale, fie una legală.

Pentru alte subiecte de sezină cum e situația Ministerului Public în contenciosul administrativ, acțiunea este limitată la existența excesului de putere, noțiune definită de dispozițiile art. 2 lit. n) din Legea nr. 554/2004 ca fiind situația când dreptul de apreciere al autorităților publice se exercită fie prin încălcarea limitelor competenței prevăzute de lege, fie prin încălcarea drepturilor și libertăților cetățenilor. Cum textul nu face distincție, ne referim în această ipoteză și la drepturile și libertățile fundamentale astfel cum sunt acestea descrise de Titlul II din Constituția României.

Numai pentru Avocatul Poporului este prevăzută expres noțiunea de ilegalitate a actului ca premisă pentru formularea unei acțiuni în contenciosul administrativ.

În consecință, pentru reclamanții titulari ai acțiunilor la instanța de judecată nu este prevăzută vreo obligație legală de a declanșa demersul judiciar exclusiv prin susținerea nelegalității actului administrativ, ci este posibil, în egală măsură, ca demersul judiciar să vizeze un drept pretins vătămat de natură constituțională.

În altă ordine de idei, legea, precum și orice acte infra legale administrative cu caracter normativ fac parte dintr-o ierarhie normativă în vârful căreia se află Constituția, ierarhie care impune obligații atât cetățenilor, cât și organelor statului, având ca scop final protecția drepturilor și libertăților individuale.

Principiul ierarhiei normative instituit prin dispozițiile art. 1 alin. 5 din Constituție³ impune o conformitate a tuturor actelor normative cu Constituția. Acestea trebuie să fie în acord perfect cu dispozițiile constituționale, nu numai legile și ordonanțele, dar și actele administrative cu caracter normativ.

Pentru asigurarea supremației Constituției, justiția trebuie să exercite controlul de constituționalitate asupra tuturor actelor normative, inclusiv asupra celor administrative cu caracter normativ deoarece niciun act contrar Constituției nu poate exista în ordinea juridică, în conformitate cu dispozițiile art. 1 alin. 5 din Constituția României și art. 81 alin. 2 din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative.

Obiectul contenciosului constituțional

În sistemul constituțional românesc justiția constituțională este atribuită prin Constituția din 1991 unei instanțe specializate, Curtea Constituțională. Controlul

³ Alineatul 5 al art. 1 a fost introdus prin Legea de revizuire a constituției nr. 429/2003, publicată în M. Of. nr. 758 din 29.10.2013.

constituționalității legilor este consacrat normativ în Constituție și a fost instituit pentru a garanta respectarea supremației Constituției asupra tuturor legilor⁴.

Constituția stabilește, potrivit dispozițiilor art. 146, că sub incidența controlului de constituționalitate intră legile, ca acte juridice adoptate de Parlament, ordonanțele Guvernului, acte normative cu forță juridică legislativă similară legilor, inițiativele de revizuire a Constituției, regulamentele Parlamentului, tratatele sau alte acorduri internaționale, inițiativele legislative populare și referendumul.

Cât privește legile și ordonanțele, ne interesează controlul a posteriori (singurul la care au acces persoanele) care se realizează pe calea excepției de neconstituționalitate, atribuție definitorie pentru Curtea Constituțională, reglementată de dispozițiile art. 146 lit. d din Constituție.

Dispozițiile privind controlul constituționalității legilor au fost preluate prin Legea organică nr. 47/1992⁵, care la art. 29 stabilește că instanța de contencios constituțional decide asupra excepțiilor ridicate în fața instanțelor judecătorești de drept comun sau de arbitraj comercial privind neconstituționalitatea unei legi sau ordonanțe ori a unei dispoziții dintr-o lege sau dintr-o ordonanță în vigoare, care are legătură cu soluționarea cauzei în orice faza a litigiului și oricare ar fi obiectul acestuia.

Din analiza dispozițiilor constituționale, cât și a Legii nr. 47/1992 reținem că pot face obiect al excepției de neconstituționalitate doar legile și ordonanțele, simple sau de urgență (în totalitate sau doar anumite dispoziții din acestea), ca acte juridice normative privite în primul rând din punct de vedere formal, respectiv adoptate de autoritatea publică emitentă, Parlamentul, respectiv Guvernul și promulgate de Președintele României.

În sensul acestei opinii, Curtea Constituțională, printr-o practică constantă, a respins ca inadmisibile excepțiile de neconstituționalitate invocate cu privire la acte administrative cu caracter normativ. Amintim de decizia nr. 5/1994⁶, prin care instanța de contencios constituțional a stabilit că *„legea fundamentală a înțeles să supună contenciosului constituțional numai acele acte normative care, într-un fel*

⁴ În doctrina franceză s-a subliniat că justiția constituțională reprezintă „o formă de justiție, sau mai exact, de jurisdicție, care privește constituționalitatea legilor” Charles Eisemann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d’Autriche*, Editeur Economica, Paris, 1986, p. 291.

⁵ Privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, publicată în M. Of. nr. 101/22.05.1992 și republicată în M. Of. nr. 807 din 03/12/2010, cu modificări și completări.

⁶ Publicată în M. Of. nr. 63/10.03.1994, Curtea a reținut că art. 144 din legea fundamentală în care sunt enumerate atribuțiile Curții, la lit. c) prevede că aceasta „hotărăște asupra excepțiilor ridicate în fața instanțelor judecătorești privind neconstituționalitatea legilor și a ordonanțelor”, dispoziție preluată și în art. 23 alin. (1) din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale.

În raport cu aceste dispoziții legale care sunt de strictă interpretare, se constată că nu intră în competența Curții soluționarea excepțiilor de neconstituționalitate referitoare la hotărârile Guvernului, asupra acestora urmând să se pronunțe instanțele judecătorești ordinare.

Trebuie reținut că termenul lege nu este folosit în textul constituțional amintit în sens larg, cuprinzând toate actele normative, ci doar în sensul său strict de act legislativ adoptat de Parlament.

sau altul, ajung în final să fie supuse dezbaterii și aprobării Parlamentului, lăsând de o parte acele acte ale executivului care fiind date în executarea legii nu mai sunt supuse acestui for⁷.

De asemenea, prin decizia nr. 37/1993⁸ Curtea Constituțională a clarificat obiectul excepției de neconstituționalitate subliniind că *„prin lege se înțelege numai un act adoptat de Parlament și că concepția Constituției referitoare la controlul constituționalității legii are în vedere acest concept, rezultând din îmbinarea criteriului formal cu cel material, întrucât conținutul legii este determinat de importanța acordată de legiuitor aspectelor reglementate”.*

Din aceste două decizii ale Curții Constituționale reținem mai multe aspecte relevante.

În primul rând contenciosul constituțional exercitat pe calea excepției de neconstituționalitate este limitat la legile adoptate de către Parlament și ordonanțele emise în virtutea delegării legislative, deci este avută în considerare noțiunea de lege în sens restrâns.

Dacă privim legea din punct de vedere material, aceasta capătă o sferă mai largă și reprezintă orice act normativ care reglementează primar un domeniu al relațiilor sociale. În acest sens, în doctrină⁹, s-a subliniat că legea este actul normativ care reglementează primar un domeniu.

⁷ O soluție similară a fost pronunțată de Curtea Constituțională prin decizia nr. 84/1996, publicată în M. Of. nr. 218/12.06.1998, prin care s-a reținut că actul atacat de autoarea excepției nu face parte din categoria celor care pot face obiectul controlului de constituționalitate în sensul art. 144 lit. c) din Constituție.

⁸ Publicată în M. Of. nr. 215/01.09.1993, Curtea Constituțională a mai reținut că potrivit Constituției, ceea ce nu intră în sfera de competență a Curții Constituționale, chiar dacă privește conformitatea cu dispozițiile Constituției, intră în sfera contenciosului administrativ, în sensul de litigiu de competența instanțelor judecătorești. Constituția nu reglementează un sistem special și specializat de instanțe de contencios administrativ, ci dă această competență instanțelor judecătorești în genere, potrivit art. 125. Faptul că prin Legea nr. 29/1990 s-au înființat secții speciale de contencios administrativ nu constituie un temei pentru o jurisdicție paralelă de contencios administrativ. Acestea, alături de celelalte secții ale instanțelor judecătorești – civile, penale etc. –, alcătuiesc sistemul instanțelor judecătorești în fruntea cărora se află Curtea Supremă de Justiție.

De aceea, actele normative și individuale ale Guvernului, ministerelor și celorlalte autorități ale administrației publice, centrale sau, după caz, locale, indiferent de materia la care se referă, sunt controlate, sub aspectul legalității, de instanțele de contencios administrativ. Această concluzie se impune și atunci când ilegalitatea actului administrativ privește nerespectarea a înseși legii fundamentale, fiind emis prin exces de putere, adică cu depășirea limitelor și condițiilor de exercitare a competenței organului emitent.

Având în vedere cele arătate, rezultă că legalitatea precizărilor ce fac obiectul excepției de neconstituționalitate invocate este de competența Secției de contencios administrativ a Tribunalului Municipiului București. În fond, neconstituționalitatea unui act administrativ nu reprezintă altceva decât o formă agravată de ilegalitate.

⁹ Dan Claudiu Dănișor, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, ed. 2, Ed. C.H. Beck, București, p. 146.

Din perspectiva obiectului excepției de neconstituționalitate, Curtea nu privește legea prin prisma obiectului de reglementare, ci ca act formal adoptat de Parlament, ca urmare a exercitării funcției legislative.

Pe de altă parte, Curtea Constituțională admite că *neconstituționalitatea unui act administrativ normativ reprezintă o formă agravată de nelegalitate*. Din această interpretare putem reține că și Constituția este tot o lege, superioară celorlalte pe care le determină, iar încălcarea ei produce o nelegalitate aparte și mai profundă decât încălcarea unei legi.

Nu în ultimul rând, se reține din motivarea celor două decizii că revine exclusiv instanțelor de contencios administrativ competența de soluționare a excepției de neconstituționalitate a unui act administrativ normativ. Formularea nu este prea fericită în sensul că excepția la care face trimitere Curtea Constituțională în acest caz trebuie privită ca modalitatea judiciară de control a unui asemenea act administrativ prin raportare la dispozițiile constituționale și nu la excepția de neconstituționalitate, ca obiect al judecății de către Curte.

Trebuie să avem în vedere controlul de constituționalitate al unui act administrativ nu neapărat pe cale de excepție, ci mai ales pe cel pe cale directă, aceasta fiind regula în materia contenciosului administrativ, asemenea acte putându-se contesta direct în justiție. În acest context, trebuie reamintit că pe calea excepției de nelegalitate nu se pot controla judiciar acte administrative cu caracter normativ, pentru acestea existând posibilitatea legală de fi contestate direct oricând, plângerea prealabilă pentru asemenea acte fiind imprescriptibilă.

Nu suntem însă de acord cu mențiunea din cuprinsul celei de a doua decizii care limitează controlul instanței de contencios administrativ doar pentru excesul de putere, noțiune ce reprezenta în opinia Curții de la acea dată „depășirea limitelor și condițiilor de exercitare a competenței organului emitent”. Controlul trebuie să fie efectiv, respectiv să privească nu numai verificarea formalismului actului administrativ, procedura de adoptare și forma sa, dar și substanța actului în sine. Oricum, la momentul pronunțării deciziei, conceptul de exces de putere nu avea o reglementare în dreptul administrativ, noțiunea fiind reglementată ulterior prin Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004.

În opinia noastră controlul de constituționalitate al unui act administrativ cu caracter normativ trebuie realizat în aceleași condiții ca cel realizat de Curtea Constituțională în ceea ce privește o lege. Respectiv, trebuie să privească atât respectarea formei, dar și a substanței dispozițiilor constituționale.

Curtea Constituțională a stabilit prin decizia nr. 122/1996¹⁰ că din interpretarea prevederilor art. 144 lit. a) din Constituție și ale art. 17 alin. (1) din Legea nr. 47/1992, „întrucât, prin dispozițiile arătate, nu s-a făcut nici o distincție între controlul

¹⁰ Publicată în M. Of. nr. 265 din 20.28.10.1996.

constituționalității substanței reglementării și controlul constituționalității procedurii de adoptare a legii, rezultă că obiectul controlului de constituționalitate privește ambele aspecte, deci atât constituționalitatea intrinsecă sau internă, cât și cea extrinsecă sau externă”.

Raportat la conținutul acestui control și în doctrină s-a subliniat că în ceea ce privește conținutul propriu-zis al controlului de constituționalitate trebuie să avem în vedere atât constituționalitatea intrinsecă ce reprezintă conformitatea cu constituția din punct de vedere al substanței reglementării actului controlat, cât și extrinsecă rezultată din raportarea legii controlate la procedurile instituite de Constituție pentru adoptarea ei¹¹.

În ceea ce privește instanța competentă să realizeze controlul de constituționalitate al unui act administrativ cu caracter normativ, într-o opinie doctrinară¹², s-a subliniat faptul că în situația când Guvernul, depășind-și competența, legiferează sub acoperirea formei de act administrativ a hotărârii Curtea Constituțională este cea competentă să cenzureze actul deoarece nu controlează actul administrativ, ci actul guvernului prin care acesta își extinde competența și față de care hotărârea este doar un efect. Guvernul ar adopta într-o asemenea situație un act de natură constituțională, deoarece ar extinde efectele limitei proprii competențe așa cum au fost stabilite prin Constituție.

Într-o altă opinie, principiul supremației Constituției și principiul conform căruia judecătorii se supun numai legii impune concluzia că aceștia au dreptul și obligația să se raporteze la Constituție în privința tuturor actelor normative pe care sunt chemați să le aplice. Prin urmare, se poate afirma că instanțele judecătorești sunt adevărate justiții constituționale în privința verificării constituționalității actelor normative cu forță juridică inferioară legii sau ordonanțelor Guvernului¹³.

În opinia noastră, trebuie să plecăm de la principiul ierarhiei actelor normative care privește o piramidă în vârful căreia se află Constituția, iar pe treptele inferioare restul legilor, toate actele normative trebuind a fi privite în primul rând formal, în funcție de organul emitent. Acest principiu are în vedere un anume formalism al tuturor actelor juridice normative, inclusiv al Constituției. De aici și opinia constantă a Curții Constituționale care privește legea, ca obiect al excepției de neconstituționalitate, doar din punct de vedere formal, restrâns.

Dacă o autoritate publică încalcă acest formalism al ierarhiei normative și adoptă acte normative din sfera de competență a altei autorități, această disfuncționalitate nu trebuie să se transfere pe planul organelor și procedurilor de control

¹¹ Ioan Muraru, Mihai Constantinescu, *Drept parlamentar românesc*, Ed. C.H. Beck, București, 2005, p. 118; Bianca Selejan Guțan, *Excepția de neconstituționalitate*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 75.

¹² Dan Claudiu Dănișor, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. 1, *Teoria generală*, Ed. Sitech, Craiova, 2006, p. 747.

¹³ Bianca Selejan Guțan, *Excepția de neconstituționalitate*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 90.

constituțional/judiciar. În esență, se impune evitarea încălcării principiului la care ne-am referit și de către autoritățile judiciare.

În consecință, având în vedere și soluțiile instanței de contencios constituțional de a refuza extinderea sferei de competență, considerăm că numai instanțele de contencios administrativ sunt competente să constate nelegalitatea/neconstituționalitatea unor acte administrative cu caracter normativ, primate în primul rând ca formă.

Avantajul acestui punct de vedere în sensul că instanța de contencios administrativ are plenitudine de jurisdicție cu privire la controlul actelor administrative este acela că accesul persoanelor la instanța specializată de contencios constituțional nu este unul direct, ci unul indirect pe calea excepției de neconstituționalitate, în timp ce actele administrative cu caracter normativ, pot fi atacate, direct la instanță și fără limită de timp.

Prin urmare, actele administrative infralegale normative nu pot face obiectul excepției de neconstituționalitate în fața Curții Constituționale. Cu privire la aceste acte este exclus orice control de constituționalitate? Răspunsul trebuie să fie unul negativ.

Vom analiza specificul acestui control în funcție de natura actului administrativ cu caracter normativ, dacă acesta a fost emis cu respectarea dispozițiilor legale și de autoritatea competentă potrivit legii.

Actele administrative normative se împart, în linii mari, în două categorii. Cele adoptate în exercitarea unei funcții delegate de legiferare, cum ar fi hotărârile consiliilor locale în materie contravențională și cele emise, în virtutea principiului autonomiei de organizare a administrației, ca spre exemplu, regulamentele de ordine interioară.

Ambele tipuri de acte pot fi emise în contradicție cu dispozițiile constituționale, dar cea mai întâlnită situație este încălcarea Constituției prin uzurparea funcției legislative.

Controlul de constituționalitate cu privire la actul administrativ cu caracter normativ tipic

În această secțiune ne referim la actul administrativ adoptat de o autoritate administrativă centrală sau locală în executarea atribuțiilor legale și cu respectarea competențelor, act care cuprinde dispoziții specifice dreptului administrativ, fiind emis în organizarea sau executarea în concret a unei legi.

Așa cum am arătat, judecătorul de contencios administrativ verifică în primul rând actul din perspectiva legalității lui, respectiv încălcarea unor dispoziții legale, lege sau ordonanță.

Instanțele de judecată sunt reticente în a-și argumenta soluția pronunțată pe dispoziții constituționale. Într-un fel reticența este explicabilă. Trebuie avut în vedere că, Constituția cuprinde norme fundamentale ce privesc organizarea statală, funcționarea instituțiilor publice, drepturile și libertățile persoanelor. Ea reprezintă într-un fel *un statut al statului*¹⁴, un regulament de ordine interioară al acestuia, iar normele sale nu beneficiază de forța de coerciție a agenților statului, nu au o sancțiune juridică asemenea unor norme legale.

Pe de altă parte, obiectul unui litigiu este guvernat de principiul disponibilității, iar persoanele vătămate într-un drept sau interes legitim reclamă, de regulă, încălcarea unei dispoziții legale și mai puțin a uneia constituționale.

Constatarea încălcării nelegalității unui act administrativ din perspectiva încălcării unei legi este suficientă pentru ca motivarea instanței să corespundă cerințelor enunțate de art. 425 C. pr. civ. și să dea satisfacție juridică părții reclamante în proces.

Din aceste cauze, în motivările instanțelor de judecată găsim mai mult trimiteri la principii generale ale dreptului sau principii constituționale, aceasta fiind reținute în mod secundar ca suport pentru argumentația juridică principală.

Astfel, într-un litigiu aflat pe rolul Curții de Apel Craiova¹⁵, instanța de contencios administrativ a admis excepția de nelegalitate și a constatat nelegalitatea dispozițiilor art. 11 pct. 5 din Ordinul Ministerului Justiției nr. 399/2007 și art. 4 alin. 3 și 4 din decizia nr. 307/25.01.2007 emisă de Directorul General al Administrația Națională a Penitenciarelor.

Actele administrative normative contestate în respectivul litigiu au privit modalitatea de compensare a orelor suplimentare prestate de funcționarii publici cu statut special din sistemul administrației penitenciare, precum și modul de calcul al acestor ore în cazul lucrului în ture.

În motivarea instanței, s-a reținut în esență faptul că actele a căror nelegalitate s-a constatat sunt în contradicție cu acte juridice cu forță juridică superioară, la care adaugă în mod nepermis, respectiv O.G. nr. 64/2006¹⁶ și Legea nr. 293/2004.

Aceste acte normative stabilesc, într-o manieră similară dispozițiilor art. 119 din Legea nr. 53/2003 privind Codul muncii, că orele prestate peste durata normală a timpului de lucru se compensează cu timp liber corespunzător. Pentru situația în care compensarea cu timp liber corespunzător nu este posibilă în următoarele 30 de zile după efectuarea muncii suplimentare, același alineat impune plata orelor suplimentare cu un spor la salariul de bază de 75% pentru primele două ore de

¹⁴ Dan Claudiu Dănișor, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. 1, *Teoria generală*, Ed. Sitech, Craiova, 2006, p. 154.

¹⁵ Sentința nr. 526/11 mai 2012 pronunțată în dosarul nr. 196/54/2012, nepublicată.

¹⁶ O.G. nr. 46/2006 privind salarizarea și alte drepturi ale funcționarilor publici cu statut special din sistemul administrației penitenciare, publicată în M. Of. nr. 747 din 01.09.2006.

depășire a duratei normale a zilei de lucru, respectiv 100% din salariul de bază pentru orele următoare.

Nelegalitatea cele două acte normative se datorează faptului că acestea stabilesc o modalitate sui generis de calcul a sporului convenit pentru munca suplimentară prestată în cazul lucrului în ture, modalitate de calcul în care este luat în considerare numărul de zile lucrate suplimentar, cu neglijarea orelor suplimentare efectuate în fiecare lună, care nu însumează durata normală a programului de lucru de 8 ore pe zi.

Consecința practică pentru funcționari publici cu statut special din administrația penitenciarelor care lucrează în ture este aceea că sunt privați de drepturile salariale convenite pentru o parte din orele suplimentare efectuate pentru simplul motiv că acestea reprezintă o fracțiune mai mică decât durata normală a programului zilnic de 8 ore.

Dispozițiile art. 43 din Legea nr. 293/2004, cu care cele două acte administrative vin în contradicție, reglementând modul de plată a muncii suplimentare necompensate cu timp liber în următoarele 30 de zile, nu fac distincție după cum este vorba de lucru în ture sau nu, se raportează exclusiv la orele suplimentare, ora fiind singura unitate de timp prevăzută de legiuitor pentru calculul sporului ce trebuie acordat pentru munca suplimentară.

Ceea ce ne interesează este faptul că, în sprijinul argumentației privind nelegalitatea actelor administrative, judecătorul face trimitere la principiul ierarhiei și forței juridice a actelor normative consacrat de art. 1 alin. 5 din Constituție și art. 4 alin. 3 din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, republicată.

Prin raportate la aceste principii, Curtea înlătură apărările pârâților Ministerul Justiției, Administrația Națională a Penitenciarelor – Penitenciarul Craiova, care justifică tratamentul diferențiat pentru personalul din cadrul administrației penitenciare ce își desfășoară activitatea în ture, față de ceilalți salariați, din considerente de ordin pur tehnic, contabil, nu unele obiective care să aibă suport legal.

Un act administrativ cu caracter normativ poate fi legal, fiind adoptat cu respectarea condițiilor legale care reglementează adoptarea unui asemenea act (respectarea competenței de reglementare, procedură de vot, cvorum, publicitate etc.) dar se poate afla în contradicție cu Constituția și implicit să fie neconstituțional, prin încălcarea unuia din drepturile și libertățile cetățenești constituționale.

Instanța de contencios administrativ nu poate cenzura actul administrativ din perspectiva oportunității, dar o poate face și trebuie să o facă din perspectivă constituțională, nu numai legală. Mai mult poate reține încălcarea unor norme de drept comunitar, norme care fac parte din blocul constituționalității în condițiile art. 148 alin. 2 din Constituție, prin integrarea în dreptul național cu caracter obligatoriu și prioritar față de legea internă, în urma aderării României la Uniune Europeană.

Spre exemplu, ne imaginăm ipoteza stabilirii unei taxe adoptată de consiliul local al unei unități teritorial-administrative pentru parcare în zona centrală a localității în spații de parcare special amenajate, taxă ce ar urma să fie plătită numai prin trimiterea unui sms de către persoana care dorește să parcheze autoturismul, care trebuie să fie abonată una din serviciile de telefonie mobilă în România.

Verificarea valabilității unui asemenea act administrativ prin care se stabilește o astfel de taxă trebuie privită din mai multe perspective.

În primul rând din punctul de vedere al oportunității un asemenea act nu poate fi controlat de instanțele de judecată, fiind atributul exclusiv al autorității publice să aprecieze dacă această taxă este necesară pentru degrevarea zonei centrale a unității administrativ-teritoriale de autovehiculele parcate ilegal și pentru asigurarea finanțării cheltuielilor de întreținere, în condiții optime, a locurilor de parcare.

Din punct de vedere al legalității, hotărârea de consiliu local presupune o anumită procedură de adoptare, avize și alte operațiuni administrative premergătoare, cvorum, supunere la vot, publicitate etc. condiții ce trebuie respectate de autoritatea publică și care sunt prevăzute în legislația în domeniu. Nulitatea actului este determinată de năndeplinirea unei condiții legale anterioare sau concomitente adoptării actului respectiv.

Presupunând că respectiva hotărâre este legală, în ipoteza amintită, se pune problema constituționalității din mai multe puncte de vedere.

În primul rând, obligația plății taxei de parcare prin modalitatea exclusivă a trimiterii unui sms în rețeaua de telefonie mobilă, fără existența și a posibilității de a plăti taxa fizic la un parcomat, vine în contracție cu dreptul la liberă circulație garantat de Constituția României prin dispozițiile art. 25.

Cetățenii României nu au obligația legală de a deține un telefon mobil. Implicit nu li se pot stabili sarcini fiscale în virtutea unei facultăți. Obligația deținerii unui telefon mobil, deși acesta este un produs comun în societatea modernă actuală, poate fi o sarcină excesivă material pentru anumite persoane, cel puțin prin prisma faptului că nu toți cetățenii au încheiate contracte pentru plata unui abonament lunar la o un operator de telefonie mobilă, fiind preferate cartelele telefonice preplătite. Pentru aceste cartele, trimiterea unui sms nu este posibilă, pentru că taxa se face venit la bugetul local doar prin viramentul pe care îl efectuează operatorii de telefonie mobilă, la finalul fiecărei luni pe baza facturilor de abonament în care sunt consemnate sumele respective.

Pe de altă parte, pentru cetățenii europeni libertatea de circulație reglementată de normele comunitare este încălcată și ca urmare a faptului că, deși aceștia ar putea deține telefoane mobile, acestea sunt conectate la un alt serviciu de telefonie mobilă operațional în țara respectivă. Neavând contract cu un operator de telefonie mobilă românesc nu pot trimite sms pentru achitarea taxei și sunt puși în situația în care nu pot utiliza locurile de parcare amenajate în acest sens.

O astfel de decizie administrativă a autorității deliberative locale, restrânge exercițiul dreptului la liberă circulație, fiind adoptată cu încălcarea dispozițiilor art. 53 din Constituția României privind restrângerea exercițiului unor drepturi sau libertăți. Ea nu a fost luată prin lege și nu este necesară într-o societate democratică fiind aplicată discriminatoriu prin condiționarea accesului la serviciul public de parcare de deținerea în mod obligatoriu a unui telefon mobil.

În consecință, putem întâlni situații în care un act administrativ cu caracter normativ poate fi oportun și legal, dar neconstituțional. Dacă verificarea legalității presupune o comparare a textului actului administrativ normativ cu dispoziția legii, verificarea constituționalității implică un control de substanță, dacă un anumit drept este respectat și/sau în ce măsură exercițiul său a fost încălcat sau limitat.

În doctrină s-a subliniat că, constituția cuprinde ansamblul normelor primordiale care organizează statul. Din punct de vedere material, în doctrină s-a subliniat că *reprezintă ansamblul normelor care determină modul de producere a celorlalte norme generale și abstracte*¹⁷.

Ea alături norme care enumeră principii fundamentare ale organizării statului, cuprinde neexhaustiv drepturile și libertățile fundamentale ale persoanelor, precum și norme de funcționare a puterilor și autorităților publice de stat, atribuțiile și competențelor acestora, proceduri de elaborare a actelor normative etc.

Dar constituția nu trebuie privită ca un act juridic, generic doar de contemplat ce conține norme abstracte de drept public. În fond, ea reprezintă tot o lege, evident de o natură aparte, dar trebuie aplicată, unde e cazul, în aceeași măsură ca orice lege. Din acest punct de vedere se impune concluzia potrivit căreia constituționalitatea este o dimensiune a legalității.

Aplicarea directă a Constituției, respectiv verificarea respectării ei deschide judecătorului de contencios administrativ calea spre analiza oportunității activității administrației. Verificarea respectării drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale conduce la o mai largă apreciere asupra actului administrativ normativ decât examinarea legalității acestuia. Legalitatea presupune analiza condițiilor și procedurilor formale în raport de legea prin care e protejat dreptul respectiv. În schimb, controlul de constituționalitate privind respectarea unui drept fundamental excede legalității mergând la analiza respectării dreptului în conținutul și substanța sa.

În concluzie, cum Curtea Constituțională nu poate realiza un control asupra constituționalității actului administrativ cu caracter normativ, deoarece acesta din punct de vedere formal are caracter infralegal, revine instanțelor ordinare administrative competența de a realiza acest control.

¹⁷ Dan Claudiu Dănișor, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 132.

Controlul de constituționalitate cu privire la actul administrativ cu caracter normativ care cuprinde norme primare

În situația premisă vizată trebuie să facem distincție după cum legiferarea este delegată sau nu, respectiv dacă autoritatea administrativă are atribuită competența de a reglementa anumite norme într-un domeniu strict și expres prevăzut de o lege.

Actele administrative cu caracter normativ conțin normele impersonale, abstracte și cu aplicare nedeterminată, fiind asemănătoare actelor normative tipice, legea sau ordonanța, diferind de acestea prin modalitatea de adoptare și instituția din structura statală îndreptățită să le adopte, precum și prin sfera relațiilor sociale pe care le reglementează.

Aceste acte administrative se aseamănă și mai mult cu legea în situația delegării legislative, când atribuția legislativă este cedată în mod expres prin lege unei autorități publice, centrale, locale sau autonome. Ne referim aici, la reglementări primare adoptate prin actele administrative normative, nu la ordonanțele simple sau de urgență, unde datorită reglementării constituționale exprese acestea au putere de lege, chiar dacă sunt adoptate de organul administrativ executiv central Guvernul României.

În situația în care autoritatea administrativă are o delegare expresă, sunt dese situații în care aceasta este depășită și ea derivă dintr-o practică ilegală a administrației, mai ales a celei locale, de a își aroga drepturi de legiferare peste limita delegată de autoritatea legislativă.

În această situație apreciem că instanțele de judecată ordinare de contencios administrativ au competența verificării legalității actului administrativ cu caracter normativ, punându-se în primul rând problema validității acestuia din punct de vedere formal.

Spre exemplu, prin decizia Curții de Apel Craiova nr. 6260/20.20.2014, nepublicată, instanța de recurs a respins recursul Consiliului Local al com. M. și a menținut sentința Tribunalului Dolj – Secția de contencios administrativ și fiscal, reținând că dispozițiile Codului fiscal dau în competența unui consiliu local doar atribuția de a stabili, în anumiți parametri, doar cuantumul taxelor locale, în speță impozit pe clădire, nu și momentul de la care se aplică cota majorată, acest moment fiind stabilit de dispoziții cu forță juridică superioară, respectiv art. 254 C. fisc., coroborate cu dispozițiile din Normele metodologice de la art. 52 alin. 1 și de la punctul 121 din Ordinul Ministrului Finanțelor Publice nr. 3055/2009 pentru aprobarea reglementărilor contabile conforme cu normele europene.

Curtea a reținut, în esență, că autoritatea deliberativă a respectivei unități administrativ teritoriale a depășit competența de reglementare prin încălcarea dispozițiilor art. 80 din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, actele administrative trebuind fi adoptate în

limitele stabilite de Constituție și lege, în domeniile în care autoritățile administrației publice locale au atribuții locale.

La adoptarea unor asemenea acte administrative cu caracter normativ, autoritățile administrative, cărora le este cedat un drept de reglementare, trebuie să aibă în vedere caracterul infralegal al actelor pe care le adoptă, faptul că acestea se subordonează legilor sau ordonanțelor Guvernului, acte de nivel superior, și trebuie să le respecte atât în mod formal, cât și substanțial.

Pe de altă parte, întâlnim situații în care autoritatea publică nu are delegată expres o competență de legiferare și își arogă singură un asemenea drept.

Un exemplu în constituie hotărârea nr. 434/17.05.2016, prin care Secția de judecatori a Consiliului Superior al Magistraturii a introdus în domeniul justiției o instituție juridică nouă, cea a consilierului de etică. O hotărâre similară a adoptat și Secția de procurori în ceea ce privește Ministerul Public.

Deși s-a îndepărtat de practica postdecembristă în care actele normative erau insuficient sau deloc motivate printr-o expunere de motive care să preceadă actul în sine, printr-o motivare amplă Consiliul Superior al Magistraturii tinde să explice, în opinia emitentului, necesitatea reglementării.

În timp ce rămân deschise de discutat atât necesitatea înființării consilierului de etică în cadrul instanțelor și parchetelor, cât și rolul efectiv al acestuia în sistemul judiciar, în condițiile existenței Inspecției judiciare, în ceea ce ne privește, Consiliul Superior al Magistraturii, avea obligația, ca orice astfel de demers de a reglementa să plece, mai întâi de toate, de la verificarea propriei competențe în a legifera un asemenea act normativ.

Hotărârea CSM conține reglementări generice, abstracte reprezentând un act administrativ normativ și, ca orice act administrativ, trebuie emis în executarea în concret a legii sau pentru organizarea executării acesteia. Cu alte cuvinte, orice act administrativ are ca bază, ca fundament un act normativ superior, respectiv o lege sau ordonanță.

În situația de față, nu avem consacrată printr-o dispoziție legală o delegare de competență în materie de legiferare Consiliului Superior al Magistraturii. Aceasta nu numai că nu există, dar ea nici nu este posibilă în condițiile în care domeniul justiției este unul care ține de sfera legilor organice, în condițiile art. 27 alin. 3 lit. l) din Constituția României.

Hotărârea Consiliului este întemeiată, la finalul expunerii de motive, în ceea ce privește competența de adoptare pe dispozițiile art. 41 lit. g) din Legea nr. 317/2004¹⁸, conform cărora acesta îndeplinește orice alte atribuții stabilite prin lege sau regulament. O asemenea precizare, este ambiguă și nu justifică funcția legislativă însușită de Consiliu.

¹⁸ Legea nr. 317/2004 privind Consiliul Superior al Magistraturii, publicată în M. Of. nr. 599 din 02.07.2004 și republicată în M. Of. nr. 628 din 01.09.2012, cu modificări și completări.

Unul din principiile de funcționare a statului de drept este acela al ierarhiei actelor normative.

Analizând hotărârea în discuție, observăm lacune de tehnică legislativă, care pe undeva denotă graba în a reglementa, dar și lipsa de „experiență” a Consiliului în a adopta asemenea acte de o anumită anvergură juridică. Spre exemplu, hotărârea începe în mod chiar abrupt cu procedura de numire a consilierului de etică, fără a stabili ce reprezintă acesta instituție, rolul și competența sa.

Astfel cum s-a subliniat în doctrina de specialitate¹⁹, Constituția reprezintă suveranitatea poporului roman în forma ei cea mai înaltă. Trecând la un nivel inferior legile organice, cele ordinare, ordonanțele de urgență sau cele simple reprezintă într-o măsură mai mare sau mai mica aceeași suveranitate.

Actele administrative, chiar și cele cu caracter normativ, în pofida faptului că au caracterul unei izvor de drept, reprezintă într-o măsură mai mică suveranitatea poporului român. De fapt, în cazul acestor acte administrative putem vorbi mai mult de o cedare de suveranitate din partea aleșilor legislativi, care au fost investiți de alegatori prin vot, către administrația publică, cedare care se realizează în mod concret prin delegarea expresă de competență de legiferare.

În cazul de față, nu avem o delegare de legiferare, ci efectiv avem o asumare de suveranitate de către Consiliul Superior al Magistraturii. Acesta a legiferat prin act administrativ într-un domeniu rezervat expres prin Constituție legilor organice, domeniu ce aparține în mod exclusiv Parlamentului, cu o procedură aparte de vot calificată diferită de cea pentru legile ordinare.

Poate ar fi scuzabilă o asemenea manieră de legiferare din partea unei instituții a administrației publice locale datorată unor neînțelegeri a mecanismelor juridice sau a unei lipse de experiență juridică. Din partea Consiliului Superior al Magistraturii o asemenea asumare de competență legislativă este impardonabilă, hotărârea încălcând în mod direct principiul separației puterilor în stat reglementat de Constituție. Opinăm că, în esență hotărârea la care ne-am referit este neconstituțională²⁰.

¹⁹ Dan Claudiu Dănișor, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. 1, *Teoria generală*, Ed. Sitech, Craiova, 2006, p. 158; Dan Claudiu Dănișor, *Constituția României comentată, Titlul I – Principii generale*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 100.

²⁰ Hotărârea CSM prin care a fost instituit consilierul de etică a fost contestată la instanța de contencios administrativ, prin sentința nr. 3192/24.10.2016 pronunțată în dosarul nr. 5454/2/2016, nepublicată, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, a admis acțiunea formulată de Uniunea Națională a Judecătorilor și Asociația Magistratilor din România, și a anulat respectiva hotărâre. Fără a face comentarii despre speță în sine, cauza fiind la momentul redactării prezentului articol în procedura de filtru la Înalta Curte, reținem că instanța de judecată a dispus anularea hotărârii deoarece, în absența unei prevederi exprese legale, Secția pentru judecatori a Consiliului Superior al Magistraturii nu putea adopta o hotărâre cu conținutul celei atacate, prin care s-a reglementat instituția consilierului de etică, nefiindu-i conferite prin lege ori regulament asemenea atribuții.

În condițiile în care Consiliul Superior al Magistraturii este garantul independenței justiției, potrivit dispozițiilor art. 133 alin. 1 Constituția României, adoptarea unei asemenea reglementări, pune seme de întrebare și cu privire la rațiunea de a introduce această instituție a consilierului juridic care a fost privită circumspect atât de magistrați, cât și de asociațiile profesionale ale acestora.

Mai ales că, în actuala configurație constituțională, Consiliului nu numai că nu are drept de legiferare, dar nici drept de inițiativă legislativă.

Controlul de constituționalitate cu privire la legea care cuprinde norme infralegale administrative

În esență, legea ca act juridic adoptat de Parlament în exercitarea funcției legislative cuprinde norme primare, generale prin care se reglementează domeniile necesare pentru funcționarea statului, înființarea și organizarea de instituții și servicii publice ori reguli de conduită caracteristice relațiilor specifice între persoane și organizații.

Legea nu cuprinde norme sau operații administrative care au ca scop organizarea sau punerea în executare a propriilor dispoziții sau a altor dispoziții legale. Acestea trebuie adoptate exclusiv de autoritatea administrativă îndrituită legal să aplice respectiva lege.

Parlamentul mai poate adopta conform dispozițiilor constituționale de la art. 64 din Constituție, hotărâri sau moțiuni, dar acestea nu au caracterul unor norme legale sau administrative, ci sunt adoptate de Parlament în virtutea naturii acestuia de organ reprezentativ politic.

Se pune problema dacă legea adoptată de Parlament care cuprinde asemenea norme administrative este conformă Constituției și care instanța care controlează constituționalitatea ei.

În primul rând, un asemenea act, fiind emis de autoritatea legislativă, în exercitarea funcției legislative, dar cu depășirea acesteia, are caracterul unei legi ca formă, chiar dacă din punct de vedere material are natură administrativă, astfel că instanțele ordinare nu pot controla constituționalitatea lui, o astfel de competență revenind doar Curții Constituționale.

În al doilea rând, nu putem vorbi de un control de legalitate, actul datorită formei fiind o lege, nu poate fi controlat prin raportarea la un o altă lege, act normativ cu o forță juridică egală, ci doar cu un act normativ superior, respectiv Constituția.

Un asemenea act al Parlamentului, lege ca formă dar act administrativ ca materie, a fost supus controlului de constituționalitate în fața Curții Constituționale, care

prin decizia nr. 574 din 16 octombrie 2014²¹, a stabilit că o asemenea lege nu este constituțională.

Obiectul controlului de constituționalitate l-au reprezentat dispozițiile Legii nr. 216/2008 privind transmiterea cu titlu gratuit a unui pachet de 1.369.125 de acțiuni deținute de stat la Compania Națională „Administrația Porturilor Maritime” – S.A. Constanța, reprezentând 20% din capitalul social, către Consiliul Local al Municipiului Constanța²².

Autorul excepției Avocatul Poporului a contestat transmiterea dreptului de proprietate al statului asupra unui pachet de acțiuni deținute la Compania Națională „Administrația Porturilor Maritime” – S.A. Constanța către Consiliul Local al Municipiului Constanța, acest transfer fiind de natură a încălca dreptul de proprietate al statului și al unităților administrativ-teritoriale, astfel cum este prevăzut în art. 136 alin. (2) din Constituție, precum și statutul juridic de autoritate administrativă a consiliului local, astfel cum acesta este reglementat prin art. 121 alin. (2) din Constituție și prin Legea administrației publice locale nr. 215/2001, republicată în M. Of. nr. 123 din 20 februarie 2007, deoarece consiliile locale, în calitate de autorități deliberative ale administrației publice locale, nu sunt persoane juridice, și, în consecință, neavând patrimoniu propriu, nu pot fi titulari de drepturi și obligații.

Prin decizia mai sus amintită²³, Curtea a reținut în primul rând, trecând în revistă practica judiciară anterioară, că legea datorită naturii sale este prin esența și finalitatea ei constituțională, un act cu aplicabilitate generală adoptat de Parlamentul prin care se reglementează relații sociale generale.

În speța în discuție, reglementarea este una determinată concret, dată fiind rațiunea *intuitu personae* a reglementării, aceasta are caracter individual, fiind

²¹ Publicată M. Of. nr. 889 din 08.12.2014.

²² Publicată în M. Of. nr. 734 din 30 octombrie 2008.

²³ Un alt argument de neconstituționalitate, dar care nu privește teza de față, l-a constituit faptul că un consiliu local, în calitatea sa de autoritate deliberativă a administrației publice locale, nu are personalitate juridică și prin urmare nu poate avea patrimoniu propriu, astfel încât nu poate exercita drepturi și obligații proprii în cadrul raporturilor juridice. Unitatea administrativ teritorială, în calitatea sa de subiect de drept public titular de patrimoniu, în sensul de drepturi și obligații pe care le exercită în legătură cu bunurile din domeniul său public sau privat, este reprezentată în cadrul raporturilor juridice de către consiliul local, acesta din urmă exercitând drepturile și asumându-și obligațiile existente în patrimoniul unității administrativ-teritoriale. În consecință, aplicând acest considerente de principiu la prezenta cauză, Curtea a reținut că transmiterea dreptului de proprietate asupra pachetului de acțiuni deținut de stat, prin Ministerul Transporturilor, către Consiliul Local al Municipiului Constanța, iar nu către Municipiul Constanța, contravine dispozițiilor art. 121 alin. (2) din Constituție, prin încălcarea statutului juridic constituțional și legal de autoritate administrativă a consiliului local, care nu poate fi el însuși titular de drepturi și obligații asupra bunurilor domeniiale, ci doar să le exercite în numele unității administrativ-teritoriale pe care o reprezintă.

concepută nu pentru a fi aplicată unui număr nedeterminat de cazuri concrete, în funcție de încadrarea lor în ipoteza normei, ci, *de plano*, într-un singur caz, prestabilit fără echivoc.

În consecință, Curtea a reținut că „legea supusă controlului de constituționalitate are un veritabil caracter individual, fiind adoptată nu în vederea aplicării unui număr nedeterminat de cazuri concrete, ci într-un singur caz prestabilit, respectiv pentru transmiterea pachetului de acțiuni deținut de stat, reprezentat de Ministerul Transporturilor, către Municipiul Constanța, reprezentat de Consiliul Local. Însă exercitarea dreptului de dispoziție asupra unui pachet de acțiuni deținut de stat la Compania Națională „Administrația Porturilor Maritime” – S.A. Constanța, *operațiune juridică ce se circumscrie domeniului de reglementare a actelor cu caracter infralegal, administrativ, nu corespunde finalității constituționale a activității de legiferare, care presupune reglementarea unei sfere cât mai largi de relații sociale generale, în cadrul și în interesul societății.*

Legiuitorul, fie original sau delegat, nu are competența de a realiza, printr-un act normativ de reglementare primară, transferul *intuitu personae* și cu titlu gratuit a acțiunilor aflate în proprietatea privată a statului către unitățile administrativ-teritoriale, dar are, în schimb, posibilitatea de a reglementa, printr-o lege-cadru, regulile, procedurile și condițiile în care Guvernul să poată realiza un transfer cu titlu oneros către unitățile administrativ-teritoriale, cu respectarea dispozițiilor art. 1 alin. (4), art. 44 și art. 135 din Constituție”.

Decizia Curții Constituționale are la bază principiul separației puterilor în stat, al separației competențelor și funcțiilor constituționale diferite și exclusive pe care le au autoritățile statului, legislativă și executivă, precum și principiul ierarhiei actelor normative.

Parlamentul nu poate lua măsuri administrative *intuitu personae*, dar poate legifera condițiile generale, abstracte pentru un număr de subiecți nedeterminați în care operațiunile administrative se pot desfășura. Fiecare autoritate publică este chemată să răspundă unor necesități constituționale concrete, numai respectarea de către fiecare autoritate publică a propriilor competențe și a competențelor celorlalte autorități putând conduce la respectarea statului de drept. Din raționamentul Curții Constituționale putem aprecia faptul că ierarhia actelor normative nu trebuie privită numai pe verticală în sensul că există obligația ca legile, ordonanțele, actele administrative cu caracter normativ ale autorităților publice centrale și locale să fie în concordanță cu normele constituționale, dar și pe orizontală.

Astfel, fiecărui izvor de drept, Constituție, legile organice și cele ordinare, ordonanțele și ordonanțele de urgență, actele administrative cu caracter normativ, îi corespunde un anumit de tip de relații sociale pe care trebuie să le reglementeze, un anumit mecanism specific de adoptare și un organ public exclusiv care are abilitatea constituțională sau legală de adoptare.

În consecință, Constituția conține normele fundamentale, are o anumită procedură de adoptare și un anumit „organ specific” *poporul român*, legea privește anumite norme specifice primare de reglementare, o procedură reglementată constituțional și un organ abilitat Parlamentul, iar actul administrativ normativ cuprinde în esență reglementări infralegale prin care administrația pune în executare decizia politică.

Fiecare organ de stat trebuie să respecte procedura proprie de organizare și sfera competențelor de reglementare. Prin urmare, în această situație principiul *qui potest plus potest minus* este inaplicabil, fiecare organ al statului abilitat cu competențe specifice în procesul de legiferare fiind obligat să adopte numai acele acte normative care sunt în competența sa, nu și acte cu forță juridică superioară sau de rang inferior.

Prin decizia amintită s-a statuat că legea adoptată este de natură a contraveni dispozițiilor art. 1 alin. (4) din Constituție ce fac referire la principiul separației și echilibrului puterilor în stat, Parlamentul intrând în sfera de competență a autorității executive. Dacă la adoptarea unei norme cu caracter primar de către o autoritate administrativă se încalcă Constituția prin nesocotirea competenței de legiferare a Parlamentului, tot astfel și Parlamentul, la rândul său, nu poate să își însușească atribuții în domeniul organizării legilor, prin adoptarea unor acte cu caracter administrativ.

Deși actul juridic supus controlului de constituționalitate a fost o lege care avea caracterul unui act administrativ individual, argumentele Curții Constituționale sunt în egală măsură valabile și în situația unei legi care cuprinde reglementări administrative cu caracter normativ.

Astfel, apreciem că Parlamentul nu poate stabili nivelul taxelor locale pentru o anumită localitate aceasta fiind atribuția exclusivă a consiliului local, cum tot astfel nu poate elabora planuri urbanistice generale sau zonale pentru o anumită unitate administrativ-teritorială sau adopta regulamente de ordine interioară pentru diverse autorități publice (cum este Regulamentul de ordine interioară al instanțelor de judecată adoptat de către Consiliul Superior al Magistraturii).

CETĂȚENIA EUROPEANĂ – COMPONENTĂ A UNIUNII FONDATĂ PE DREPT

Drd. Teodora Elena ZALDEA'

European citizenship – about eu's component based on the rule of law

Rezumat

Plasăm prezentul studiu în contextul viitoarelor alegeri pentru Parlamentul European ce se vor desfășura în perioada 23-26 mai a.c., cu intenția de a reaminti faptul că democrația presupune, printre altele, și concepte de participare la guvernare și informare a societății civile. Afirmăm acestea, găsind întrucâtva cetățeanul, din punct de vedere teoretic, ca fiind acel titular al unor drepturi ce ar trebui să-l protejeze înaintea puterii politice fie ea transnațională, națională sau locale, cât și a unor drepturi ce ar trebui să-i garanteze poziția în cadrul structurii de șanse de acces la procesele sociale, politice, economice. Totodată, Tratatul de la Lisabona, vine să plaseze cetățenii în centrul vieții democratice a Uniunii, înzestrându-i cu drept de inițiativă legislativă, oferindu-li-se în acest fel, posibilitatea de a-și asuma statutul de actori activi, capabili de a influența agenda politică a Uniunii Europene.

Studiul de față, pe lângă devoalarea unor concepte precum cele de cetățenie europeană, cetățenie națională, își propune și o mai bună înțelegere la nivel tehnic a diferențelor ce incumbă celor două noțiuni, accentul fiind pus pe relevarea conținutului cetățeniei europene și a drepturilor pe care cetățenii europeni le posedă, date fiind numeroasele Eurobarometre² ce scot în evidență slaba cunoaștere de către cetățenii români a drepturilor lor în calitate de cetățeni europeni.

Cuvinte-cheie: cetățenie europeană; drepturi; dreptul de inițiativă legislativă al cetățenilor europeni; cetățenie națională; Tratatul de la Lisabona.

¹ Doctorand în științe juridice, Universitatea Liberă Internațională din Moldova, e-mail: teodora.zaldea@yahoo.com.

² Potrivit unui Eurobarometru realizat în primăvara anului 2018, 50% dintre români s-au arătat a cunoaște drepturile ce le posedă în calitate de cetățeni europeni, în vreme ce 75% s-au arătat doritori a afla mai multe despre acestea. (Comisia Europeană. Direcția Generală de Comunicare, (2018), „Eurobarometru Standard 89. Opinia publică în Uniunea Europeană. Primăvara 2018”, <https://www.dnevnik.bg/file/3200164.pdf>, accesat ultima dată în 02.03.2019).

Abstract

This study is placed in the context of the upcoming European Parliament elections which will take place on 23^d to 26th of May and wants to remind that democracy involves concepts such as participation, empowerment or involvement of the citizens in the decision making process. We affirm this because the citizen from a theoretically point of view is the holder of some rights that should protect him against the political power, whether this is a transnational, national or local power, and these rights should guarantee him the power to change and influence how public affairs are managed. At the same time, the Lisbon Treaty places the citizens at the heart of the democratic life of the European Union, endowing them with the right of legislative initiative which gives them the opportunity to assume the status of active actors capable of influencing the political agenda of the EU.

This study also aims for a better understanding of concepts like European citizenship and national citizenship and the differences between them, the focus being put on revealing the content of the European citizenship and of the rights that European citizens have, given the many Eurobarometers that highlight the poor knowledge of the Romanian citizens of their rights as European citizens.

Keywords: european citizenship; rights; european citizens initiative; national citizenship; Lisbon Treaty.

1. Considerații introductive

Uniunea Europeană, făurită din ruinele celui de al doilea război mondial, a apărut ca organizație supranațională din dorința celor șase state fondatoare de a stopa războiul pe continent odată pentru totdeauna. Orientată inițial în direcția obiectivelor economice, în prezent, aceasta a căpătat contururi politice. „Europa politică unită” a devenit, începând îndeosebi cu Tratatul de la Maastricht, miza esențială a viitorului politic și democratic al Uniunii Europene.

Considerăm că uniunea politică este anunțată prin cetățenia europeană întrucât ea transpune realitatea instituțională dobândită de Uniune și realizează simultan devierea sa din planul dreptului internațional. Instrumentele prin care cetățenii se pot pronunța cu privire la evoluția UE sunt, în principal, cetățenia europeană, valorificarea drepturilor fundamentale consacrate de Uniune, precum și a dreptului de inițiativă legislativă.

Inițial, Comunitățile europene nu au fost create de cetățeni, ci de elitele politice conducătoare. Procesul de reorientare a acestora înspre cetățean constituie trecerea de la o construcție artificială la o entitate nouă supranațională legitimată de acordul cetățenilor săi răspunzători și preocupați de viața publică europeană.

În literatura de specialitate, cetățenia este definită ca fiind „legătura juridică și politică permanentă dintre o persoană fizică și un stat, care generează și exprimă drepturile și obligațiile reciproce dintre acea persoană și statul al cărui cetățean este”³. Bazele cetățeniei moderne le regăsim în Declarația Drepturilor Omului și ale Cetățeanului, adoptată în timpul Revoluției franceze din 1789. Conceptul de cetățenie a suferit numeroase modificări datorate transformărilor sociale, economice și mai ales politice apărute de-a lungul timpului. Asistăm, astfel, la apariția unei noi noțiuni cea de cetățenie europeană ce este considerată a fi o mare inovație constituțională.

„Cetățenia este strâns legată de naționalitate și de stat, astfel încât o cetățenie europeană este un concept nou, o noțiune specială datorită caracterului său supra-național. Ea simbolizează, la modul ideal, comunitatea de scopuri și de mijloace care există între popoarele statelor membre ale Uniunii Europene, care a introdus statutul juridic al cetățenilor europeni, sub forma unor drepturi supranaționale”⁴. Cetățenia europeană este văzută ca fiind stâlpul Europei politice în devenire, „ca o nouă etapă a procesului de realizare a unei Uniuni din ce în ce mai strânse între popoarele Europei”⁵.

Semnat la 7 februarie 1992, Tratatul de la Maastricht a instituit conceptul de cetățenie europeană. Potrivit acestuia, cetățenia UE constă în oportunitatea dată fiecărui individ ce posedă cetățenia unui stat membru de a fi considerat cetățean al Uniunii Europene.

Prof. Fuerea, A. aprecia că „prin introducerea cetățeniei europene, semnatarii Tratatului asupra Uniunii Europene și-au dorit, printre altele, promovarea și consolidarea identității europene, implicând, în acest fel, cetățenii în procesul de integrare europeană. Ca urmare a dezvoltării Pieței unice, cetățenii beneficiază de o serie de drepturi generale în domenii dintre cele mai diverse, precum libera circulație a bunurilor și a serviciilor, protecția consumatorilor și sănătatea publică, egalitatea de șanse și de tratament, accesul la ocuparea locurilor de muncă și la protecția socială”⁶.

În 1984, Consiliul de la Fontainebleau (25-26 iunie) a format un Comitet de reflecție, cunoscut sub denumirea de Comitetul de la Adoninno ce a creat noțiunea

³ Pușcă B., (2001), *Drept constituțional și instituții politice*, vol. I, Ed. Fundației Academice Danubius, Galați, p. 236.

⁴ Pantea M., (2009), *Cetățenia europeană*, în revista „Drepturile omului” editată de IRDO, București, An XIX, nr. 1, p. 19 (http://www.irdo.ro/sectiuni.php?subsectiuni_id=99, accesată ultima oară la data de 02.03.2019).

⁵ Tratatul asupra Uniunii Europene de la Maastricht, modificat prin Tratatul de la Amsterdam, articolul 1 (<http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html>, accesată ultima oară la data de 02.03.2019).

⁶ Fuerea A., (2003), *Cetățenia națională – cetățenie europeană*, Ed. Fundația Culturală Libra, București, p. 34.

de „Europa cetățenilor”. Menționăm că distincția dintre cele două noțiuni cea de cetățenie europeană și cea de „Europa cetățenilor” nu este una ușoară. Cetățenia europeană, de-a lungul timpului, se constituie într-o cetățenie politică ce plasează individul în centrul Uniunii, în vreme ce conceptul de „cetățenie în Europa” se referă la modul specific de dobândire a cetățeniei din fiecare stat membru UE.

Cetățenia Uniunii Europene creată prin Tratatul de la Maastricht, semnaleză depășirea limitelor economice ale construcției europene și orientarea sa înspre dimensiunea politică. Introducerea acestei noțiuni în acquis-ul comunitar prin intermediul Tratatului asupra Uniunii Europene, vizează consolidarea relației existente între UE și cetățenii statelor membre. Astfel, cetățenia europeană este considerată ca fiind expresia legitimității democratice a construcției europene și „a unei uniuni din ce în ce mai strânse între popoarele europene”⁷. „Acest aport este fundamental pentru afirmarea identității europene, întrucât se recunoaște existența unui cetățean european și nu doar a consumatorului european sau a resortisantului comunitar, muncitor sau independent în construcția europeană”⁸.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene definește cetățenia europeană ca fiind „statutul fundamental al resortisanților statelor membre permițându-le acestora să obțină independent de naționalitatea lor și fără prejudicierea excepțiilor special prevăzute în acest sens, același tratament juridic”⁹.

Prof. Bârzea, C. preciza că „condiția de cetățean se bazează pe o relație contractuală între stat și indivizi: statul recunoaște drepturile fundamentale ale individului, dar pretinde în schimb obligații civice, loialitate și participare. Ca titular de drepturi, cetățeanul devine un element al exercițiului puterii și al principiului suveranității. Prin capacitatea sa de a influența configurația puterii politice, cetățeanul este deținătorul unei părți din suveranitatea politică deoarece, prin vot, poate decide asupra guvernării”¹⁰.

În modul acesta, putem observa că de voința cetățenilor depind atât structura puterii politice cât și executarea deciziilor luate de guvernanți. Cu privire la cetățenia europeană, Tratatul de la Lisabona introduce o nouă prevedere – inițiativa cetățenească care permite unui milion de cetățeni dintr-un număr semnificativ de state membre să ceară direct Comisiei Europene luarea în discuție a unei inițiative de care sunt interesați, într-unul din domeniile de competență ale Uniunii Europene.

⁷ Tratatul asupra Uniunii Europene de la Maastricht, articolul 1 – (<http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html>, accesată ultima oară la data de 02.03.2019).

⁸ Groza A., (2008), *Cetățenia europeană, statut fundamental al resortisantului european*, în Revista Română de Drept Comunitar, nr. 4, Ed. Wolters Kluwer, București, p. 118.

⁹ CJCE, 20 septembrie 2001, cauza C-184/99.

¹⁰ Bârzea C., (2005), *Cetățenia europeană*, Ed. Politeia-SNSPA, București, p. 46.

2. Cetățenia europeană versus cetățenia națională

„O problemă în analiza acestui concept în cadrul sistemului UE constă în separarea cetățeniei europene de cetățenia națională. Principalul obstacol îl reprezintă separarea cetățeniei de naționalitate. La nivel supranațional, cel puțin în teorie cetățenia și naționalitatea nu sunt interschimbabile, dar în practică această caracteristică persistă¹¹. În doctrină, naționalitatea este definită ca fiind „calitatea sau condiția juridică ce decurge din relațiile care există între o persoană juridică și un stat determinat, pe când cetățenia este o categorie juridică prin care este desemnată apartenența unei persoane fizice la o comunitate politică, în virtutea legilor prin care îi sunt atribuite o serie de drepturi civile și politice¹². Pentru majoritatea teoreticienilor, cele două noțiuni sunt analitic distincte. Aceștia identifică naționalitatea cu elementele culturale, iar cetățenia cu cele politice.

Conform prevederilor art. 20 din Tratatul de la Lisabona este „cetățean al Uniunii Europene orice persoană având naționalitatea unuia dintre statele membre, conform legilor în vigoare din statul respectiv. Cetățenia europeană vine în completarea cetățeniei naționale, ea se suprapune, fără a se substitui, cetățeniei naționale, făcând posibilă exercitarea unora dintre drepturile cetățeanului Uniunii pe teritoriul statului membru în care locuiește¹³”. Precizăm că în opinia UE, potrivit acestui articol există o legătură între cetățenie și naționalitate. Astfel, naționalitatea este adesea percepută ca un aspect de drept internațional în vreme ce cetățenia se referă la implicațiile acesteia din legislația națională. Este evident că naționalitatea exprimă legătura formală ce se stabilește între o persoană și un stat, iar cetățenia europeană definește noul statut creat în legislația UE.

Tratatul de la Amsterdam clarifică raportul dintre cetățenia europeană și cea națională, afirmând că cea dintâi o completează pe cea de a doua, fără a o înlocui însă. Tratatul de la Lisabona precizează că cetățenia europeană se alătură cetățeniei naționale, completând-o. Cetățenia europeană apare astfel ca o calitate suplimentară oferită cetățenilor statelor membre ale Uniunii Europene și care le conferă acestora un set de drepturi ce pot fi exercitate fie la nivelul Uniunii, fie la nivelul statelor membre. Este vorba despre dreptul de a alege și de a fi ales în Parlamentul European sau în cadrul alegerilor locale. Observăm că cetățenia europeană produce efecte în

¹¹ Sarcinschi A.; Bogzeanu C., (2009), *Europa: granițe, cetățenie, securitate*, Ed. Universității Naționale de Apărare „Carol I”, București, p. 30.

¹² Pantea M., (2009), *op. cit.*, p. 19.

¹³ Savenco I., (2006), *Cetățenia europeană, dependentă de cetățenia națională?*, în International Conference on European Integration – Realities and Perspectives, volumul 1, Universitatea Danubius, Galați, p. 223.

(<http://proceedings.univ-danubius.ro/index.php/eirp/article/view/1161/1077>, accesată ultima oară la data de 02.03.2019).

plan juridic și politic. Unul dintre avantajele imediate ale acestora se referă la exercitarea drepturilor din conținutul său pe întreg teritoriul Uniunii Europene și o consolidare indirectă a drepturilor fundamentale.

Prof. Bârzea afirmă că „atunci când se vorbește de cetățenia Uniunii Europene, se înțelege un statut supranațional acordat automat cetățenilor țărilor membre ale UE. Cetățenia UE este deci, o calitate suplimentară, în completarea cetățeniei recunoscute de statul național. Această prelungire europeană a naționalității nu este reversibilă: cetățenii unei țări membre a UE nu pot obține automat cetățenia celorlalte țări membre”¹⁴.

Cetățenii UE nu sunt absolviți prin introducerea noțiunii de cetățenie europeană de obligațiile cetățenești pe care le au față de statele lor de proveniență. Principala problemă cu care instituțiile europene se confruntă se referă la transformarea cetățeniei europene dintr-un ideal într-o realitate, în condițiile în care totul se găsește într-o continuă mișcare. Crearea unei solidarități între popoarele statelor membre ale UE este dificilă din cauza diversității culturilor naționale, a procesului de extindere a Uniunii Europene. Menținerea diversității a fost recunoscută în toate documentele oficiale ale UE, fiind considerată o condiție firească a dezvoltării și progresului într-o Europă unită. În prezent, cetățenia europeană este văzută ca o cetățenie de reciprocitate bazată pe mutualitatea drepturilor dintre resortisanții europeni, dar și ca o cetățenie de atribuție întrucât ea își are originea în naționalitatea unuia din statele membre din care extrage sentimentul de proveniență la aceasta a cetățenilor săi.

Conform Tratatului de la Lisabona, cetățenia UE este un ansamblu unitar: identitate colectivă, cultură organizațională, statut juridic, participare efectivă la viața publică. „Identitatea colectivă a devenit o formă de acreditare a cetățeniei europene încă de la începutul construcției UE, când cetățenii statelor fondatoare optează pentru împărțirea unui set comun de valori, care duce implicit la relaționarea identității culturii naționale cu marea cultură europeană. Identitatea creată în urma valorificării acestei culturi europene este caracterizată prin democrație participativă, pluralism politic, participare socială, respect al diversității, concurență liberă și loială, supremația legii și primordialitatea drepturilor omului. Astăzi, când temerea mondială apare sub forma globalizării ca atitudine uniformizatoare, Uniunea Europeană aduce modelul unei identități colective definite prin sloganul „unitate în diversitate”, iar cetățenia europeană apare ca o formă de apartenență la această identitate pe care individul și-o asumă și prin care preferă să fie recunoscut”¹⁵.

¹⁴ Bârzea C., (2005), *op. cit.*, p. 48.

¹⁵ Pop L., (2010), *Conceptul de cetățenie europeană în perspectiva Tratatului de la Lisabona*, în Revista Consilier European, anul VI, nr. 1, p. 46.

3. Conținutul cetățeniei europene

Ratificarea Tratatului de la Lisabona de cele 28 de state membre a condus la dobândirea de către UE a calității de subiect de drept internațional, iar Carta Drepturilor Fundamentale a UE a fost încorporată în dreptul primar. De asemenea, cetățenia europeană a căpătat o valoare mai mare după acest moment. Nu putem vorbi despre cetățenia europeană fără a aduce în discuție Carta Drepturilor Fundamentale.

„Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene a fost proclamată în mod solemn de către Consiliul European de la Nisa din 7 decembrie 2000 și are la bază Tratatul fondatoare, convenții internaționale (cum ar fi Convenția Europeană a Drepturilor Omului, adoptată în 1950, și Carta Drepturilor Sociale Fundamentale ale Lucrătorilor, adoptată în 1989), tradiții constituționale comune ale statelor membre și diverse declarații ale Parlamentului European. În cele 54 de articole, Carta definește drepturile fundamentale legate de demnitate, libertate, egalitate, solidaritate, cetățenie și justiție. În timp ce prin CEDO (Convenția Europeană a Drepturilor Omului) sunt protejate numai drepturile civile și politice, Carta include și alte drepturi, precum drepturile sociale ale lucrătorilor, protecția datelor”¹⁶.

Carta cuprinde șapte capitole, introducerea sa ca parte a dreptului original al Uniunii Europene este acompaniată de posibilitatea UE de a deveni parte a Consiliului Europei și a CEDO. Tratatul de la Lisabona consacră ca fiind fundamentale patru prevederi referitoare la cetățenia europeană:

- a) recunoașterea drepturilor din cadrul Cartei Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene (TUE, art. 6);
- b) cetățenia europeană și egalitatea tuturor cetățenilor (TUE, art. 9);
- c) funcționarea Uniunii Europene pe principiul democrației reprezentative (TUE, art. 10);
- d) asigurarea dialogului și transparenței între UE și cetățeni (TUE, art. 11).

Constatăm astfel, că cetățenia europeană este o cetățenie bazată pe drepturi și anume pe drepturile consacrate de Carta Drepturilor Fundamentale a UE, pe drepturile sociale conferite de Carta socială europeană (1961) sau de Carta comunitară a drepturilor sociale fundamentale ale lucrătorilor (1989).

Tratatul de la Maastricht introduce statutul de cetățean european sub forma a patru drepturi supranaționale garantate persoanelor ce dețin deja naționalitatea

(<http://www.dae.gov.ro/admin/files/CONSILIER%20EUROPEAN%20nr1.pdf>, accesată ultima oară la data de 02.03.2019).

¹⁶ Infoeuropa, (2007), „Uniunea Europeană. Glosar de termeni C”, Teme Europene, nr. 31, p. 1 (http://ec.europa.eu/romania/documents/eu_romania/tema_31.pdf, accesată ultima oară la data de 02.03.2019).

unea din statele membre ale UE. Aceste drepturi la care Tratatul privind Uniunea Europeană se referă în art. 8 sunt:

a. dreptul de mișcare liberă și de rezidență în oricare din țările membre ale UE;
b. dreptul de a alege și de a fi ales în Parlamentul European și în alegerile locale;
c. dreptul la protecție diplomatică într-un stat terț, în care propria țară nu are reprezentanță consulară;

d. dreptul de petiție la Parlamentul European și dreptul de a se adresa Ombudsman-ului European. Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene¹⁷ în capitolul V precizează drepturile ce decurg din calitatea de cetățean european și anume:

- ✓ dreptul de vot și de a fi ales la alegerile pentru Parlamentul European;
- ✓ dreptul de vot și de a fi ales la alegerile municipale;
- ✓ dreptul la o bună administrare;
- ✓ dreptul de acces la documente;
- ✓ dreptul de a se adresa Mediatorului European;
- ✓ dreptul de petiție în fața Parlamentului European;
- ✓ libertatea de circulație și ședere;
- ✓ protecție diplomatică și consulară.

Tratatul de la Amsterdam include dreptul de acces al cetățenilor la documentele Parlamentului, Consiliului și Comisiei, precum și dreptul cetățenilor de a se adresa instituțiilor UE într-una din limbile oficiale ale Uniunii și de a primi răspuns în aceeași limbă. Aportul acestuia în materia cetățeniei europene trebuie corelat și cu inovațiile din materia interzicerii discriminării, liberei circulații, securității persoanelor. Principiul interzicerii oricărei discriminări bazată pe originea etnică consolidează indirect drepturile cetățenilor europeni. În vederea combaterii discriminării, Tratatul de la Amsterdam autorizează Consiliul să adopte cu unanimitate măsurile care se impun, la propunerea Comisiei și după consultarea Parlamentului European. Curtea de Justiție a valorificat magistral acest principiu, în special în materia dreptului de liberă circulație și ședere. Curtea a apreciat că resortisanții statelor membre pot apela la calitatea de cetățeni ai Uniunii pentru a se proteja de orice discriminare la care ar fi supuși de statele membre, pe criterii de naționalitate¹⁸. Statutul cetățeanului european are vocația de a fi statut fundamental al resortisanților statelor membre.

Tratatul de la Nisa a introdus majoritatea calificată în privința adoptării deciziilor în materia dreptului de liberă circulație și sejur.

¹⁷ Zlătescu Moroianu, I., (2008), *Instituții europene și drepturile omului*, IRDO, București, p. 134-135.

¹⁸ A se vedea CJCE, C-85/96.

Tratatul de la Lisabona introduce inițiativa cetățenească, ca mijloc de sesizare a Comisiei pentru adoptarea unor acte cu caracter juridic. Carta Drepturilor Fundamentale vizează combaterea excluziunii sociale și respectarea tuturor drepturilor cu care au fost investiți cetățenii europeni. „Excluziunea socială a fost definită ca fiind excluderea cetățenilor de la drepturi și de la posibilitatea de participare la viața publică. Astfel, cei aflați în situație de excluziune socială, din diferite cauze precum sărăcia, au un acces redus la piața muncii, posibilități scăzute de a câștiga un venit și o participare redusă la viața comunității”¹⁹. Prof. Bărbulescu afirma că „pentru asigurarea incluziunii sociale și a coeziunii, sunt necesare atât respectarea drepturilor cetățenilor, cât și participarea activă a acestora la funcționarea Uniunii Europene. Creșterea gradului de reprezentativitate a instituțiilor, precum și creșterea participării cetățenilor, constituie două elemente cheie ale Tratatului de la Lisabona”²⁰.

Constatăm că, conținutul cetățeniei europene este unul evolutiv. Acesta poate fi completat cu noi drepturi de către Consiliu, statuând cu unanimitate, la propunerea Comisiei. Articolul 22 din Tratatul asupra funcționării Uniunii Europene stabilește că la fiecare trei ani, Comisia prezintă un raport Parlamentului European, Consiliului și Comitetului economic și social asupra aplicării dispozițiilor privind cetățenia europeană. Pe baza acestui raport, Consiliul decide cu unanimitate conform unei proceduri legislative speciale și după aprobarea Parlamentului European, adoptarea unor dispoziții care să ducă la completarea conținutului cetățeniei europene.

4. Drepturile cetățenilor europeni

Putem afirma că drepturile ce sunt conferite cetățenilor Uniunii Europene sunt în special drepturi politice. În acest fel se pune un mai mare accent pe raporturile dintre cetățean și structurile publice ale guvernantei europene, ceea ce reprezintă deja o întărire a cetățeniei supranaționale.

„Drepturile ce decurg din calitatea de cetățean european, pot fi clasificate în următoarele categorii:

- ❖ drepturi politice;
- ❖ libertăți cu caracter economic;
- ❖ drepturi-garanții.

Din categoria drepturilor politice fac parte:

- a) dreptul de vot și de a fi ales la alegerile locale;

¹⁹ Bărbulescu I.; Ion O.; Iancu A.; Toderaș N., (2010), *Tratatul de la Lisabona: implicații asupra instituțiilor și politicilor românești*, în Studii de strategie și politici – SPOS 2010, Studiul nr. 1, Institutul European din România, București, p. 59.

(http://www.ier.ro/documente/spos_2010/SPOS_1_site.pdf, accesată ultima oară la data de 02.03.2019).

²⁰ *Idem*, p. 59.

b) dreptul de vot și de a fi ales la alegerile pentru Parlamentul European.

Din categoria libertăților cu caracter economic fac parte:

- a. dreptul la libera circulație și dreptul la sejur;
- b. libera circulație a lucrătorilor și accesul liber la locurile de muncă salariate;
- c. libertatea de stabilire pe teritoriul oricărui stat membru care presupune accesul la activitățile nesalariate precum și înființarea și administrarea întreprinderilor.

Din categoria drepturilor-garanții fac parte:

- A. dreptul de petiționare;
- B. dreptul de a se adresa Mediatorului european²¹.

Exercitarea drepturilor și libertăților ce alcătuiesc conținutul cetățeniei europene, presupune, „totodată, îndatoriri și responsabilități, precum apărarea ordinii și prevenirea infracțiunilor, protecția sănătății și a moralei, protecția reputației sau a drepturilor altora”²². Declarația de la Berlin din 25 martie 2007 preciza faptul că UE apără libertățile cetățenilor și drepturile lor civile prin lupta împotriva celor care atentează la acestea. La nivel național sunt consacrate asemenea îndatoriri fundamentale, cum sunt: fidelitatea față de țară, apărarea țării, contribuții financiare la cheltuielile publice. Atât la nivel național, cât și la nivel european, drepturile și libertățile cetățenilor statelor membre, în calitatea lor de cetățeni europeni, trebuie să se exercite cu bună credință fără să se încalce drepturile și libertățile celorlalți.

Prof. Bârzea, C. preciza că „există un dublu sistem de protecție a drepturilor ce decurg din cetățenia europeană, respectiv:

- mecanismele non – juridice reprezentate de Comitetul pentru Petiții al Parlamentului European și Avocatul poporului (Ombudsman);
- mecanismele juridice de protecție a drepturilor cetățenilor europeni se referă la sistemele de judecată la nivel unional, respectiv Curtea Europeană de Justiție²³.

Comitetul pentru Petiții al Parlamentului European primește sesizările cetățenilor europeni sau cele ale persoanelor fizice sau juridice rezidând sau având sediul statutar într-un stat membru, pe care le soluționează beneficiind de sprijinul Avocatului Poporului și de cel al comitetelor pentru petiții aparținând Parlamentelor naționale. Comisia de petiții a Parlamentului European verifică admisibilitatea petiției introduse și decide măsurile care se impun. Astfel, ea poate sesiza instituțiile europene, cum ar fi Comisia, în cazul în care este reclamată o încălcare a dreptului european, poate formula un raport în atenția Parlamentului European, poate efectua anchete sau poate iniția o colaborare cu instituțiile naționale. Acest drept oferă

²¹ Pantea M., (2009), *op. cit.*, p. 21.

²² Convenția pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale, amendată prin Protocoalele nr. 3, 5, 8 și completată prin Protocolul nr. 2, Convenție adoptată la Roma, 4 noiembrie 1950, art. 10 alin. 2 (http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E7126929-2E4A-43FB-91A3-B2B4F4D66BEC/0/ROU_CONV.pdf, accesată ultima oară la data de 02.03.2019).

²³ Bârzea C., (2005), *op. cit.*, p. 50.

Parlamentului European posibilitatea de a cunoaște violări ale drepturilor cetățenilor europeni, precum și de a reduce deficitul de democrație de care Uniunea Europeană este adesea acuzată.

Mediatorul European admite plângerile ce provin de la orice cetățean al UE sau de la orice persoană fizică sau juridică rezidând sau având domiciliul statutar într-un stat membru cu privire la cazurile de administrare defectuoasă în acțiunea instituțiilor sau organelor, cu excepția Curții de Justiție și a Tribunalului de primă instanță în exercitarea funcțiilor lor jurisdicționale. Acesta realizează din proprie inițiativă sau în baza plângerilor ce i-au fost adresate direct sau prin intermediul unui europarlamentar, anchete, investigații. El sesizează instituția a cărei activitate este denunțată, declanșează o anchetă asupra plângerii și încearcă remedierea pe cale amiabilă a situației.

Cetățenii europeni au **dreptul de a vota și de a candida la alegerile municipale și europene** indiferent de locul de reședință pe teritoriul Uniunii, în aceleași condiții ca și naționali statului pe teritoriul căruia se află. Acest drept constituie dimensiunea politică majoră a cetățeniei Uniunii Europene și un început care permite degajarea progresivă a unei conștiințe politice europene. Cetățeanul european își exercită dreptul de vot și de eligibilitate o singură dată cu prilejul acelorași alegeri, fie în cadrul statului său de origine, fie în cadrul statului de reședință. Decăderea din aceste drepturi survenită ca urmare a unei condamnări civile sau penale în statul de origine sau în cel de reședință, împiedică exercitarea lor în oricare din cele două state. Pentru a putea exercita acest drept în privința alegerilor municipale într-un stat a cărui cetățenie nu o are, cetățeanul european trebuie să aibă cetățenia unui stat membru al Uniunii Europene, să aibă reședința în statul membru în care dorește să candideze sau să voteze. El trebuie să îndeplinească aceleași condiții ca și cetățeanul statului de reședință. Cetățenii europeni pot ataca în fața instanțelor competente, în aceleași condiții ca și resortisanții statului, refuzul statului de reședință de a da curs cererilor lor de candidatură sau de înscriere pe listele electorale.

„Dreptul de protecție diplomatică și consulară al cetățeanului european într-un stat terț în care statul de origine nu este reprezentat se acordă de către autoritățile diplomatice și consulare ale oricărui alt stat membru, în aceleași condiții ca și pentru resortisanții statului care o acordă. Exercițiul acestui drept a fost amenajat în cadrul Politicii Externe și de Securitate Comună, iar introducerea sa nu poate decât să consolideze identitatea internațională a UE. Pentru a beneficia de această protecție, solicitantul trebuie să facă dovada cetățeniei unui stat membru și să se afle în situația în care pe teritoriul statului terț, statul său de origine să nu fie reprezentat la nivel de ambasadă sau consulat. Această formă de protecție se acordă în mod obligatoriu în cazurile de deces, boală sau accident grav, arestare sau deținere, violență, sprijin, repatriere a cetățenilor aflați în dificultate. Important de precizat este faptul că protecția diplomatică și consulară nu sunt acordate de

Uniunea Europeană ci de statele sale membre, ceea ce relevă lipsa unor efecte internaționale proprii ale cetățeniei europene. Această protecție, de fapt, se reduce la acordarea unei asistențe consulare, dimensiunea de protecție existând doar în cazurile de arestare, deținere sau de sprijin a victimelor violenței”²⁴.

Tratatul de la Amsterdam consacră ***dreptul cetățenilor europeni de a cores-ponda cu instituțiile europene***. Tratatul de la Nisa a consolidat acest drept prin obligarea instituțiilor și organelor Uniunii de a răspunde în termen rezonabil. Cetățenii UE au dreptul de a se adresa instituțiilor europene într-una din cele 23 de limbi oficiale ale UE și de a primi răspuns scris într-una din aceste limbi.

Tratatul de la Amsterdam consacră, de asemenea, ***dreptul cetățenilor europeni de a avea acces la documentele Parlamentului European, ale Comisiei și ale Consiliului***, ca o concretizare a transparenței activității Uniunii și a caracterului său democratic. Tratatul de la Lisabona extinde dreptul de acces al cetățenilor europeni la documentele tuturor instituțiilor, organelor și organismelor Uniunii Europene. Exercitarea acestui drept este detaliată prin regulamentele de ordine interioară ale instituțiilor și nu beneficiază de el doar cetățenii europeni ci și persoanele fizice și juridice ce își au reședința, respectiv sediul într-un stat membru. Dreptul se exercită pe baza unei solicitări scrise, redactată într-una din limbile oficiale ale UE, trimisă inclusiv în format electronic și suficient de precisă pentru a permite individualizarea documentului. Instituțiile europene pot refuza accesul în condițiile în care divulgarea unui document ar aduce atingere unui interes public, vieții private sau integrității individului, intereselor comerciale ale unei persoane fizice sau juridice determinate, procedurilor jurisdicționale și avizelor juridice. Analiza aplicării dreptului de acces la documente și recomandări de ameliorare sunt în sarcina Comisiei, instituția prezentând un raport în acest sens. Documentele Curții de Justiție, ale Băncii Centrale Europene și ale Băncii Europene de Investiții care nu prezintă un caracter administrativ sunt însă exceptate.

Una dintre libertățile fundamentale, garantată cetățenilor europeni este ***libera circulație a forței de muncă***, ce include dreptul de a locui și de a lucra într-un alt stat membru. Cele două drepturi enunțate mai sus constituie elemente esențiale ale Pieței Interne. Pentru o perioadă de ședere mai lungă de trei luni este necesar un certificat de sejur. Intrarea pe teritoriul altui stat membru nu poate fi interzisă decât din rațiuni de securitate și sănătate publică, iar interzicerea trebuie să fie justificată.

Cetățenia europeană este doar un catalog de drepturi, fără obligații. O așa zisă obligație a cetățenilor europeni este aceea de a respecta drepturile celorlalți și de a respecta legea. Participarea cetățenilor la viața publică este în același timp și un

²⁴ Maftai J., (2008), *Dimensiunea europeană a protecției consulare*, în International Conference on European Integration – Realities and Perspectives, vol. 3, Universitatea Danubius, Galați, p. 63.

(<http://proceedings.univ-danubius.ro/index.php/eirp/article/view/1014/933>, accesată ultima oară la data de 02.03.2019).

drept și o obligație. Pe plan european, educația pentru o cetățenie democratică este o prioritate, o responsabilitate pentru cetățenii europeni, în vederea promovării unei culturi a democrației și a drepturilor omului.

„Cunoașterea drepturilor pe care calitatea de cetățean al Uniunii Europene le conferă trebuie completată de folosirea efectivă a acestora ca instrumente de contestație civică, de participare activă la instituțiile politice, la vot, la viața asociativă. Un proiect comun care să vizeze o dezvoltare durabilă și sustenabilă, o Uniune Europeană și un mecanism instituțional capabil să facă față provocărilor globale se referă în mod expres și la participarea permanentă a cetățenilor și a actorilor sociali la viața publică europeană. Cetățenia europeană, în toate coordonatele ei, reprezintă o formă de propagare a specificului Uniunii Europene, un spațiu dinamic, supus unei perpetue schimbări la care România trebuie să ia parte activ”²⁵.

5. Dreptul la inițiativă legislativă

Tratatul de la Lisabona prin prevederile sale, urmărește să întărească structura democratică a Uniunii Europene. O inovație extrem de importantă adusă de acest tratat o reprezintă instituirea inițiativei cetățenilor europeni. Cetățenii au dreptul de a participa la viața democratică a Uniunii. Deciziile sale sunt adoptate într-o manieră cât mai transparentă și mai aproape de cetățeni. În titlul „Dispoziții privind principiile democratice” se stabilește că „la inițiativa a cel puțin un milion de cetățeni ai Uniunii, resortisanți ai unui număr semnificativ de state membre, Comisia Europeană poate fi invitată să prezinte, în limitele atribuțiilor sale, o propunere corespunzătoare în materii în care acești cetățeni consideră că este necesar un act juridic al Uniunii, în vederea aplicării tratatelor”²⁶.

Maroš Šefčovič, vicepreședinte al Comisiei, responsabil de relațiile interinstituționale și administrație declara „Sunt un susținător entuziast al inițiativei cetățenilor, deoarece aceasta va introduce în UE o formă complet nouă de democrație participativă. Este un adevărat pas înainte în ceea ce privește viața democratică a Uniunii, un exemplu concret de apropiere a Europei de cetățenii săi. Inițiativa ar trebui să stimuleze o dezbatere aprinsă privind ceea ce facem la Bruxelles, iar Comisia va trebui să acorde o atenție deosebită solicitărilor formulate prin inițiativele cetățenilor”²⁷.

Meritul Tratatului de la Lisabona este de a fundamenta edificiul democratic al Uniunii, îndeosebi pe conceptul de cetățenie. Această evoluție apropie cetățenia Uniunii de o veritabilă cetățenie, fiind binecunoscut faptul că sensul noțiunii de

²⁵ Pop L., (2010), *op. cit.*, p. 47.

²⁶ Art. 11 alin. 4 din Tratatul de la Lisabona.

²⁷ Comisia Europeană, (2010), „Inițiativa cetățenilor europeni: noi posibilități pentru cetățeni de a influența politica UE” (http://ec.europa.eu/romania/news/initiativa_cetatenilor_europeni_ro.htm, accesată ultima oară la data de 02.03.2019).

cetățenie se regăsește în planul participării la viața politică. Prin această inovație introdusă prin Tratatul privind funcționarea UE se urmărește promovarea unei cetățenii active, implicarea cetățenilor europeni în procesul decizional chiar din faza de stabilire a agendei politice. Comisia Europeană preciza în anul 2006 trebuința unei agende a cetățenilor și asigurarea accesului facil la informațiile relevante. De asemenea, aceasta recunoaște importanța și necesitatea unei cetățenii active, prin susținerea unui proiect intitulat „Cetățeni pentru Europa” care se desfășoară între 2007 și 2013. Acest proiect își propune să contribuie la conștientizarea de către cetățeni a îndatoririlor ce le revin în această calitate și să devină activ implicați în procesul integrării europene, dezvoltându-și un simț al apartenenței și al identității europene. Prof. Bărbulescu semnală „necesitatea simplificării anumitor proceduri, încurajării societății civile europene pentru a permite o mai mare implicare a cetățenilor, înțelegere a diversității culturale și formare a unei identități europene”²⁸. Pentru a garanta participarea activă a cetățenilor, UE folosește numeroase programe ca de exemplu Fondul Social European constituit pentru facilitarea accesului pe piața muncii sau Metoda Deschisă de Coordonare pentru combaterea excluziunii sociale.

Pentru majoritatea cetățenilor europeni, Uniunea Europeană este o organizație interguvernamentală, o entitate birocratică ce înghite banii contribuabililor fără a aduce rezultate palpabile. În vederea modificării acestei opinii, Tratatul de la Lisabona urmărește întărirea legitimității democratice a Uniunii prin sporirea prerogativelor Parlamentului European în procesul legislativ și printr-un rol mai important acordat parlamentelor naționale. Dreptul de inițiativă legislativă indirectă reprezintă un puternic mijloc pentru a suda popoarele europene și de a da naștere unei conștiințe colective, ceea ce nu au reușit să facă până în prezent nici alegerea directă a Parlamentului European, nici cetățenia europeană. Inițial, cetățenii europeni nu puteau influența procesul decizional, nu își puteau exprima opiniile cu privire la politicile europene. De asemenea, aceștia nu aveau niciun cuvânt de spus în numirea înalților oficiali în posturile cheie ale executivului european. Sentimentul de apartenență la Comunitatea europeană era redus prin faptul că nu exista un dialog semnificativ între instituțiile europene și cetățeni cu privire la direcția strategică principală și prioritățile asumate de UE. Nu trebuie să uităm că Parlamentul European este format din deputați aleși în mod direct, iar Consiliul European și Consiliul UE sunt formate din politicieni aleși la nivel național. Dreptul de inițiativă legislativă conferă cetățenilor europeni posibilitatea de a fi cetățeni activi, capabili să influențeze agenda politică a Uniunii Europene, nemaifiind simpli purtători pasivi de drepturi, consumatori reprezentați prin vot.

„Reglementarea acestei inițiative are ca obiectiv să confere cetățenilor Uniunii Europene o voce mai puternică, acordându-le dreptul de a solicita direct Comisiei

²⁸ Bărbulescu I.; Ion O.; Iancu A.; Toderaș N., (2010), *op. cit.*, p. 62.

să propună noi inițiative politice. Astfel, inițiativa cetățenească adaugă o nouă dimensiune democrației europene, completând setul de drepturi referitoare la cetățenia Uniunii și intensifică dezbaterile publice privind politicile europene, de natură să contribuie la crearea unui autentic spațiu public european”²⁹.

Comisia Europeană a lansat un proces de consultare a tuturor actorilor interesați cu privire la această inovație adusă de Tratatul de la Lisabona – inițiativa legislativă a cetățenilor europeni. Soluțiile oferite în cadrul acestor consultări publice au fost reunite într-o „Cartă Verde privind inițiativa cetățenilor europeni” elaborată de Comisia Europeană la 11 noiembrie 2009 și într-o „Rezoluție a Parlamentului European din 7 mai 2009 prin care se solicită Comisiei să prezinte o propunere de regulament al Parlamentului European și al Consiliului privind punerea în aplicare a inițiativei cetățenești”. „În data de 31 martie 2010, Comisia a prezentat un proiect de Regulament privind inițiativa cetățenească la nivel european. În urma mai multor discuții între statele membre asupra acestui proiect, a rezultat un text de compromis, agreat deopotrivă de Parlamentul European și de Consiliu și concretizat prin adoptarea Regulamentului UE nr. 211/2011 al Parlamentului European și al Consiliului din 16 februarie 2011 privind inițiativa cetățenească. Acest regulament, se aplică direct în toate statele membre începând cu 1 aprilie 2012”³⁰. „Cartea Verde și-a propus să identifice soluții pentru a răspunde întrebărilor care nu sunt precizate în Tratatul de la Lisabona și anume: numărul minim de state din care trebuie să provină semnatarii, vârsta minimă a semnatarilor, forma pe care o va lua inițiativa cetățenilor și modalitatea de formulare folosită, regulile privind colectarea, verificarea, autentificarea semnăturilor, perioada de timp în care trebuie colectate semnăturile, modalitățile de înregistrare oficială a inițiativelor, reguli în materie de transparență și finanțare, intervalul de timp posibil în care Comisia trebuie să răspundă cu privire la inițiativă”³¹.

Tabelul de mai jos (tabelul 1) exprimă pozițiile luate de Parlamentul European și Comisia Europeană prin intermediul celor două documente elaborate de acestea și anume: Cartea Verde și Rezoluția Parlamentului European. De asemenea sunt

²⁹ Cîrstena O.; Ducișu I., (2010), *Considerații asupra soluțiilor propuse prin Cartea Verde privind inițiativa cetățenilor europeni pentru consolidarea democrației în Uniunea Europeană*, în Revista Consilier European, anul VI, nr. 1, p. 48.

(<http://www.dae.gov.ro/admin/files/CONSILIER%20EUROPEAN%20nr1.pdf>, accesată ultima oară la data de 02.03.2019).

³⁰ Surdescu O., (2011), *Consolidarea democrației participative la nivelul Uniunii Europene: Inițiativa cetățenilor europeni*, în revista Sfera Politicii nr. 159, p. 31 (<http://www.sferapoliticii.ro/sfera/159/cuprins.php>, accesată ultima oară la data de 02.03.2019).

³¹ Sauron J.-L., (2011), *The European Citizens' Initiative: not such a good idea?*, în European Issue nr. 192, Fundația Robert Schuman, p. 2.

(http://www.robert-schuman.eu/doc/questions_europe/qe-192-en.pdf, accesată ultima oară la data de 02.03.2019).

precizate și articolele din Regulamentul UE nr. 211/2011 cu privire la modul de organizare și exercitare a dreptului de inițiativă legislativă al cetățenilor europeni.

Tabelul 1. Dreptul de inițiativă legislativă³²

	<i>Poziția Comisiei Europene</i>	<i>Poziția Parlamentului European</i>	<i>Prevederile Regulamentului UE nr. 211/2011 privind inițiativa cetățenească</i>
Numărul minim de state din care trebuie să provină semnatarii	O treime din statele membre (9 state)	O cincime din statele membre (5-6 state)	O pătrime din statele membre (7 state)
Numărul minim de semnături pentru fiecare stat membru	înmulțirea numărului de membri ai Parlamentului European din respectiva țară cu un factor de 750.	înmulțirea numărului de membri ai Parlamentului European din respectiva țară cu un factor de 750.	înmulțirea numărului de membri ai Parlamentului European din respectiva țară cu un factor de 750.
Organizatori	Persoană fizică/juridică	Comitete ale cetățenilor, alcătuite din cel puțin 7 persoane, care locuiesc în cel puțin 7 state membre ale UE	Comitete ale cetățenilor, alcătuite din cel puțin 7 persoane, care locuiesc în cel puțin 7 state membre ale UE
Vârsta minimă a semnatarilor	Vârsta la care cetățenii au drept de vot în alegerile pentru Parlamentul European.	16 ani.	Vârsta la care cetățenii au drept de vot în alegerile pentru Parlamentul European.
Modalitățile de înregistrare oficială a inițiativelor	Inițiativele propuse trebuie înregistrate într-un registru online, pus la dispoziție de către Comisie.	Inițiativele propuse trebuie înregistrate într-un registru online, pus la dispoziție de către Comisie -	Inițiativele propuse trebuie înregistrate într-un registru online, pus la dispoziție de către Comisie -

³² *Idem*, p. 2-3.

		înregistrarea poate fi refuzată dacă inițiativa este în mod vădit contrară valorilor fundamentale ale UE	înregistrarea poate fi refuzată dacă inițiativa este în mod vădit contrară valorilor fundamentale ale UE
Regulile privind colectarea semnăturilor	Pe suport de hârtie sau în format electronic	Pe suport de hârtie sau în format electronic	Pe suport de hârtie sau în format electronic
Perioada de timp în care trebuie colectate semnăturile	12 luni	12 luni	12 luni
Decizia privind admisibilitatea inițiativelor legislative	Organizatorul trebuie să solicite Comisiei verificarea admisibilității inițiativei, odată ce au fost strânse 300 000 de semnături din trei state membre.	–	–
Intervalul de timp posibil în care Comisia trebuie să răspundă cu privire la inițiativă	În termen de patru luni, Comisia prezintă într-o comunicare concluziile juridice și politice privind inițiativa cetățenească, acțiunile pe care intenționează să le întreprindă și motivele acțiunilor sau ale refuzului de a acționa.	În termen de trei luni, Comisia prezintă într-o comunicare concluziile juridice și politice privind inițiativa cetățenească, acțiunile pe care intenționează să le întreprindă și motivele acțiunilor sau ale refuzului de a acționa.	În termen de trei luni, Comisia prezintă într-o comunicare concluziile juridice și politice privind inițiativa cetățenească, acțiunile pe care intenționează să le întreprindă și motivele acțiunilor sau ale refuzului de a acționa.

Tabelul de mai sus ilustrează cât de mare a fost convergența între instituțiile europene cu privire la dreptul de inițiativă legislativă al cetățenilor UE. Observăm că diferențe notabile nu sunt decât cu excepția numărului minim de state din care trebuie să provină semnatarii.

Inovația Tratatului de la Lisabona nu este însă scutită de riscul deturnării de la finalitatea prevăzută de tratat, de către diferite grupuri de interese. Tocmai pentru acest motiv, Comisia poate da curs inițiativei cetățenești sau o poate refuza. Caracterul facultativ, iar nu obligatoriu pentru Comisie al inițiativei cetățenilor poate fi interpretat ca o protejare a interesului comunitar. „Critici ai inițiativei cetățenești au subliniat că este la latitudinea Comisiei să ia sau nu în considerare petiția cetățenească și că există o asimetrie importantă între cerințele stricte pe care cetățenii trebuie să le îndeplinească pentru ca inițiativa lor să fie luată în considerare și libertatea Comisiei de a nu răspunde în niciun fel. Aceasta ar putea duce la frustrarea cetățenilor și la o relație mai dificilă între instituțiile UE și cetățenii săi. Pentru a preveni un astfel de scenariu, Parlamentul European și Consiliul au cerut, ca în momentul înregistrării inițiativei cetățenești, Comisia să stabilească admisibilitatea de formă și de fond a acesteia, urmând ca după colectarea semnăturilor executivul european să fie măcar obligat să organizeze o audiere publică a inițiatorilor petiției. Totodată, Comisiei i se cere ca într-un termen stabilit să justifice foarte clar motivele pentru respingerea sau acceptarea inițiativei cetățenești”³³.

Inițiativa cetățenească poate reprezenta un instrument util în vederea apropierii cetățenilor de Bruxelles. Rolul acestui nou instrument nu trebuie exagerat de mass media sau de anumite organizații, ci trebuie abordat într-o manieră realistă, pragmatică. Comisia Europeană, însă, nu își va pierde monopolul asupra inițiativelor legislative. O inițiativă reușită a cetățenilor europeni va invita Comisia să prezinte o propunere, dar decizia de a face acest lucru rămâne la latitudinea exclusivă a Comisiei. Considerăm că inițiativa cetățenilor europeni nu va modifica modul de funcționare al UE, precum nici calitatea democratică a politicilor elaborate la nivel european prin complicatul proces co-decizional. În mod sigur, însă aceste inițiative vor surecita atenția presei, vor da curs unor noi dezbateri. Prin inițiativa cetățenilor se urmărește să se stimuleze dezbaterile la nivel european, să se conecteze instituțiile cu cetățenii pentru a se adopta acte legislative care să răspundă nevoilor și așteptărilor oamenilor, în cadrul competențelor UE și ale Comisiei. Dezbaterile la nivel european este considerată ca fiind modul prin care se poate forma un adevărat spațiu public european. Un spațiu propice comunicării între popoarele statelor membre UE care va duce la întărirea solidarității și identității europene, la crearea unei societăți civile europene.

Un dezavantaj, în opinia noastră, se referă la faptul că există riscul ca dreptul de inițiativă legislativă să se transforme dintr-o modalitate de încurajare a participării active a cetățenilor europeni într-un puternic instrument de lobby în mână

³³ Buzașu C., (2010), *Inițiativa cetățenilor europeni: O soluție pentru reducerea distanței dintre cetățeni și instituțiile de la Bruxelles?*, Europuls (http://europuls.ro/index.php?option=com_content&view=article&id=517:inițiativa-cetateniasca&catid=118:institutiile&Itemid=1268, accesată ultima oară la data de 02.03.2019).

ONG-urilor. Procesul de înregistrare a inițiativelor și de colectare a celor un milion de semnături se anunță a fi unul greoi și birocratic. Apreciem că Parlamentul European și Consiliul pot face procedura de inițiativă mai accesibilă, mai ușor de utilizat, transparentă.

„Cetățenii europeni doresc ca dreptul la inițiativă legislativă comunitară să fie exercitat cât mai simplu, direct, printr-o procedură ușor de înțeles, și cel mai important să fie accesibil”³⁴.

6. Concluzii

Cetățenia europeană reprezintă o inovație conceptuală majoră introdusă prin Tratatul de la Maastricht. Acest concept semnalează depășirea limitelor economice și orientarea înspre dimensiunea politică. Cetățenia europeană urmărește consolidarea imaginii și a identității UE și implicarea mai profundă a cetățeanului în procesul de integrare europeană.

Între cetățenia europeană și cetățenia națională există un raport de complementaritate, în sensul că cetățenia UE se adaugă la cetățenia națională pe care în baza reglementărilor în vigoare o dețin cetățenii statelor membre. „Uniunea Europeană reprezintă o entitate politică aflată în plin proces de democratizare. Cetățenia europeană stă la baza recunoașterii și garantării pentru cetățenii europeni a unor drepturi, precum cel de a locui în orice stat comunitar și de a circula liber pe întreg teritoriul Uniunii, dreptul de petiționare, dreptul de protecție diplomatică și consulară, dreptul de vot și de a fi eligibil în alegerile municipale și europene”³⁵.

Principala problemă cu care instituțiile europene se confruntă se referă la transformarea cetățeniei europene dintr-un ideal într-o realitate, în condițiile în care totul se găsește într-o continuă mișcare. Crearea unei solidarități între popoarele statelor membre ale UE este dificilă din cauza diversității culturilor naționale, a procesului de extindere a Uniunii Europene. Menținerea diversității a fost recunoscută în toate documentele oficiale ale UE, fiind considerată o condiție firească a dezvoltării și progresului într-o Europă unită.

Conținutul cetățeniei europene este unul evolutiv. O Uniune Europeană, un mecanism instituțional care să facă față provocărilor globale presupun participarea permanentă a cetățenilor la viața publică europeană.

Tratatul de la Lisabona a acordat cetățenilor europeni un drept indirect de a participa la procesul decizional european. Prin exercitarea dreptului de inițiativă

³⁴ Cărașan M., (2011), *The European Citizens' Initiative – Participatory Democracy in the European Union*, în International Conference on European Integration – Realities and Perspectives, Universitatea Danubius, Galați, p. 23.

³⁵ Zlătescu Moroianu I.; Demetrescu C.R., (2001), *Drept instituțional european și politică comunitară*, Ed. Casa Editorială „Calistrat Hogaș”, București, p. 145-146.

legislativă se urmărește implicarea mai activă a cetățenilor în crearea politicilor europene, ce afectează viața acestora, ducând astfel la creșterea gradului lor de interes, de conștientizare și acțiune în domeniile ce îi vizează direct. Acțiunile din cadrul procesului inițiativelor cetățenești trebuie să fie supuse controlului jurisdicțional al Curții de Justiție a UE, precum și controlului exercitat de Ombudsman-ul European pentru a garanta respectarea dreptului cetățenilor de a participa la procesul decizional european. Chiar dacă UE se bazează pe democrația reprezentativă, unde cetățenii pot alege în mod direct membrii Parlamentului European și pot adresa petiții aceleiași instituții, inițiativa legislativă le oferă posibilitatea de a influența deciziile instituțiilor UE, prin intermediul democrației participative. Considerăm că inițiativa cetățenilor va stimula activismul societății civile din statele membre ale UE, va duce la crearea unei noi dimensiuni în activitatea ONG-urilor în direcția inițiativelor europene. Succesul unor prime inițiatives va întări încrederea cetățenilor europeni în democrația participativă.

Cetățenii Uniunii Europene „sunt nu numai actori ai construcției europene, ci reprezintă ei înșiși scopul final, chiar dacă nu își dau întotdeauna seama de impactul pe care îl au deciziile luate de către instanțele de la Bruxelles asupra vieții lor personale și profesionale”³⁶.

BIBLIOGRAFIE

1. Bărbulescu I.; Ion O.; Iancu A.; Toderaș N., (2010), „Tratatul de la Lisabona: implicații asupra instituțiilor și politicilor românești” în Studii de strategie și politici – SPOS 2010, Studiul nr. 1, Institutul European din România, București
(http://www.ier.ro/documente/spos_2010/SPOS_1_site.pdf, accesată ultima oară la data de 02.03.2019)
2. Bârzea C., (2005), *Cetățenia europeană*, Ed. Politeia-SNSPA, București
3. Buzașu C., (2010), „Inițiativa cetățenilor europeni: O soluție pentru reducerea distanței dintre cetățeni și instituțiile de la Bruxelles?”, Europuls (http://europuls.ro/index.php?option=com_content&view=article&id=517:iniiativa-cetateneasca&catid=118:institutii&Itemid=1268, accesată ultima oară la data de 02.03.2019)
4. Cărașan M., (2011), „The European Citizens' Initiative – Participatory Democracy in the European Union” în International Conference on European Integration – Realities and Perspectives, Universitatea Danubius, Galați
5. Cîrstena O.; Ducișu I., (2010), „Considerații asupra soluțiilor propuse prin Cartea Verde privind inițiativa cetățenilor europeni pentru consolidarea democrației în Uniunea Europeană” în Revista Consilier European, anul VI, nr. 1
(<http://www.dae.gov.ro/admin/files/CONSILIER%20EUROPEAN%20nr1.pdf>, accesată ultima oară la data de 02.03.2019)

³⁶ Ferréol G., (2001), *Dicționarul Uniunii Europene*, Ed. Polirom, p. 34.

6. Comisia Europeană, (2010), „Inițiativa cetățenilor europeni: noi posibilități pentru cetățeni de a influența politica UE” (http://ec.europa.eu/romania/news/initiativa_cetatenilor_europeni_ro.htm, accesată ultima oară la data de 02.03.2019)

7. Comisia Europeană. Direcția Generală de Comunicare, (2018), „Eurobarometru Standard 89. Opinia publică în Uniunea Europeană. Primăvara 2018”, (<https://www.dnevnik.bg/file/3200164.pdf>, accesat ultima dată în 02.03.2019)

8. Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, amendată prin Protocoalele nr. 3,5,8 și completată prin Protocolul nr. 2, Convenție adoptată la Roma, 4 noiembrie 1950, articolul 10, alineatul 2 (http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E7126929-2E4A-43FB-91A3-B2B4F4D66BEC/0/ROU_CONV.pdf, accesată ultima oară la data de 02.03.2019)

9. Ferréol G., (2001), *Dicționarul Uniunii Europene*, Ed. Polirom

10. Fuerea A., (2003), *Cetățenie națională – cetățenie europeană*, Ed. Fundația Culturală Libra, București

11. Groza A., (2008), „Cetățenia europeană, statut fundamental al resortisan-tului european” în revista Română de Drept Comunitar, nr. 4, Ed. Wolters Kluwer, București

12. Infoeuropa, (2007), „Uniunea Europeană. Glosar de termeni C”, Teme Europene, nr. 31 (http://ec.europa.eu/romania/documents/eu_romania/tema_31.pdf, accesată ultima oară la data de 02.03.2019)

13. Maftai J., (2008), „Dimensiunea europeană a protecției consulare” în International Conference on European Integration – Realities and Perspectives, volumul 3, Universitatea Danubius, Galați

(<http://proceedings.univ-danubius.ro/index.php/eirp/article/view/1014/933>, accesată ultima oară la data de 02.03.2019)

14. Pantea M., (2009), „Cetățenia europeană” în revista „Drepturile omului” editată de IRDO, București, An XIX, nr. 1 (http://www.irdo.ro/sectiuni.php?subsectiuni_id=99, accesată ultima oară la data de 02.03.2019)

15. Pop L., (2010), „Conceptul de cetățenie europeană în perspectiva Tratatului de la Lisabona” în Revista Consilier European, anul VI, nr. 1

(<http://www.dae.gov.ro/admin/files/CONSILIER%20EUROPEAN%20nr1.pdf>, accesată ultima oară la data de 02.03.2019)

16. Pușcă B., (2001), *Drept constituțional și instituții politice*, volumul 1, Ed. Fundației Academice Danubius, Galați

17. Sarcinschi A.; Bogzeanu C., (2009), *Europa: granițe, cetățenie, securitate*, Ed. Universității Naționale de Apărare „Carol I”, București

18. Sauron J.-L., (2011), „The European Citizens' Initiative: not such a good idea?” în European Issue nr. 192, Fundația Robert Schuman

(http://www.robert-schuman.eu/doc/questions_europe/qe-192-en.pdf, accesată ultima oară la data de 02.03.2019)

19. Savenco I., (2006), „Cetățenia europeană, dependentă de cetățenia națională?”, în International Conference on European Integration – Realities and Perspectives, volumul 1, Universitatea Danubius, Galați

(<http://proceedings.univ-danubius.ro/index.php/eirp/article/view/1161/1077>, accesată ultima oară la data de 02.03.2019)

20. Surdescu O., (2011), „Consolidarea democrației participative la nivelul Uniunii Europene: Inițiativa cetățenilor europeni” în Revista Sfera politicii, nr. 159 (<http://www.sferapoliticii.ro/sfera/159/cuprins.php>, accesată ultima oară la data de 02.03.2019)

21. Tratatul asupra Uniunii Europene de la Maastricht, art. 1

(<http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html>, accesată ultima oară la data de 02.03.2019)

22. Tratatul asupra Uniunii Europene de la Maastricht, modificat prin Tratatul de la Amsterdam, articolul 1 (<http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html>, accesată ultima oară la data de 02.03.2019)

23. Zlătescu Moroianu, I., (2008), *Instituții europene și drepturile omului*, IRDO, București

24. Zlătescu Moroianu I.; Demetrescu C. R., (2001), *Drept instituțional european și politici comunitare*, Ed. Casa Editorială „Calistrat Hogaș”, București

EFECTELE INTERPRETĂRILOR DIFERITE DATE, NORMELOR PENALE, DE CURTEA CONSTITUȚIONALĂ ȘI ÎNALTA CURTE DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE-COMLETELE PENTRU SOLUȚIONAREA RECURSURILOR ÎN INTERESUL LEGII ȘI COMLETELE PENTRU DEZLEGAREA UNOR CHESTIUNI DE DREPT

Drd. Mircea Mugurel ȘELEA
Judecător, Curtea de Apel Craiova

The effects of the different interpretations given to criminal provisions by the
Constitutional Court and the High Court of Justice and Cassation

Rezumat

Interpretările diferite date, normelor de drept substanțial penal și drept procesual penal, de Curtea Constituțională – prin soluționarea excepțiilor de neconstituționalitate, respectiv de Înalta Curte de Casație și Justiție cu ocazia soluționării recursurilor în interesul legii și pronunțării hotărârilor prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, afectează drepturile justițiabililor din procesul penal, în condițiile în care, dispare previzibilitatea normei juridice, iar, pe de altă parte, se ajunge la situații, în care, persoanelor aflate în aceeași situație juridică, care au fost judecate în momente diferite, li se aplică tratamente juridice diferite.

Cuvinte-cheie: previzibilitate; egalitate de tratament juridic; justițiabil; proces penal.

Abstract

Different interpretations given to substantive criminal law and criminal procedural rules by the Constitutional Court - by resolving the exceptions of unconstitutionality, respectively by the High Court of Cassation and Justice, when dealing with appeals in the interest of the law and rendering preliminary rulings for the solving of legal issues, affects the rights of the persons in the criminal trial,

since the predictability of the legal norm disappears and, on the other hand, situations are found in which persons in the same legal situation who have been judged at different times, are applied to them different legal remedies.

Keywords: predictability; equality of legal treatment; justice; criminal trial.

De la data intrării în vigoare a Codului penal, respectiv Codului de procedură penală, până în prezent, organele judiciare care au atribuții în aplicarea legii, în special instanțele judecătorești, au întâmpinat dificultăți cu ocazia interpretării normelor de drept substanțial și drept procesual, ajungându-se la multe cazuri în care legea nu a fost aplicată în mod unitar.

În acest context, mai multe complete de judecată, care au fost investite cu judecarea cauzelor în ultimă instanță, au uzat de procedura introdusă în actualul C. pr. pen.¹ sesizând ÎCCJ în vederea rezolvării unor chestiuni de drept.

În alte cazuri, titularii prevăzuți de art. 471 alin. 1 C. pr. pen.² au formulat cereri de recurs în interesul legii, ocazie cu care instanța supremă a dat dezlegare problemelor de drept, care, anterior, au fost soluționate diferit prin hotărâri definitive de către instanțe judecătorești.

Au fost și situații în care în cursul proceselor penale, s-au ridicat excepții de neconstituționalitate cu privire la norme cuprinse în legi sau ordonanțe, conform dispozițiilor art. 146 lit. d) din Constituție³ și art. 29 din Legea nr. 47/1992.

Legiuitorul, prin stabilirea unor condiții de admisibilitate în art. 475 C. pr. pen., a înlăturat posibilitatea apariției situațiilor în care, aceeași problemă de drept, este rezolvată diferit de ÎCCJ, fie prin mai multe hotărâri prealabile, fie printr-o hotărâre prealabilă și un recurs în interesul legii.

¹ Art. 475 C. pr. pen. prevede că: „Dacă, în cursul judecății, un complet de judecată al Înaltei Curți de Casație și Justiție, al curții de apel sau al tribunalului, investit cu soluționarea cauzei în ultimă instanță, constatând că există o chestiune de drept, de a cărei lămurire depinde soluționarea pe fond a cauzei respective și asupra căreia Înalta Curte de Casație și Justiție nu a statuat printr-o hotărâre prealabilă sau printr-un recurs în interesul legii și nici nu face obiectul unui recurs în interesul legii în curs de soluționare, va putea solicita Înaltei Curți de Casație și Justiție să pronunțe o hotărâre prin care să dea rezolvare de principiu chestiunii de drept cu care a fost sesizată”.

² Art. 471 alin. 1 C. pr. pen. prevede că: „Pentru a asigura interpretarea și aplicarea unitară a legii de către toate instanțele judecătorești, procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, din oficiu sau la cererea ministrului justiției, colegiul de conducere al Înaltei Curți de Casație și Justiție sau colegiile de conducere ale curților de apel, precum și Avocatul Poporului au îndatorirea să ceară Înaltei Curți de Casație și Justiție să se pronunțe asupra chestiunilor de drept care au fost soluționate diferit de instanțele judecătorești”.

³ Art. 146 lit. d) din Constituție prevede că: „Curtea Constituțională are următoarele atribuții: (...) d) hotărăște asupra excepțiilor de neconstituționalitate privind legile și ordonanțele, ridicate în fața instanțelor judecătorești (...)”.

De altfel, procedura hotărâri prealabile reglementată de legea procesual penală, similară procedurii întrebării prealabile adresată de instanțele naționale, în temeiul art. 267 TFUE, Curții de Justiție a Uniunii Europene, are scopul de a înlătura riscul ca un complet de judecată ce soluționează cauza în ultimă instanță, să pronunțe o hotărâre definitivă în urma rezolvării greșite a unei probleme de drept.

„Mecanismul hotărâri prealabile instituie un veritabil dialog judiciar între instanța supremă și celelalte instanțe judecătorești care are drept scop prevenirea apariției interpretărilor divergente, care ulterior ar fi impus pronunțarea unui recurs în interesul legii⁴”.

Dacă în cazul hotărârilor prealabile și recursurilor în interesul legii nu pot fi date interpretări diferite aceleiași norme, de-a lungul timpului au fost situații, numărul acestora crescând odată cu intrarea în vigoare a actualelor coduri, în care, CCR, în deciziile prin care a admis excepții de neconstituționalitate invocate în timpul proceselor penale, a interpretat într-un mod propriu norma respectivă. Mai mult, CCR a dat aceluiași text de lege un înțeles opus celui stabilit de ÎCCJ, fie prin hotărârile prin care a dezlegat chestiuni de drept, conform art. 475 C. pr. pen., fie deciziile prin care a admis recursuri în interesul legii.

Astfel de interpretări au fost date în cazul art. 5 C. pen., inițial ÎCCJ-CDCD hotărând prin Decizia nr. 2/2014 că legea penală mai favorabilă poate fi stabilită prin aprecierea autonomă a normelor sau instituțiilor din legi succesive⁵, dar, ulterior CCR prin Decizia nr. 265/2014 a statuat că legea penală mai favorabilă se aplică numai în ansamblul ei⁶

În motivarea Deciziei nr. 2/2014 s-a reținut, în principal, că noțiunea de *lege penală* nu trebuie înțeleasă doar în sens restrâns, ca o lege în totalitatea ei, ci în sens larg, respectiv o normă juridică cu caracter penal⁷, iar între criteriul aprecierii globale și cel al aprecierii autonome, ultimul asigură aplicarea efectivă a legii penale mai favorabile⁸. Privitor la caracterul previzibil al normei, s-a arătat că una dintre condițiile răspunderii penale este neîmplinirea termenului de prescripție, dar la momentul săvârșirii faptei nu este îndeplinită condiția previzibilității dacă, în cazul prescripției în curs, se aplică termenul de prescripție reglementat de noul cod penal.

⁴ Victor Horia Dimitrie Constantinescu, în Mihail Udroui (coord.), *Codul de procedură penală. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 1202.

⁵ Prin Decizia nr. 2/2014 a ÎCCJ-CDCD publicată în M.Of. nr. 319 din 30 aprilie 2014 s-a stabilit că: „Prescripția răspunderii penale reprezintă o instituție autonomă față de instituția pedepsei”.

⁶ Prin Decizia nr. 265/2014 a CCR publicată în M. Of. nr. 372 din 20 mai 2014 s-a admis excepția de neconstituționalitate și s-a constatat că: „dispozițiile art. 5 din Codul penal sunt constituționale în măsura în care nu permit combinarea prevederilor din legi succesive în stabilirea și aplicarea legii penale mai favorabile”.

⁷ Pct. XII, lit. B, pct. 3, par. 1-4 din Decizia nr. 2/2014 a ÎCCJ-CDCD.

⁸ Pct. XII, lit. B, pct. 3, par. 10 din Decizia nr. 2/2014 a ÎCCJ-CDCD.

CCR, în Decizia nr. 265/2014, a reținut că cele două coduri penale diferă în privința viziunii, în sensul că, în cazul legii vechi, a fost preponderent represivă, iar în cazul legii noi este preponderent preventivă, astfel încât, dacă s-ar aplica legea penală mai favorabilă prin combinarea normelor din cele două coduri, s-ar ignora intenția legiuitorului⁹.

În acest context, instanța de contencios constituțional a apreciat că interpretarea dată de ÎCCJ-CDCD art. 5 C. pen. în sensul că instanțele de judecată pot să combine dispozițiile din vechiul cod penal și noul cod penal, „contravine dispozițiilor constituționale ale art. 1 alin. (4) privind separația și echilibrul puterilor în stat, precum și ale art. 61 alin. (1) privind rolul Parlamentului ca unică autoritate legiuitoare a țării”¹⁰. Alt argument care a fost invocat în decizie a avut la bază nediscriminarea infractorului, în sensul aplicării unui tratament identic ce „presupune ca suspectii/inculpații care au comis fapte sub imperiul legii vechi, dar care vor fi judecați sub imperiul legii noi trebuie să aibă, în funcție de legea penală mai favorabilă, o situație juridică identică ori cu cei condamnați anterior potrivit legii vechi, ori cu cei ce vor săvârși infracțiuni potrivit legii noi, nefiind permisă o a treia formă de tratament sancționator ce combină dispoziții din ambele coduri”¹¹.

Din considerentele celor două decizii se observă că fiecare instanță a analizat modul de aplicare a art. 5 C. pen. din perspective diferite, respectiv ÎCCJ – CDCD a avut în vedere aspecte ce privesc condiția previzibilității normei și înțelesul noțiunii de *lege penală*, iar CCR a invocat motive legate de intenția legiuitorului și dispozițiile constituționale ce reglementează separația puterilor în stat, dar și de principiul nediscriminării justițiabililor aflați în situații juridice identice.

Cert este că s-a ajuns la interpretarea diferită a modului de stabilire a legii penale mai favorabile, ceea ce a condus la pronunțarea unor hotărâri definitive de către instanțele naționale prin care s-au soluționat diferit spețe identice.

Până la pronunțarea Deciziei nr.2/2014 a ÎCCJ-CDCD, în jurisprudență s-au adoptat interpretări diferite, aplicându-se art. 5 C. pen. fie prin combinarea dispozițiilor din Codul penal din 1969 și din Codul penal actual, fie prin stabilirea unei singure legi, ca lege penală mai favorabilă. În acest sens, exemplificăm decizia penală nr. 226 din 4 martie 2014 pronunțată de Curtea de Apel Craiova – Secția penală în dosarul nr. 13226/225/2013, prin care s-au aplicat dispozițiile art. 5 C. pen. în privința termenului de reabilitare prev. de art. 166 alin. 1 lit. b) din NCP cu privire la o pedeapsă aplicată în perioada cât a fost în vigoare VCP, astfel încât pedeapsa respectivă nu a mai constituit primul termen al recidivei postexecutorii prev. de art. 37 lit. b) VCP. În schimb, inculpatul a fost condamnat în baza legii

⁹ Par. 37 din Decizia nr. 265/2014 a CCR.

¹⁰ Par. 42 din Decizia nr. 265/2014 a CCR.

¹¹ Par. 48 din Decizia nr. 265/2014 a CCR.

vechi dispunându-se suspendarea condiționată a executării pedepsei potrivit art. 81 VCP. În motivarea deciziei s-a arătat că este mai favorabilă legea nouă numai în ceea ce privește termenul de reabilitare, acesta fiind de 5 ani pentru pedeapsa de 8 ani închisoare aplicată anterior inculpatului, termen care era împlinit la data săvârșirii faptei pentru care era trimis în judecată, fiind incidente disp. art. 38 alin. 2 VCP potrivit căruia inculpatul nu se afla în stare de recidivă postexecutorie. Referitor la pedeapsă și la modalitatea de executare, s-a arătat că legea veche este mai favorabilă, prin prisma instituției suspendării condiționate a executării pedepsei.

Pe de altă parte, prin decizia penală nr. 145 din 24 februarie 2014 pronunțată de Curtea de Apel Craiova – Secția penală în dosarul nr. 2861/317/2013, în aplicarea disp. art. 5 C. pen., s-a schimbat încadrarea juridică a faptei din infracțiunea prev. de art. 208 alin. 1, art. 209 alin. 1 lit. a), e), g), i) VCP cu aplic. art. 41 alin. 2 VCP, în două infracțiuni prev. de art. 228 alin. 1, art. 229 alin. 1 lit. b), d) NCP, dispunându-se încetarea procesului penal deoarece inculpații s-au împăcat cu persoanele vătămate. În considerentele deciziei s-a reținut că legea nouă este mai favorabilă atât prin prisma pedepselor, a înlăturării unor forme agravate ale infracțiunii, cât și a posibilității inculpaților de a se împăca cu persoanele vătămate.

După momentul publicării deciziei în M. Of. și chiar după ce dispozitivul acesteia a fost comunicat prin intermediul site-ului ÎCCJ, instanțele naționale au procedat potrivit dezlegării date de instanța supremă, fiind combinate norme din cele două coduri penale, ajungându-se la hotărâri definitive care i-au avantajat pe cei care aveau calitatea de inculpați în procesele penale.

Astfel, au fost cazuri în care instanțele au avut în vedere limitele pedepselor prevăzute de noul cod penal, care sunt mai mici în comparație cu cele reglementate de codul penal anterior, însă s-au raportat la termenele prescripției răspunderii penale stabilite în legea veche, respectiv prescripția specială prev. de art. 124 din vechiul cod penal¹², potrivit căruia indiferent de câte întreruperi ale cursului prescripției au fost, este înlăturată răspunderea penală dacă termenul este depășit cu încă jumătate, constatându-se că aceste termene s-au împlinit și dispunându-se încetarea procesului penal. Or, potrivit noului cod penal, în cazul întreruperilor cursului prescripției, indiferent de numărul acestora, termenul este considerat îndeplinit, dacă a fost depășit încă o dată¹³.

În practică, s-au întâlnit cazuri în care, între momentul pronunțării Deciziei nr. 2 din 14 aprilie 2014 a ÎCCJ-CDCD și data publicării acesteia în M. Of. – 30 aprilie 2014, s-a solicitat disjungerea cauzei cu privire la infracțiunile pentru care

¹² Art. 124 din vechiul Cod penal prevede că: „Prescripția înlătură răspunderea penală oricâte întreruperi ar interveni, dacă termenul de prescripție prevăzut de art. 122 este depășit cu încă jumătate”.

¹³ Art. 155 alin. 4 NCP prevede că: „Termenele prevăzute la art. 154, dacă au fost depășite cu încă o dată, vor fi socotite îndeplinite oricâte întreruperi ar interveni”.

legea nouă prevedea limite de pedepse mai mici, dar raportat la prescripția specială reglementată de legea veche, s-ar fi împlinit termenul prescripției răspunderii penale¹⁴.

După publicarea Deciziei nr. 265/2014 a CCR în M. Of., judecătorii naționali au pus în aplicare această decizie, stabilind legea penală mai favorabilă după criteriul aprecierii globale, astfel încât nu au mai fost combinate dispoziții din cele două legi organice succesive.

În acest context, s-a ajuns la situații în care au existat inculpați care au săvârșit același gen de infracțiuni în perioada în care a fost în vigoare Codul penal din 1969, dar au fost judecați după intrarea în vigoare a actualului cod penal, însă pentru unii s-au pronunțat hotărâri definitive, prin care s-au combinat dispozițiile celor două coduri, conform Deciziei nr. 2/2014 a ÎCCJ-CDCD, iar pentru alții, procesul penal s-a finalizat, după publicarea Deciziei nr. 265/2014 a CCR, prin hotărâri care au respectat această decizie, aplicând o singură lege. Inculpații din prima categorie au fost avantajați prin modul de aplicare a art. 5 C. pen., conform deciziei instanței supreme, în comparație cu inculpații din cea de-a doua categorie în privința cărora s-a stabilit legea penală mai favorabilă potrivit deciziei instanței de contencios constituțional, astfel încât justițiabili ce au avut aceeași situație juridică au primit tratament juridic diferit.

Practic, perioadele de timp în care s-au pronunțat hotărârile definitive în procesele penale în care au fost trimiși în judecată inculpați pentru același gen de fapte comise sub imperiul legii vechi, au făcut diferența între tratamentele juridice aplicate acestora și implicit au influențat modul de soluționare a proceselor.

În altă ordine de idei, după publicarea Deciziei nr. 265/2014 a CCR în M. Of., în jurisprudență s-au mai întâlnit cazuri în care, față de același inculpat, s-au aplicat disp. art. 5 C. pen. prin combinarea normelor din cele două coduri. În acest sens, este Decizia nr. 146/2015 pronunțată de ÎCCJ – Secția penală în dosarul nr. 8557/95/2011 prin care, s-a aplicat legea nouă cu privire la încadrarea juridică a faptelor, dispunându-se încetarea procesului penal pentru patru infracțiuni de complicitate la înșelăciune prev. de art. 48 rap. la art. 244 alin. 1 și 2 NCP, intervenind împăcarea cu părțile civile. Totodată a fost condamnat inculpatul la pedeapsa de 1 an închisoare pentru săvârșirea unei infracțiuni de complicitate la înșelăciune prev. de art. 48 rap. la art. 244 alin. 1 și 2 NCP, dar în privința modalității de executare s-au aplicat disp. art. 86¹ VCP dispunându-se suspendarea executării sub supraveghere. În motivarea deciziei s-a arătat că noul cod este mai favorabil deoarece permite atât aplicarea unei pedepse mai mici, cât și încetarea procesului penal prin împăcare. Referitor la modalitatea de executare, deși CCR a statuat că nu pot fi combinate dispoziții din

¹⁴ Încheierea din 16 aprilie 2014 pronunțată în dosarul nr. 8719/3/2006 al Curții de Apel Craiova.

legi succesive în stabilirea și aplicarea legii penale mai favorabile, ÎCCJ a constatat că art. 16 alin. 2 din L. nr. 187/2012¹⁵ reglementează o „situație punctuală, ce constituie o excepție prevăzută în mod expres de legiuitor de la aplicarea globală a legii penale mai favorabile”. Dispozițiile art.86^{VCP} sunt mai favorabile inculpatului în comparație cu art. 93 NCP deoarece legea nouă prevede mai multe obligații, iar împlinirea termenului de supraveghere nu mai are ca efect reabilitarea de drept a condamnatului.

O situație incertă s-a întâlnit și în cazul art. 159 alin. 3 C. pen. și art. 67 din Legea nr. 192/2006, în interpretarea căroră ÎCCJ-CDCD prin Decizia nr. 9/2015 a stabilit că medierea poate interveni în orice stadiu al procesului penal, fiind înlăturată răspunderea penală¹⁶, iar CCR prin Decizia nr. 397/2016 a decis că acordul de mediere înlătură răspunderea penală numai dacă este încheiat până la citirea actului de sesizare¹⁷.

În considerentele Deciziei nr.9/2015 s-au avut în vedere diferențele dintre mediere și împăcare, rezultate din condițiile de formă și de fond stabilite prin Legea nr. 192/2006, procedura ce trebuie urmată, una din cele mai importante deosebiri fiind aceea că art. 69 alin. 1 din lege reglementează procedura medierii înainte de începerea procesului penal. Referitor la momentul limită până la care poate fi încheiat un acord de mediere în cursul procesului penal, s-a reținut că legea procesual penală nu a stabilit vreun anumit stadiu al judecării, iar, pe de altă parte, procedura medierii este una din cauzele suspendării judecării, potrivit art. 367 alin. 3 C. pr. pen., text de lege care nu limitează perioada în care judecata este suspendată.

Instanța de contencios constituțional, în Decizia nr. 397/2016, a reținut că efectul interpretării dată disp. art. 67 din Legea nr. 192/2006, de către ÎCCJ-CDCD prin Decizia nr. 9/2015, este acela că în procesele penale având ca obiect infracțiuni în cazul căroră poate interveni împăcarea, dar părțile nu se mai pot împăca deoarece

¹⁵ Art. 16 alin. 2 din Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, prevede că: „Pentru determinarea legii penale mai favorabile cu privire la suspendarea sub supraveghere a executării pedepsei conform art.5 din Codul penal, instanța va avea în vedere sfera obligațiilor impuse condamnatului și efectele suspendării potrivit legilor succesive, cu prioritate față de durata termenului de încercare sau supraveghere”.

¹⁶ Prin Decizia nr. 9/2015 a ÎCCJ-CDCD publicată în M. Of. nr. 406 din 9 iunie 2015 s-a stabilit că: „1. în aplicarea dispozițiilor art. 67 din Legea nr. 192/2006 (...), încheierea unui acord de mediere constituie cauză sui – generis care înlătură răspunderea penală, distinctă de împăcare; 2. încheierea unui acord de mediere în condițiile Legii nr. 192/2006 (...) poate interveni în tot cursul procesului penal, până la rămânerea definitivă a hotărârii penale”.

¹⁷ Prin Decizia nr. 397/2016 a CCR publicată în M. Of. nr. 532 din 15 iulie 2016 s-a admis excepția de neconstituitate și s-a constatat că: „dispozițiile art. 67 din Legea nr. 192/2006 (...), în interpretarea dată de prin Decizia nr. 9 din 17 aprilie 2015 a Înaltei Curți de Casație și Justiție – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, sunt constituționale în măsura în care încheierea unui acord de mediere cu privire la infracțiunile pentru care poate interveni împăcarea produce efecte numai dacă are loc până la citirea actului de sesizare a instanței”.

a fost depășit momentul citirii actului de sesizare, dacă acestea recurg la procedura medierii, fie instanța de fond, fie instanța de apel este obligată să țină cont de acordul de mediere și să dispună încetarea procesului penal ca o consecință a medierii. Pe de altă parte, legiuitorul a stabilit un moment limită până la care părțile se pot împăca, pentru a nu prelungi în timp o stare de incertitudine în desfășurarea raporturilor juridice și pentru a elimina riscul exercitării abuzive a dreptului conferit de lege. Or, dacă părțile nu se mai pot împăca deoarece termenul limită a fost depășit, dar pot să încheie acordul de mediere până la rămânerea definitivă a hotărârii, scopul urmărit de legiuitor este eludat, fiind încălcat art. 124 alin. 2 din Constituție¹⁸.

Comparând cele două decizii, observăm că instanța supremă s-a raportat la diferențele dintre împăcare și mediere, dar și la inexistența unui termen care limitează încheierea acordului de mediere la un anumit moment procesual, iar CCR a analizat efectele interpretării date în hotărârea prealabilă asupra prevederilor constituționale care consacră unicitatea, imparțialitatea și egalitatea justiției.

În practică¹⁹, după publicarea Deciziei nr. 9/2015 în M. Of., în procesele în care actul de sesizare a instanței a fost citit, mulți justițiabili au recurs la procedura medierii, iar în cazurile în care această procedură s-a finalizat cu un acord, acesta a fost depus la dosarele care au avut ca obiect infracțiuni pentru care împăcarea înlătură răspunderea penală, astfel încât, instanțele de judecată au dispus încetarea procesului penal. În aceste cazuri, s-a creat o situație mai favorabilă pentru justițiabilii care, din punct de vedere financiar, aveau posibilitatea să urmeze procedura medierii, în comparație cu cei care nu au avut la dispoziție nici timpul, nici banii necesari pentru a merge la un mediator. Totodată, justițiabilii ale căror procese s-au finalizat înainte de publicarea deciziei instanței supreme, dar nu s-au împăcat din cauza faptului că a fost depășit momentul mai citirii actului de sesizare a instanței, au fost dezavantajați față de părțile din cauzele în care nu se pronunțase o hotărâre definitivă până la acel moment, acestea având la dispoziție și posibilitatea încheierii unui acord de mediere. Pe de altă parte, cei care au început procedura medierii, după dezlegarea chestiunii de drept de către ÎCCJ, dar din diferite motive acordul de mediere s-a încheiat după publicarea Decizia nr. 397/2016 a CCR în M. Of., nu au mai avut posibilitatea să valorifice acel acord în fața instanțelor de judecată, în comparație cu justițiabilii care au finalizat medierea cu un acord, pe care l-au depus la dosarul cauzei, înainte de publicarea deciziei CCR. Mai mult, prelungirea termenului limită până la care se putea încheia un acord de mediere, având ca efect înlăturarea răspunderii penale a inculpatului, a dat posibilitatea persoanelor vătămate să negocieze încheierea acordului de mediere în condiții mai

¹⁸ Par. 36 din Decizia nr. 397/2016 a CCR.

¹⁹ Decizia nr. 350/A din 9.10.2015 a ÎCCJ, Secția penală.

avantajoase din punct de vedere al pretențiilor financiare, iar, pe altă parte, perioada de incertitudine în care se afla inculpatul, s-a extins.

Art. 399 alin. 3 lit. d) și alin. 4 C. pr. pen.²⁰ (forma avută înainte de a fi modificată prin art. 11 pct. 101 din O.U.G. nr. 18/2016) a fost interpretat de ÎCCJ-CRIL prin Decizia nr. 7/2015, în sensul că prima instanță prin aplicarea unei măsuri educative, indiferent că este privativă sau neprivativă de libertate, trebuie să constate încetată de drept măsura arestării preventive luată anterior față de inculpatul minor și să dispună punerea de îndată în libertate a celui inculpat²¹.

Pentru a hotărî astfel, instanța supremă a avut în vedere faptul că textul de lege – art. 399 alin. 3 lit. d) C. pr. pen. – nu distinge dacă minorul trebuie pus în libertate doar în cazul în care instanța îi aplică o măsură educativă neprivativă de libertate sau și în situația aplicării unei măsuri educative privative de libertate. În privința caracterului executoriu al sentinței primei instanțe, prin interpretarea sintagmei „de îndată”, folosită de legiuitor, ÎCCJ-CRIL a ajuns la concluzia că momentul soluționării cauzei de către instanța de fond este și momentul în care inculpatul minor trebuie pus în libertate. În acest context, pentru punerea în executare a dispozițiilor referitoare la măsura preventivă, nu este necesar să se mai aștepte momentul în care sentința rămâne definitivă, chiar dacă art. 399 alin. 4 C. pr. pen. nu prevăd în mod expres faptul că dispoziția de punere în libertate a minorului arestat preventiv, este executorie.

După câteva luni, CCR prin Decizia nr. 44/2016 a dat o altă interpretare aceluiași text de lege stabilind că inculpatul minor față de care, anterior s-a luat măsura arestării preventive, este pus de îndată în libertate de către instanța de fond numai dacă îi aplică o măsură educativă neprivativă de libertate²².

În motivarea deciziei CCR a subliniat diferențele dintre efectele art. 350 alin. 3 lit. d) C. pr. pen. din 1968, respectiv art. 399 alin. 3 lit. d) C. pr. pen. actual, în sensul că în cazul legii substanțiale anterioare, exista atât posibilitatea condamnării minorilor care au săvârșit infracțiuni, la pedeapsa închisorii, cât și posibilitatea aplicării

²⁰ Art. 399 alin. 3 lit. d) și alin. 4 C. pr. pen. (forma avută înainte de a fi modificată prin art. 11 pct. 101 din O.U.G. nr. 18/2016) prevedea că: „De asemenea, instanța dispune punerea de îndată în libertate a inculpatului arestat preventiv atunci când pronunță: (...) d) o măsură educativă. Hotărârea pronunțată în condițiile alin. (1) și (2) cu privire la măsurile preventive este executorie.”

²¹ Prin Decizia nr. 7/2015 a ÎCCJ-CRIL publicată în M. Of. nr. 234 din 6 aprilie 2015 s-a stabilit că: „La momentul soluționării, în primă instanță, a acțiunii penale, prin pronunțarea unei măsuri educative, indiferent de natura acesteia, măsura arestării preventive, luată anterior față de inculpatul minor, încetează de drept, iar instanța dispune punerea de îndată în libertate a inculpatului minor arestat preventiv”.

²² Prin Decizia nr. 44/2016 a CCR publicată în M. Of. nr. 305 din 21 aprilie 2016 s-a admis excepția de neconstituționalitate și s-a constatat că: „dispozițiile art. 399 alin. 3 lit. d) din Codul de procedură penală sunt constituționale în măsura în care se referă numai la măsurile educative neprivative de libertate”.

unei măsuri educative, iar legea substanțială nouă nu prevede decât ipoteza aplicării măsurii educative, care poate fi privativă de libertate sau neprivativă de libertate. În cazul legii anterioare, măsurile educative se aplicau minorilor care au săvârșit infracțiuni ce au avut o gravitate redusă, ceea ce justifica încetarea stării de arest preventiv și punerea de îndată în libertate, dar de la intrarea în vigoare a legii noi, indiferent de gravitatea infracțiunii, minorilor se aplică numai măsuri educative. Pe de altă parte, un minor este arestat preventiv în situații excepționale, după analizarea consecințelor detenției preventive asupra personalității și dezvoltării sale în raport cu scopul urmărit, iar măsurile educative privative de libertate se aplică numai în cazuri justificate, fie de numărul infracțiunilor comise, fie de limitele mari de pedeapsă prevăzute de lege pentru infracțiunea săvârșită. În condițiile în care dispozițiile art. 399 alin. 3 lit. d) C. pr. pen. prevăd obligativitatea punerii de îndată în libertate a minorului, indiferent de natura măsurii educative aplicate, „lipsesc instanța de posibilitatea de a aprecia – la momentul soluționării, în fond, a acțiunii penale prin pronunțarea unei măsuri educative privative de libertate – dacă subzistă temeiurile care au determinat luarea măsurii arestării preventive sau au intervenit temeiuri noi care justifică această măsură preventivă și de a dispune menținerea arestării preventive a inculpatului minor, în condițiile în care acesta a săvârșit o infracțiune deosebit de gravă sau a reținut în sarcina minorului existența unei pluralități infracționale”²³.

Observăm că instanța supremă a avut în vedere în mod strict conținutul normei recurând la interpretarea literală și gramaticală a termenilor folosiți, spre deosebire de CCR care a luat în considerare, atât scopul măsurii arestării preventive, cât și efectele imediate și pe termen îndelungat ce se produc în cazul în care starea de arest a minorului încetează odată cu pronunțarea sentinței de către prima instanță.

De la data intrării în vigoare a noului cod penal, în jurisprudență²⁴ s-au întâlnit cazuri în care instanța de fond, după ce a aplicat inculpatului minor o măsură educativă privativă de libertate, nu a constatat încetată de drept starea de arest preventiv, dar a dispus punerea de îndată în libertate a inculpatului, conform art. 399 alin. 3 lit. d) C. pr. pen., însă această dispoziție a sentinței nu a fost pusă în executare. În motivele de apel invocate de Ministerul Public, s-a arătat că, în mod nelegal, prima instanță a dispus punerea de îndată în libertate a minorului, deoarece potrivit disp. art. 243 C. pr. pen., față de un minor se poate dispune măsura arestării preventive care poate dura până la finalizarea procesului. Instanța de control judiciar a arătat, în motivarea deciziei, că nu se impune înlăturarea aplicării disp. art. 399 alin. 3 lit. d) C. pr. pen., deoarece aceste dispoziții sunt obligatorii pentru prima instanță, însă nu sunt executorii așa cum rezultă din alineatul 4 al aceluiași articol.

²³ Par. 18 din Decizia nr. 44/2016 a CCR.

²⁴ Sentința penală nr. 154/2014 pronunțată de Tribunalul Olt, Secția penală în dosarul nr. 311/104/2014, definitivă prin decizia penală nr. 688/2014 a Curții de Apel Craiova, Secția penală și pentru cauze cu minori.

Din momentul publicării Deciziei nr. 7/2015 a ÎCCJ-CRIL, instanțele naționale care au soluționat fondul cauzelor, au constatat încetată de drept măsura arestării preventive dispusă față de minori și au dispus punerea de îndată în libertate a acestor inculpați în cazul în care nu erau arestați în altă cauză²⁵. Au fost și situații în care, la momentul publicării deciziei instanțe supreme în M. Of., cauza se afla în faza judecării apelului, astfel încât, instanța de apel a constatat încetată de drept măsura arestării preventive, și a dispus punerea în libertate a inculpaților²⁶. Însă, în procesele care au avut ca obiect infracțiuni grave, judecătorii fost nevoiți să găsească soluții, pe de o parte, pentru a preîntâmpina sustragerea inculpatului de la executarea măsurii educative sau de la judecarea căilor de atac, iar, pe de altă parte, pentru a reduce riscul săvârșirii altor fapte antisociale de către inculpat. În acest sens, prin sentință, deși au dispus punerea de îndată în libertate a inculpatului, au instituit o altă măsură preventivă, fie arestul la domiciliu, fie controlul judiciar, aplicând dispozițiile art. 399 alin. 10 C. pr. pen., care reglementează posibilitatea luării unei măsuri preventive până la sesizarea instanței de control judiciar²⁷. În acest caz, soluția aleasă este discutabilă, deoarece, pe de o parte, textul de lege se referă la „condamnat”, condiție neîndeplinită în cazul minorului, acestuia aplicându-i-se o măsură educativă, iar pe de altă parte, în situația în care în cauză, inculpatul a fost supus unei măsuri preventive, care a încetat, în aceeași cauză, o nouă măsură preventivă este condiționată de apariția unor temeuri noi. Deși, în perioada respectivă, art. 238 alin. 3 C. pr. pen.²⁸, reglementa condițiile privitoare la instituirea din nou a măsurii arestării preventive, iar CCR nu pronunțase Decizia nr. 22/2017²⁹ care se referă la imposibilitatea luării măsurii arestului la domiciliu față de inculpatul care, în aceeași cauză, a mai fost arestat preventiv sau la domiciliu, dacă nu există temeuri noi, în practică³⁰ s-a apreciat că dispozițiile articolului menționat anterior trebuie

²⁵ Sentința penală nr.3008 din 10.09.2015 pronunțată de Judecătoria Craiova, Secția penală în dosarul nr. 11635/215/2015, definitivă prin decizia penală nr.1532 din 23.11.2015 a Curții de Apel Craiova – Secția penală și pentru cauze cu minori.

²⁶ Încheierea pronunțată la data de 08.04.2015 de Cureau de Apel Craiova, Secția penală și pentru cauze cu minori în dosarul nr. 278/215/2015.

²⁷ Art. 399 alin. 10 C. pr. pen. prevede că: „După pronunțarea hotărârii, până la sesizarea instanței de apel, instanța poate dispune, la cerere sau din oficiu, luarea, revocarea, înlocuirea sau menținerea unei măsuri preventive cu privire la inculpatul condamnat, în condițiile legii”.

²⁸ Art. 238 alin. 3 C. pr. pen. prevede că: „Față de inculpatul care a mai fost anterior arestat preventiv în cauză, în cursul urmăririi penale, al procedurii de cameră preliminară sau al judecării, se poate dispune din nou această măsură numai dacă au intervenit temeuri noi care fac necesară privarea sa de libertate”.

²⁹ Prin Decizia nr. 22/2017 a CCR publicată în M. Of. nr. 159 din 3 martie 2017 s-a admis excepția de neconstituitate și s-a constatat că: „este neconstituțională soluția legislativă reglementată de dispozițiile art. 220 alin. 1 din Codul de procedură penală, care permite luarea măsurii arestării la domiciliu în condițiile în care inculpatul a fost arestat (preventive sau la domiciliu) în aceeași cauză, în lipsa unor temeuri care fac necesară privarea sa de libertate”.

³⁰ Încheierea nr. 7 din 12.08.2016 a Curții de Apel Alba, Secția penală.

aplicate *mutatis mutandis* la orice situație similară, astfel încât, luarea unei noi măsuri preventive, indiferent de natura acesteia, este posibilă numai dacă este justificată de motive noi.

Au fost și situații în care, instanțele au dispus înlocuirea măsurii arestării preventive cu arestul la domiciliu sau controlul judiciar chiar prin sentință, pentru a evita aplicarea disp. art. 399 alin. 3 lit. d) și alin. 4 C. pr. pen., potrivit cărora doar măsura arestării preventive înceta de drept în cazul aplicării unei măsuri educative. Și această soluție este criticabilă în condițiile în care o măsură preventivă care încetează de drept nu mai poate fi înlocuită cu altă măsură preventivă, fiind posibilă doar luarea altei măsuri numai dacă au apărut temeieri noi din care rezultă caracterul necesar al acesteia.

În cazul infracțiunilor care au legătură cu circulația pe drumurile publice, prevăzute de art. 334 alin. 1 C. pen. și art. 335 alin. 1 C. pen. în privința noțiunii de „autovehicul”, ÎCCJ-CDCD prin Decizia nr. 11 din 12.04.2017 a interpretat norma penală prin raportare la dispozițiile art. 6 pct. 6 și pct. 30 din O.U.G. nr. 195/2002, modificată și completată prin O.G. nr. 21/26.08.2014 și a stabilit că tractorul agricol sau forestier nu este un autovehicul, astfel încât fapta unei persoane de a conduce pe drumurile publice un asemenea vehicul neînmatriculat, respectiv neînregistrat, sau fapta unei persoane de a le conduce pe drumurile publice fără a avea permis de conducere, nu constituie infracțiune³¹.

Pentru a dezlega chestiunea de drept cu care a fost sesizată, ÎCCJ a avut în vedere înțelesul termenului de „autovehicul” și modificările aduse acestei noțiuni, de-a lungul timpului, de actele normative ce reglementează circulația pe drumurile publice, ajungând la concluzia că cele două articole din codul penal nu îndeplinesc condițiile privind claritatea, previzibilitatea, accesibilitatea în situația în care o persoană este acuzată, fie că a condus pe drumurile publice un tractor agricol sau forestier neînmatriculat/neînregistrat, fie că nu a avut permis de conducere în momentul când a condus un astfel de utilaj pe drumurile publice.

Înainte de soluționarea acestei chestiuni de drept de către instanța supremă, CCR prin Decizia nr. 224 din 04.04.2017 a statuat că art. 335 alin. 1 C. pen. este contrar dispozițiilor constituționale, dacă infracțiunea reglementată de acest articol nu include și fapta persoanei, care nu are permis de conducere, de a conduce un tractor agricol sau forestier pe drumurile publice³².

³¹ Prin Decizia nr.11/2017 a ÎCCJ-CDCD publicată în M. Of. nr. 479 din 26 iunie 2017 din s-a stabilit că: „În interpretarea noțiunii de *autovehicul*, prevăzută de de art. 334 alin. (1) din Codul penal și art. 335 alin. (1) din Codul penal, raportat la art. 6 pct. 6 și pct. 30 din O.U.G. nr. 195/2002, modificată și completată prin O.G. nr. 21/26.08.2014, conducerea pe drumurile publice a unui tractor agricol sau forestier neînmatriculat/neînregistrat potrivit legii sau de către o persoană care nu posedă permis de conducere nu întrunește condițiile de tipicitate ale infracțiunilor prevăzute de art. 334 alin. (1) din Codul penal, respectiv de art. 335 alin. (1) din Codul penal”.

³² Prin Decizia nr. 224/2017 a CCR publicată în M. Of. nr. 427 din 9 iunie 2017 s-a admis excepția de neconstituitate și s-a constatat că: „soluția legislativă cuprinsă în art. 335 alin. (1) din

Pentru a admite excepția de neconstituționalitate CCR a reținut că între denumirea marginală a art. 335 C. pen. și conținutul normei există o diferență semnificativă, în sensul că prima include termenul de *vehicul*, iar reglementarea propriu – zisă se referă doar la ipotezele conducerii pe drumurile publice a unui *autovehicul* sau a unui *tramvai* de către o persoană care nu are permis de conducere. Totodată, a avut în vedere pericolul social ridicat al unei asemenea fapte, consecințele care pot fi produse, dar și aspectul că forma actuală a art. 335 alin. 1 C. pen. dă naștere la discriminări în privința subiecților activi ai infracțiunii prevăzute de alineatul 2 al aceluiași articol³³. În acest sens, persoana care nu posedă niciun fel de permis de conducere și conduce un tractor agricol sau forestier pe drumurile publice nu poate fi trasă la răspundere penală, în timp ce o persoană care are permis de conducere pentru altă categorie decât cea din care fac parte cele două vehicule, dar le conduce pe drumurile publice poate fi subiect activ al infracțiunii prevăzute de art. 335 alin. 2 C. pen.

Referitor la raportul dintre cele două decizii, în doctrină³⁴ s-a exprimat ideea conforma căreia prin Decizia nr. 11 din 12.04.2017 a ÎCCJ-CDCCD nu contravine Deciziei nr. 224 din 04.04.2017 a CCR, deoarece atât instanța supremă cât și instanța de contencios constituțional rețin că norma penală contestată nu incriminează fapta de a conduce un tractor agricol sau forestier pe drumurile publice, fără a poseda permis de conducere. Totodată numai decizia ÎCCJ este „interpretativă”, în timp ce decizia CCR se adresează legiuitorului care are competența de a adopta o normă prin care este incriminată fapta respectivă.

În ceea ce ne privește, subliniem faptul că art. 147 alin.1 din Constituție³⁵ nu are niciun fel de efect în privința aplicării art. 335 alin. 1 C. pen., de către organele

Codul penal, care nu incriminează fapta de conducere pe drumurile publice a unui tractor agricol sau forestier, fără permis de conducere, este neconstituțională”.

³³ Art. 335 alin. 2 C. pen. prevede că: „Conducerea pe drumurile publice a unui vehicul pentru care legea prevede obligativitatea deținerii permisului de conducere de către o persoană al cărei permis de conducere este necorespunzător categoriei sau subcategoriei din care face parte vehiculul respectiv ori al cărei permis a fost retras sau anulat ori căreia exercitarea dreptului de a conduce i-a fost suspendată sau care nu are dreptul de a conduce autovehicule în România se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă”.

³⁴ Judecător Georgiana Tudor, Curtea de Apel București, doctorand la Universitatea București-Facultatea de Drept în articolul „Declararea ca neconstituțională a unei soluții legislative de neincriminare și interpretarea obligatorie dată de ÎCCJ dispoziției din Codul penal afectată de viciul de neconstituționalitate. Efecte. Decizia CCR nr. 224/04.04.2017 și Decizia ÎCCJ – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală nr. 11/12.04.2017” prezentat în cadrul Conferinței *Probleme dificile de drept penal și procedură penală (ed. 4). Corectarea Codurilor Penale de către Curtea Constituțională* Conferința Nicolae Volonciu.

³⁵ Art. 147 alin. 1 din Constituție prevede că: „Dispozițiile din legile și ordonanțele în vigoare, precum și cele din regulamente, constatate ca fiind neconstituționale, își încetează efectele juridice la 45 de zile de la publicarea deciziei Curții Constituționale dacă, în acest interval, Parlamentul sau Guvernul, după caz, nu pun de acord prevederile neconstituționale cu dispozițiile Constituției. Pe durata acestui termen, dispozițiile constatate ca fiind neconstituționale sunt suspendate de drept”.

judiciare, în condițiile în care instanța de contencios constituțional nu a analizat norma prin prisma conținutului ei, ci din perspectiva omisiunii de a reglementa o anumită faptă care, în opinia CCR, are un grad de pericol social ridicat. În acest sens, observăm că în termenul de 45 de zile prevăzut de textul constituțional, nu poate fi suspendat art. 335 alin. 1 C. pen., și nici nu își încetează efectele după expirarea acestui termen, deoarece ar însemna ca nici fapta unei persoane de a conduce un autovehicul sau un tramvai pe drumurile publice fără a poseda permis de conducere, să nu mai fie infracțiune. Pe de altă parte, nu se poate interpreta art. 147 alin. 1 din Constituție în sensul că atât în timpul intervalului de 45 de zile și după epuizarea acestuia, se considera infracțiune fapta unei persoane de a conduce pe drumurile publice un tractor agricol sau forestier fără a avea permis de conducere, deoarece s-ar încălca principiul legalității incriminării, iar potrivit art. 61 alin. 1 din Constituție³⁶, în România există o singură autoritate legiuitoare – Parlamentul.

În privința infracțiunii prev. de art. 336 alin. 1 C. pen. referitor la importanța momentului prelevării probelor biologice, opinia exprimată de ÎCCJ-CDCD în Decizia nr. 3/2014 a fost în sensul că are relevanță penală rezultatul alcoolemiei obținut cu ocazia primei prelevări, în cazul în care a existat o dublă prelevare de mostre biologice³⁷.

Instanța de contencios constituțional prin Decizia nr. 732/2014 a decis că stabilirea nivelului alcoolemiei trebuie raportat la momentul imediat următor comiterii faptei, ci nu la momentul prelevării probelor biologice, în condițiile în care, în unele situații, cele două momente nu coincid, context în care, norma de incriminare este lipsită de previzibilitate³⁸.

Instanța supremă a analizat problema de drept prin prisma intenției legiuitorului de a înlătura posibilitatea recalculării ulterioare a îmbibației de alcool în sânge, modificând condițiile pentru a fi realizat elementul material al laturii obiective a infracțiunii respective. Astfel, potrivit noul text de lege pentru a exista infracțiunea este necesar ca în momentul prelevării probelor biologice nivelul îmbibației alcoolice să depășească limita prevăzută de lege, în comparație cu vechea normă conform căreia avea importanță, în privința elementelor constitutive ale infracțiunii, momentul conducerii vehiculului.

CCR a avut în vedere principiul legalității incriminării și pedepsei raportat la condițiile calitative privind claritatea, precizia și previzibilitatea pe care trebuie să le

³⁶ Art. 61 alin. 1 din Constituție prevede că: „Parlamentul este organul reprezentativ suprem al poporului român și unica autoritate legiuitoare a țării”.

³⁷ Prin Decizia nr. 3/2014 a ÎCCJ-CDCD publicată în M. Of. nr. 392 din 28 mai 2014 s-a stabilit că: „În aplicarea art. 336 alin. 1 din Codul penal, în ipoteza unei duble prelevări de mostre biologice, rezultatul alcoolemiei cu relevanță penală este cel dat de prima prelevare”.

³⁸ Prin Decizia nr. 732/2014 a CCR publicată în M. Of. nr. 69 din 27 ianuarie 2015 s-a admis excepția de neconstituționalitate și s-a constatat că: „sintagma *la momentul prelevării mostrelor biologice* din cuprinsul dispozițiilor art. 336 alin. (1) din Codul penal este neconstituțională”.

îndeplinească o normă care incriminează un anumit comportament pentru a crea dificultăți niciunei persoane să înțeleagă conținutul normei și, implicit să aibă o conduită prin care să nu încalce prevederea legală.

Pe de altă parte, a scos în evidență consecințele stabilirii îmbibației alcoolice la momentul prelevării mostrelor biologice, în sensul că, deși infracțiunea este de pericol, se consumă la un moment ulterior săvârșirii ei, în condițiile în care între cele două momente poate să fie o perioadă mai lungă de timp, iar starea de pericol încetează odată cu oprirea în trafic a conducătorului vehiculului de către lucrătorii de poliție.

După publicarea deciziei instanței supreme în M. Of., în cele mai multe cazuri în care conducătorii auto au fost depistați în trafic sub influența alcoolului, fiind prezentați la centrele speciale de prelevare a probelor biologice, nu s-a mai procedat la dublă prelevare, fiind suficientă o singură prelevare pentru stabilirea nivelului îmbibației alcoolice în sânge. Unele cauze au fost soluționate definitiv de instanțele judecătorești până la publicarea deciziei CCR în M. Of., dar au fost și situații în care, până la acel moment, nu au fost pronunțate hotărâri definitive, astfel încât nu s-a mai putut stabili retroactiv nivelul îmbibației alcoolice în sânge la momentul conducerii vehiculului pentru a se constata dacă inculpații au săvârșit infracțiunea prev. de art. 336 alin. 1 C. pen. Astfel, s-a ajuns la situații în care persoane acuzate că au comis același gen de fapte, în aceeași perioadă au primit tratament juridic diferit, în sensul că cei care au fost judecați definitiv, după publicarea Deciziei nr. 3/2014 a ÎCCJ-CDCD în M. Of., dar până la publicarea Decizia nr. 732/2014 a CCR, conținutul constitutiv la infracțiunii a fost analizat în funcție de nivelul îmbibației alcoolice stabilită în momentul prelevării mostrelor biologice, iar în procesele în care s-au pronunțat hotărâri definitive după publicarea deciziei instanței de contencios constituțional în M. Of., instanțele au avut în vedere nivelul îmbibației alcoolice stabilită în momentul conducerii vehiculului. Dar, așa cum am arătat anterior, din cauza faptului că s-a procedat doar la o singură prelevare, în timpul procesului nu s-a mai putut stabili retroactiv nivelul îmbibației alcoolice.

Având în vedere practica CCR avută de-a lungul timpului în privința deciziilor interpretative, observăm că până în anul 2014, nu a fost foarte bogată, mai mult, putem spune că a nu existat o asemenea practică.

În ultimii ani s-au pronunțat multe decizii de către CCR prin care se analizează modul de interpretare a unor norme în raport cu legea fundamentală, ajungându-se la situații în care aceste decizii au intrat în contradicție cu deciziile ÎCCJ pronunțate, fie în soluționarea recursurilor în interesul legii, fie în soluționarea întrebărilor preliminare.

Pornind de la dispozițiile constituționale care reglementează rolul fiecăreia dintre cele două instanțe, constatăm că, potrivit art. 126 alin. 3 din Constituție, ÎCCJ „asigură interpretarea și aplicarea unitară a legii de către celelalte instanțe judecătorești,

potrivit competenței sale”, iar CCR, conform art. 146 lit. d) din Legea fundamentală „hotărăște asupra excepțiilor de neconstituționalitate privind legile și ordonanțele, ridicate în fața instanțelor judecătorești sau de arbitraj comercial (...)”. La prima vedere, s-ar putea spune că numai ÎCCJ este competentă să interpreteze o normă în vedere aplicării unitare la nivelul întregii țări, însă pentru a înțelege și rolul deciziilor interpretative date de CCR, trebuie să avem în vedere scopul justiției constituționale.

Astfel, în doctrină³⁹, s-a arătat că justiția constituțională este „sistemul instituțiilor și tehnicilor prin care este asigurată supremația Constituției și protecția drepturilor și libertăților persoanelor” iar, în condițiile în care „libertatea individuală este scopul sistemului, garantarea drepturilor și libertăților este scopul tuturor procedurilor de impunere a supremației Constituției”⁴⁰.

Or, prin analizarea de către CCR a compatibilității înțelesului unei norme stabilit de instanța supremă, în deciziile de soluționare a recursurilor în interesul legii sau de rezolvare a chestiunilor de drept, cu Legea fundamentală, se poate spune că se realizează o protecție sporită a drepturilor și libertăților persoanelor.

Deși, uneori, s-a considerat că interpretarea dată de CCR ar fi mai nefavorabilă persoanelor trimise în judecată, în comparație cu interpretarea instanței supreme, cum ar fi cazul deciziilor privind interpretarea art. 5 C. pen., opinia noastră este că, pentru a se asigura supremația Constituției și protecția drepturilor și libertăților persoanelor, nu trebuie să ne raportăm doar la anumite categorii de persoane, sau la anumite cazuri particulare, ci trebuie avute în vedere aspecte privitoare la principiile generale, drepturile, libertățile, îndatoririle reglementate de Legea fundamentală.

Cert este că noile coduri au determinat înmulțirea cazurilor în care CCR și ÎCCJ au dat interpretări diferite normelor de drept substanțial penal și normelor de drept procesual penal, context în care instanțele ordinare au pronunțat soluții diferite cu privire la inculpați care aveau aceeași situație juridică, iar, în același timp se poate spune că normele respective nu au îndeplinit una dintre condițiile ce țin de calitatea unei norme, respectiv, previzibilitatea.

BIBLIOGRAFIE

Constituția României;

Codul penal;

Codul de procedură penală;

Codul penal din 1968;

Codul de procedură penală din 1968;

Dan Claudiu Dănișor, *Libertatea în capcană. Aporii ale justiției constituționale*, Ed. Universul Juridic, București, Ed. Universitaria, Craiova, 2014;

³⁹ Dan Claudiu Dănișor, *Libertatea în capcană. Aporii ale justiției constituționale*, Ed. Universul Juridic București, Ed. Universitaria, Craiova, 2014, p. 126.

⁴⁰ *Idem*, p. 129.

- Decizia nr. 2/2014 a ÎCCJ-CDCD publicată în M. Of. nr. 319 din 30 aprilie;
Decizia nr. 265/2014 a CCR publicată în M. Of. nr. 372 din 20 mai 2014;
Decizia nr. 3/2014 a ÎCCJ-CDCD publicată în M. Of. nr. 392 din 28 mai 2014;
Decizia nr. 732/2014 a CCR publicată în M. Of. nr. 69 din 27 ianuarie 2015;
Decizia penală nr. 226 din 4 martie 2014 pronunțată de Curtea de Apel Craiova, Secția penală în dosarul nr. 13226/225/2013;
Decizia penală nr. 145 din 24 februarie 2014 pronunțată de Curtea de Apel Craiova, Secția penală în dosarul nr. 2861/317/2013;
Decizia nr. 146/2015 pronunțată de ÎCCJ, Secția penală în dosarul nr. 8557/95/2011;
Decizia nr. 9/2015 a ÎCCJ-CDCD publicată în M. Of. nr. 406 din 9 iunie 2015;
Decizia nr. 397/2016 a CCR publicată în M. Of. nr. 532 din 15 iulie 2016;
Decizia nr. 350/A din 9.10.2015 a ÎCCJ, Secția penală;
Decizia nr. 7/2015 a ÎCCJ-CRIL publicată în M. Of. nr. 234 din 6 aprilie;
Decizia nr. 44/2016 a CCR publicată în M. Of. nr. 305 din 21 aprilie 2016;
Decizia nr. 22/2017 a CCR publicată în M. Of. nr. 159 din 3 martie 2017;
Decizia nr. 11/2017 a ÎCCJ-CDCD publicată în M. Of. nr. 479 din 26 iunie 2017;
Decizia nr. 224/2017 a CCR publicată în M. Of. nr. 427 din 9 iunie 2017;
Încheierea din 16 aprilie 2014 pronunțată în dosarul nr. 8719/3/2006 al Curții de Apel Craiova;
Încheierea nr. 7 din 12.08.2016 a Curții de Apel Alba, Secția penală;
Judecător Georgiana Tudor, Curtea de Apel București, doctorand la Universitatea București, Facultatea de Drept în articolul „Declararea ca neconstituțională a unei soluții legislative de neincriminare și interpretarea obligatorie dată de ÎCCJ dispoziției din Codul penal afectată de viciul de neconstituționalitate. Efecte. Decizia CCR nr. 224/04.04.2017 și Decizia ÎCCJ, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală nr. 11/12.04.2017” prezentat în cadrul Conferinței *Probleme dificile de drept penal și procedură penală (ed. 4). Corectarea Codurilor Penale de către Curtea Constituțională* Conferința Nicolae Volonciu.
Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal;
Sentința penală nr. 154/2014 pronunțată de Tribunalul Olt, Secția penală în dosarul nr. 311/104/2014, definitivă prin decizia penală nr. 688/2014 a Curții de Apel Craiova, Secția penală și pentru cauze cu minori;
Sentința penală nr. 3008 din 10.09.2015 pronunțată de Judecătoria Craiova – Secția penală în dosarul nr. 11635/215/2015, definitivă prin decizia penală nr. 1532 din 23.11.2015 a Curții de Apel Craiova, Secția penală și pentru cauze cu minori;
Victor Horia Dimitrie Constantinescu, în Mihail Udroișu (coord.), *Codul de procedură penală. Comentariu pe articole.*, Ed. C.H. Beck, București, 2015.

ASPECTE ESENȚIALE PRIVIND REGIMUL JURIDIC AL BUNURILOR IMOBILE DIN DOMENIUL PRIVAT

*Drd. Mihai Marian ICU
Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova*

Essential aspects regarding the legal status of private real estate

Rezumat

Determinarea regimul juridic al bunurilor imobile din domeniul privat prezintă o importanță deosebită în doctrină, dar mai ales în practică. Stabilirea regimului juridic aplicabil bunurilor imobile din domeniul privat ca fiind un regim juridic de drept comun, duce la concluzia că bunurile care fac parte din domeniul privat pot face obiectul diverselor acte juridice, pot fi înstrăinate sau uzucapate, asupra lor se pot constitui dezmembrăminte ale dreptului de proprietate, iar domeniul privat este supus aceluiași prescripții ca și particularii.

Cuvinte-cheie: regim juridic; bun imobil; domeniu public; domeniu privat; unitate administrativ-teritorială; stat.

Abstract

Determining the legal status of private real estate is of particular importance in doctrine, but especially in practice. The establishment of the legal regime applicable to private real estate as a general law legal status leads to the conclusion that goods belonging to the private domain may be subject to various legal acts, may be alienated or acquired through usucapio, they may be dismembered ownership, and the private domain is subject to the same prescriptions as private individuals.

Keywords: legal status; real estate; public domain; private domain; territorial administrative unit; state.

A. Regimul juridic al bunurilor imobile din domeniul privat al Statului

Potrivit teoriei susținută de un autor¹ recunoscut în materie, de vreme ce legea nu distinge între titularii dreptului de proprietate privată, înseamnă ca regimul juridic de drept comun, îi sunt supuse și bunurile care formează domeniul privat al Statului sau al unei unități administrativ-teritoriale.

Potrivit unui alt punct de vedere² în cadrul domeniului privat, bunurile imobile pot fi în proprietate în regim juridic de drept privat, cu toate că nu există la acest moment un act normativ care să stabilească în mod unitar criteriile de delimitare generale dintre bunurile aflate în domeniul privat al Statului și cel din domeniul privat al unităților administrativ-teritoriale.

Legea nr. 15/1990 privind reorganizarea unităților economice de stat ca regii autonome și societăți comerciale, nu a făcut distincție între bunurile ce intră în proprietatea regiilor autonome și societăților comerciale de stat înființate prin aceasta lege. Adică, cu alte cuvinte, nu a făcut distincție între regimul juridic al bunurilor din domeniul public și al bunurilor din domeniul privat transferate acestor entități, fapt ce a născut controversa³ referitoare la calitatea de subiecte de drept a acestor entități, respectiv persoane juridice de drept public⁴, persoane juridice de drept privat sau persoane juridice cu natura mixtă, public și privat.

O prima reglementare cu referire la acest regim juridic de drept privat al bunurilor imobile din domeniul privat al Statului a fost conținută în dispozițiile art. 4 din Legea nr. 18/1991, reglementare care arată că terenurile pot face obiectul dreptului de proprietate privată sau a altor drepturi reale având ca titulari persoane fizice sau juridice, ori pot aparține domeniului public sau domeniului privat. În articolul următor, respectiv art. 6 din Legea nr. 18/1991, textul de lege se referă la domeniul privat al Statului, al comunelor, orașelor, municipiilor și județelor și arată că este alcătuit din terenurile dezafectate din domeniul public, precum și din terenurile dobândite de aceste entități prin modurile prevăzute de lege.

Într-un punct de vedere exprimat⁵ s-a susținut că în domeniul privat al Statului trebuie incluse acele imobile – terenuri din intravilanul localităților, pe care sunt amplasate construcții sau edificii proprietatea statului de interes național, punct de vedere care a avut drept argument prevederile Legii nr. 15/1990 privind reorganizarea

¹ Eugen Chelaru, *Drept civil. Drepturi reale principale*, ed. a IV-a, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 118.

² Ioan Adam, *Proprietatea publică și privată asupra imobilelor în România*, Ed. All. Beck, București, 2000, p. 197.

³ Ioan Adam, *op. cit.*, p. 198.

⁴ Antonie Iorgovan, *Drept administrativ. Tratat elementar*, vol. III, Ed. Proarcadia, București, 1993, p. 99.

⁵ Ioan Adam, *op. cit.*, p. 199.

unităților economice de stat ca regii autonome și societăți comerciale, lege care conține reglementari referitoare la patrimoniul regiilor autonome și societăților comerciale cu capital de stat.

Legea nr. 18/1991 a fost primul act normativ care a conținut reglementari referitoare la regimul juridic al bunurilor din domeniul public și reglementari cu privire la regimul juridic din domeniul privat, această lege intrând în vigoare înaintea Constituției, ca act fundamental care a stabilit criteriile generale în funcție de care bunurile pot fi clasificate în bunuri ca făcând parte din domeniul public cu regimul juridic specific și bunuri ca făcând parte din domeniul privat cu un regim juridic de drept comun. În acest sens, sunt prevederile art. 135 alin. 4 din Constituția României, articol în care s-a prevăzut care bunuri fac parte din domeniul public al statului, Constituția conținând această reglementare generală în raport cu prevederile Legii nr. 18/1991, care conținea prevederi speciale. Ulterior, în anul 1998 a fost adoptată și Legea nr. 213/1998, iar acest act normativ a unificat dispozițiile legale referitoare la formarea domeniului public cu referire specială la criteriile după care bunurile pot fi identificate ca făcând parte din domeniul public, incluzând o înșiruire exemplificativă a acestor bunuri.

Revenind la patrimoniul regiilor autonome și societăților comerciale cu capital de stat, așa cum erau ele reglementate prin Legea nr. 15/1990, se poate spune că dispozițiile legale adoptate în intervalul 1990-1998 au clarificat conținutul „dreptului de proprietate” al regiilor autonome și societăților comerciale cu capital de stat, în condițiile în care efectul juridic al acestor dispoziții se referă strict la bunurile din domeniul privat al statului transferate în proprietatea acestor persoane juridice de drept privat. Aceste regii autonome și societăți comerciale cu capital de stat, au dobândit în proprietatea lor privată bunuri imobile, care au intrat în patrimoniul acestora potrivit Legii nr. 15/1990 reprezentând proprietatea privată a acestor entități. Aceste bunuri „transferate” nu intra în domeniul privat al Statului, pronunțându-se în acest sens și Curtea Constituțională prin Decizia nr. 1 din 07.03.1993, decizie în care se arată că „bunurile regiilor autonome și ale societăților comerciale nu constituie proprietate de stat, ci proprietate privată, chiar dacă Statul deține la societățile comerciale majoritatea capitalului social”. Aceasta, în condițiile în care printr-o altă decizie, respectiv Decizia nr. 33 din 26.05.1993 Curtea Constituțională stabilea că „potrivit art. 5 și art. 20 alin. 2 din Legea nr. 5/1990, regiile autonome și societățile comerciale cu capital de stat sunt proprietare asupra bunurilor ce fac parte din patrimoniul lor, cu excepția celor care au intrat în acest patrimoniu cu un alt titlu juridic”.

Este cert că atâta timp cât, aceste persoane juridice – regiilor autonome și societăților comerciale cu capital de stat, așa cum erau ele reglementate prin Legea nr. 15/1990, au avut ca obiect de activitate administrarea bunurilor imobile din domeniul public, au dobândit calitatea persoanelor juridice de drept public, fie că

au acționat în numele statului, fie că au acționat în numele sau sub autoritatea unităților administrativ-teritoriale. Adică, aceste bunuri imobile administrate de regiile autonome și societăților comerciale cu capital de stat, au avut întotdeauna calitatea de bunuri imobile și au făcut parte din domeniul public al statului, regimul juridic aplicabil acestor bunuri imobile fiind special.

Bunurile imobile „transferate” regiilor autonome și societăților comerciale cu capital de stat, așa cum erau ele reglementate prin Legea nr. 15/1990 nu fac parte din domeniul privat al statului, în condițiile în care au devenit parte a patrimoniului acestor entități juridice nou înființate, iar statul a devenit titular al acțiunilor sau al părților sociale în funcție de forma juridică a acestor societăți înființate. În mod logic, desființarea, lichidarea acestor societăți, a acestor entități juridice ar duce în mod clar la intrarea în patrimoniul, intrarea în domeniul privat al statului al acestor bunuri imobile, operațiunea de inventariere la care se referea dispozițiile cuprinse în art. 19 din Legea nr. 15/1990 având un dublu sens, sensul de transfer la intrare, dar și sensul de reîntoarcere în ipoteza desființării și lichidării al acțiunilor sau al părților sociale în funcție de forma juridică a acestor societăți înființate.

În mod logic, regimul juridic aplicabil acțiunilor și părților sociale aparținând Statului, în funcție de forma juridică a acestor societăți înființate, precum și al bunurilor imobile reîntoarce la Stat, în ipoteza desființării și lichidării regiilor autonome și societăților comerciale cu capital de stat, este un regim juridic de drept comun.

B. Regimul juridic al bunurilor imobile din domeniul privat al unităților administrativ teritoriale

Pomind de la dispozițiile art. 21 din Legea nr. 215/2001 a Administrației Publice Locale „(1) Unitățile administrativ-teritoriale sunt persoane juridice de drept public, cu capacitate juridică deplină și patrimoniu propriu. Acestea sunt subiecte juridice de drept fiscal, titulare ale codului de înregistrare fiscală și ale conturilor deschise la unitățile teritoriale de trezorerie, precum și la unitățile bancare. Unitățile administrativ-teritoriale sunt titulare ale drepturilor și obligațiilor ce decurg din contractele privind administrarea bunurilor care aparțin domeniului public și privat în care acestea sunt parte, precum și din raporturile cu alte persoane fizice sau juridice, în condițiile legii”.

Continuând raționamentul de mai sus în care am arătat că în domeniul privat al Statului nu intră bunurile imobile transferate în proprietatea regiilor autonome și societăților comerciale cu capital integral de stat, același raționament este valabil și în ceea ce privește transferul acestor bunuri imobile transferate din patrimoniul unităților administrativ-teritoriale către aceste entități. Restul bunurilor imobile care nu fac parte din patrimoniul particularilor, care nu fac parte din patrimoniul

regiilor autonome și societăților comerciale cu capital integral de stat, având în vedere calași criteriu al excluderi, pot fi considerate ca făcând parte din domeniul privat al unităților administrativ-teritoriale, regimul juridic aplicabil acestor bunuri imobile fiind supus dispozițiilor de drept comun.

Într-o opinie exprimată⁶ se susține că bunurile din domeniul privat nu se deosebesc de bunurile particularilor decât prin aceea că proprietarul lor este Statul, județul sau comuna în loc de a fi o persoană particulară, așa că și regimul lor juridic trebuie să fie cel de drept comun, aceste bunuri nefiind afectate uzului public. Într-o primă reglementare a regimului juridic a acestor bunuri imobile aparținând unităților administrativ-teritoriale, respectiv reglementarea conținută de art. 26 alin. 1 din Legea nr. 18/1991, se prevedea ca „terenurile situate în intravilanul localității pot fi vândute, concesionate or date în folosință...”. Prin urmare, concluzia exprimată în doctrină⁷ a fost aceea că aceste bunuri pot fi supuse unor operațiuni juridice de drept comun, cum este vânzarea, concesionarea, închirierea, ori darea în folosință, iar acest text de lege a fost primul text care stabilea regimul juridic al unui bun imobil din domeniul privat al unităților administrativ-teritoriale.

Următoarele articole, respectiv art. 33 din Legea nr. 18/1991, precum și art. 36 alin. 1 din Legea nr. 18/1991 au stabilit un regim juridic de drept privat asupra terenurilor provenite din fostele islazuri comunale. De altfel, după operațiunea de transfer în patrimoniul regiilor autonome de interes național și al societăților comerciale cu capital de stat de interes național, a bunurilor imobile proprietatea statului, aflate pe teritoriul unităților administrativ-teritoriale și după instituirea reglementării conținute de dispozițiile art. 36 din Legea nr. 18/1991 s-ar putea trage concluzia că, la acest moment, Statul nu mai deține bunuri imobile pe teritoriul administrativ al comunei, orașului sau municipiului.

Revenind la regimul juridic aplicabil bunurilor imobile din domeniul privat al unităților administrative teritoriale, împărtășim punctul de vedere potrivit căruia⁸, bunurile imobile din domeniul privat este supus aceluiași prescripții ca și particularii, domeniul privat al unităților administrative teritoriale este supus dispozițiilor de drept comun, dacă prin lege nu se prevede altfel. O astfel de prevedere, ce tine de regimul juridic al bunurilor imobile din domeniul privat al unităților administrativ-teritoriale, se referă la prohibiția de a nu se permite operațiuni de înstrăinare prin acte cu titlu gratuit sau operațiunea de dare în plată, fiind în prezența unei derogări de la dispozițiile de drept comun unde astfel de operațiuni sunt permise. De asemenea, împărtășim punctul de vedere exprimat de un alt autor⁹, referitor la faptul ca bunurile care fac parte din domeniul privat al unităților administrativ-teritoriale pot

⁶ Eugen Chelaru, *op. cit.*, p. 122.

⁷ Ioan Adam, *op. cit.*, p. 209.

⁸ Eugen Chelaru, *op. cit.*, p. 123.

⁹ Valeriu Stoica, *Drept civil. Drepturi reale principale*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 171.

face obiectul diverselor acte juridice, pot fi înstrăinate sau uzucapate, iar asupra lor se pot constitui dezmembrăminte ale dreptului de proprietate, fără a exclude posibilitatea ca aceste bunuri să fie urmărite în cadrul procedurii de executare silită.

Într-o lucrare citată¹⁰ se arată ca, potrivit dispozițiilor art. 4 din Legea nr. 18/1991 terenurile pot face obiectul dreptului de proprietate privată sau altor drepturi reale, având ca titular persoane fizice sau juridice ori pot aparține domeniului public sau privat, dispoziții care se completează și sunt dezvoltate de prevederile art. 6 din Legea nr. 18/1991, ideea fiind că domeniul privat al Statului și respectiv al comunelor, orașelor, municipiilor și județelor este alcătuit din terenurile dobândite de acestea prin modurile prevăzute de lege, precum și din terenurile dezafectate potrivit legii din domeniul public. Prin urmare, în domeniul privat al statului și al unităților administrativ-teritoriale sunt incluse toate acele terenuri care prin declarația legii nu au fost incluse în domeniul public. Lăsând la o parte terenurile care au fost transferate de către stat în proprietatea regiilor autonome și societăților comerciale, terenuri care nu aparțin unităților administrativ teritoriale unde se află sediul și punctele de lucru ale acestor persoane juridice de drept privat, celelalte terenuri din intravilanul localităților fac parte din domeniul privat al unităților administrativ-teritoriale, regimul juridic aplicabil acestor bunuri imobile fiind supus dispozițiilor de drept comun¹¹.

În acest sens sunt relevante dispozițiile art. 26 alin. 1 din Legea nr. 18/1991, dispoziții legale care prevăd că „terenurile situate în intravilanul localității care au aparținut operatorilor sau altor persoane care au decedat în ambele cazuri fără moștenitori trec în proprietatea comunei, orașului sau a municipiului, după caz și în administrarea primăriilor pentru a fi vândute, concesionate ori date în folosință celor care solicită să construiască locuințe și nu teren, ori pentru amplasarea de obiective social-culturale cu caracter productiv potrivit legii, ori pentru compensările prevăzute la art. 24”. Aceste terenuri din intravilanul localităților care fac parte din domeniul privat al comunei, orașului și municipiului sunt administrate de către Consiliile locale ale acestor unități administrativ-teritoriale și pot fi supuse unor operațiuni juridice de vânzare, concesionare, închiriere ori date în folosință celor ce doresc să își construiască locuințe.

În ultimă instanță, includerea acestor terenuri intravilane în domeniul privat al comunei, orașului sau municipiului dă dreptul la efectuarea operațiunilor de compensare prevăzute de art. 24 din Legea nr. 18/1991, în sensul că terenurile din intravilanul localităților, care inițial se aflau în proprietate cooperatistă și au fost atribuite membrilor operatori pentru construcția de locuințe, rămân în proprietatea titularilor de locuințe prin atribuirea în proprietate a acestor terenuri, chiar

¹⁰ Ion Adam, *op. cit.*, p. 197.

¹¹ Ion Adam, *op. cit.*, p. 209.

dacă terenurile preluate de la foștii proprietari s-a realizat în mod abuziv. Foștii proprietari ai acestora terenuri intravilane vor fi compensați, în raport de dispoziția legii, cu o suprafață de teren echivalentă în intravilan sau cu o suprafață de teren extravilan în imediata apropiere a terenului care urma a fi reconstituit vechiului proprietar, cu posibilitatea unui drept de opțiune.

Dacă art. 26 din Legea nr. 18/1991 stabilește regimul juridic numai al unei părți din terenurile intravilane, respectiv terenurile intravilane ramase de la membrii cooperatori care au decedat și nu au lăsat moștenitori, terenuri care au trecut în regim de drept privat în proprietatea comunei, orașului sau municipiului art. 33 din Legea nr. 18/1991 stabilește regimul juridic de drept privat al terenurilor provenite din fostele islazuri comunale – pajiști și arabil, terenuri care s-au aflat în folosința fostelor CAP-uri și care prin declarația legii au trecut în proprietatea privată a comunei, orașului sau după caz a municipiilor. Aceste terenuri intravilane rămase după operațiunea de reconstituire a dreptului de proprietate, după operațiunea de compensare a celor îndreptățiți la aceste terenuri intravilane ca urmare a operațiunii de constituire prin atribuirea în proprietate către titularii locuințelor construite au fost incluse în domeniul privat al comunelor, orașelor și municipiilor constituind așa numita „rezervă”, aceste terenuri urmând regimul juridic de drept privat.

O singură precizare se mai impune în ceea ce privește incidența în reconstituirea regimului de drept privat a bunurile imobile proprietatea comunelor, orașelor și municipiilor la care face trimitere norma de drept cuprinsă în art. 5 și art. 20 alin. 2 din Legea nr. 15/1990 privind reorganizarea unităților economice de stat ca regii autonome și societăți comerciale.

Potrivit unei opinii¹² intrarea în vigoare a Legii nr. 18/1991, precum și a Legii nr. 213/1998 ar fi dus la o abrogare parțială a prevederilor art. 5 alin. 1 și art. 20 alin. 2 din Legea nr. 15/1990, în sensul că din patrimoniul regiilor autonome și societăților comerciale cu capital de stat, indiferent că acestea sunt de interes național sau de interes local, au fost scoase bunurile imobile care aparțineau potrivit declarației legii domeniului public, rămânând însă valabile efectele juridice ale acestor dispoziții referitoare la intrarea în patrimoniul acestor persoane juridice a bunurilor imobile care făceau parte din domeniu privat al statului sau al unităților administrativ-teritoriale.

Pentru a nu exista nici o confuzie, împărtășim punctul de vedere potrivit căruia¹³ regiile autonome și societățile comerciale de interes local înființate prin hotărâri ale organelor județene, municipale sau comunale sunt titularele dreptului de proprietate asupra bunurilor din patrimoniu, inclusiv asupra bunurile imobile transferate în patrimoniul lor din patrimoniul unităților administrativ-teritoriale.

¹² Ion Adam, *op. cit.*, p. 211.

¹³ Eugen Chelaru, *op. cit.*, p. 142.

În mod evident, aceste regii autonome și societăți comerciale de interes local au primit în patrimoniul lor nu numai construcțiile, ci și terenul aferent acestora, logica fiind aceea că numai bunurile din domeniul public, indiferent că domeniul public este de interes național sau local, sunt date prin lege în administrarea regiilor autonome nu și cele ce fac parte din domeniul privat al statului sau al unităților administrativ-teritoriale. Exprimam opinia că prevederile art. 5 alin. 1 și art. 20 alin. 2 din Legea nr. 15/1990 nu au suferit o abrogare parțială prin intrarea în vigoare a Legii nr. 18/1991 și a Legii nr. 213/1998, și își produc efectele juridice și sunt în vigoare, în ceea ce privește bunurile imobile din raza teritorială a comunei, orașului și municipiului, terenuri în regim de drept privat transferate în patrimoniul regiile autonome și societățile comerciale de interes local înființate prin hotărâri ale organelor județene, municipale sau comunale. Așa cum se argumenta într-o lucrare¹⁴, în raport de aceste dispoziții legale s-a instituit o prezumție *iuris tantum* de proprietate în favoarea acestor entități pentru bunurile aflate în patrimoniul lor, iar unitățile administrativ-teritoriale au un drept de proprietate asupra acțiunilor deținute la aceste entități, acțiuni care se includ în domeniul lor privat.

Concluzii

1. Regimul juridic aplicabil bunurilor imobile din domeniul privat al Statului și al unităților administrativ-teritoriale este un regim juridic de drept comun, iar bunurile imobile care fac parte din domeniul privat al Statului și al unităților administrativ-teritoriale pot face obiectul diverselor acte juridice, pot fi înstrăinate sau uzucapate, asupra lor se pot constitui dezmembrăminte ale dreptului de proprietate, iar domeniul privat este supus aceluiași prescripții ca și particularii.

2. Regimul juridic aplicabil acțiunilor și părților sociale aparținând Statului și unităților administrativ-teritoriale, în funcție de forma juridică a acestor societăți înființate, precum și al bunurilor imobile reîntoarse la Stat sau la unitățile administrativ-teritoriale, în ipoteza desființării și lichidării regiilor autonome și societăților comerciale înființate la nivel național sau la nivel local, este un tot un regim juridic de drept comun.

3. Intrarea în vigoare a dispozițiilor Legii nr. 18/1991 a fondului funciar și a Legii nr. 213/1998 privind proprietatea publică și regimul juridic al acesteia, nu au dus la o abrogare parțială a prevederilor art. 5 alin. 1 și art. 20 alin. 2 din Legea nr. 15/1990 privind reorganizarea unităților economice de stat ca regii autonome și societăți comerciale, în sensul că din patrimoniul regiilor autonome și societăților comerciale cu capital de stat, indiferent că acestea sunt de interes național sau de interes local, au fost scoase bunurile imobile care aparțineau potrivit declarației legii domeniului

¹⁴ Eugen Chelaru, *op. cit.*, p. 142.

public. Aceste dispoziții au lămurit regimul juridic aplicabil bunurilor imobile transferate acestor entități, instituindu-se o prezumție relativă de proprietate pentru bunurile aflate în patrimoniul lor, iar Statul și unitățile administrativ-teritoriale au un drept de proprietate asupra acțiunilor deținute la aceste entități, acțiuni care se includ în domeniul lor privat.

SANȚIUNILE CONTRAVENȚIONALE APLICATE PERSOANELOR FIZICE ÎN LEGISLAȚIA REPUBLICII MOLDOVA

Conf. univ. dr. Oleg PANTEA
Universitatea de Stat din Moldova

The contravention penalties applied to natural persons
in the legislation of the Republic of Moldova

Rezumat

Materialul publicat mai jos are un conținut deslușit de informații despre cum a evoluat regimul juridic al sancțiunilor contravenționale în sistemul normativ-juridic a Republicii Moldova, clasificarea și caracteristica sancțiunilor contravenționale la etapa actuală aplicate persoanelor fizice, eficiența aplicării sancțiunilor contravenționale corelată cu misiunea de resocializare a făptuitorilor contravenționali. Un loc aparte în lucrare a fost dedicat autorităților statului autorizate prin lege să constate și să aplice sancțiuni contravenționale față de persoanele fizice. Prin tratarea logică a problemelor abordate am dorit ca această lucrare să fie utilă studenților, profesorilor facultăților de drept, constatările și rezultatele fiind tratate obiectiv și nu doar din punctul de vedere al contravenientului ori al agentului constator.

Cuvinte-cheie: contravenție; persoane fizice; sancțiuni contravenționale; valori sociale; agent constator; fapte contravenționale; legislație.

Abstract

The below published material has a clear content of information about how the legal regime of the contravention penalties has evolved in the normative-legal system of the Republic of Moldova, the classification and the characteristic of the contravention sanctions at the present stage applied to the natural persons, the efficiency of the application of the contravention penalties correlated with the re-socialization mission of contravention perpetrators. A special place in the work was dedicated to the state authorities authorized by law to establish and apply

contravention sanctions to natural persons. Through the logical treatment of the addressed issues, we wanted this work to be useful for students, law faculty teachers, the findings and the results being treated objectively and not only from the point of view of the perpetrator or the finding agent.

Keywords: contravention; natural persons; contravention penalties; social values; finding agent; contraventions; legislation.

Introducere

O condiție esențială fără de care societatea nu poate să existe este respectarea valorilor sociale, pe care această societate s-a întemeiat și le întemeiază continuu. Cu o doză ridicată de adevăr și pentru zilele noastre, marele Sofocle spunea odată că, „...un stat în care nu există pedeapsă pentru neobrăzare și pentru libertatea de a face orice sfârșește prin a se prăbuși”. Prin ocrotirea valorilor sociale statul apără de fapt societatea în ansamblu și stabilește un șir de norme de conviețuire, care se realizează inclusiv cu ajutorul dreptului contravențional. Aplicabilitatea acestei ramuri de drept este destul de diferențiată, ținându-se cont de diversitatea faptelor antisociale care le întâlnim zilnic, de gradul de pericol generat, modalitatea de reacționare a autorităților statului în prevenirea și combaterea acestor fapte.

Printre cele mai frecvent întâlnite fapte antisociale se numără contravențiile. Doctrina de specialitate, mai ales de peste hotare, deseori tratează această problemă din perspectiva și în regimul juridic al faptelor administrative, considerându-le ca pe o parte componentă a dreptului administrativ. Însă, sistemul contravențional al Republicii Moldova a înaintat pe această platformă, încadrând faptele într-o ramură distinctă de drept, dreptul contravențional, cu adoptarea Codului contravențional al Republicii Moldova la 24.10.2008.

Rezultate și discuții

Sanctiunile contravenționale sunt reglementate în Codul contravențional, la capitolul IV. Așadar, alin. (1) al art. 32 din Codul contravențional (în continuare CC) definește sancțiunea contravențională ca pe „o măsură de constrângere statală și un mijloc de corectare și reeducare ce se aplică, în numele legii, persoanei care a săvârșit o contravenție”.

Alin. (2) al aceluiași articol specifică, care sunt sancțiunile contravenționale aplicabile persoanei fizice:

- a) avertismentul;

¹ Codul contravențional al Republicii Moldova din 24.10.2008.

- b) amenda;
- c) privarea de dreptul de a desfășura o anumită activitate;
- d) privarea de dreptul de a deține anumite funcții;
- e) aplicarea punctelor de penalizare;
- f) privarea de dreptul special (dreptul de a conduce vehicule, dreptul de a deține armă și de portarmă);
- g) munca neremunerată în folosul comunității;
- h) arestul contravențional².

În continuare vom analiza fiecare sancțiune contravențională în parte:

a) *Avertismentul* reprezintă cea mai ușoară formă de sancționare a contravenientului, considerată mai mult o sancțiune morală, aplicată de autorități pentru comiterea unor fapte de mică importanță și cu gravitate scăzută de pericol social. Prin aplicarea avertismentului, autoritatea într-un fel atenționează făptașul despre pericolul acțiunii sau inacțiunii săvârșite și recomandă pentru viitor ca să respecte dispozițiile legale.

Avertismentul se aplică doar în formă scrisă. Legiuitorul a prevăzut expres ca autoritatea competentă să aplice avertismentul anume în formă scrisă pentru a duce o evidență a conduitei de mai departe a contravenientului, dacă pe viitor el respectă sau nu dispozițiile legale. În formă verbală ar fi mai dificil să se țină cont de toate persoanele avertizate pentru comiterea contravențiilor. Cu toate acestea, totuși considerăm oportun de a include în lege și forma verbală de avertisment, pentru a face mai ușoară și mai eficientă munca agenților constatori, având în vedere numărul mare de contravenții care se comit. Există fapte contravenționale mărunte pentru care nu se merită de înscris în procesul-verbal de constatare, fiind suficientă și o simplă avertizare verbală făptuitorului.

Având în vedere caracterul neînsemnat al faptelor și forma scrisă obligatorie, de cele mai multe ori agenții constatori o neglijează, preferând ca să nu aplice în genere sancțiunea dată. Mai mult ca atât, în materie contravențională sancțiunile nu reprezintă un scop în sine, ci un mijloc de restabilire a relațiilor sociale, de formare a unui spirit de responsabilitate, iar pentru asta nu este nevoie în toate cazurile să aplice sancțiunea contravențională. În general, în toată lumea civilizată ideea de a aplica sancțiuni mai severe este înlăturată, căutând soluții mai eficiente (programe probaționale, campanii sociale, activități individuale și în grup). În art. 41 CC, legiuitorul a inclus noțiunea de individualizare a sancțiunii pentru fiecare persoană în parte în funcție de diferite criterii. În același context, amintim o bine-cunoscută expresie latină: „*punitur quia peccatum est et ut ne peccetur*”, ceea ce înseamnă că, *este pedepsit nu doar fiindcă a greșit dar și pentru a nu mai greși în viitor*. Dar, asta nici pe departe nu înseamnă că statul nu va aplica sancțiuni pentru acele fapte

² *Ibidem*.

antisociale grave, care pun în pericol real valorile societății, relațiile sociale care se nasc din aceste valori.

b) *Amenda* este o sancțiune contravențională pecuniară, evaluată în unități convenționale și care constă în „obligarea contravenientului la plata unei sume de bani”. Amenda este considerată cea mai răspândită sancțiune contravențională și cea mai eficientă. Mărimea unei unități convenționale este de 50 lei. De la început mărimea unității convenționale era de 20 de lei, iar odată cu schimbările care au intervenit în economie și finanțe, dar și lipsa eficienței sancțiunilor cu amenzi mici aplicate, au determinat autoritățile ca în anul 2017 să modifice mărimea unității convenționale, de la 20 la 50 de lei. Modificările operate atunci au avut la bază următoarea formula de calcul: salariul mediu lunar pe economie prognozat pentru anul 2016 era de **5050 lei**. Astfel, 1% din 5050 lei, cât se dorea a fi noua valoare a unității convenționale, a constituit **50 lei și 50 bani**.

Cât privește cuantumul amenzilor, acesta este determinat de gradul de pericol social al faptei și vinovăția contravenientului și trebuie să se încadreze în limitele prevăzute de lege. Pentru persoana fizică de la una la 500 de unități convenționale, iar persoanelor cu funcție de răspundere – de la 10 la 1500 de unități convenționale. Dacă în normă este scris „... se sancționează cu amendă de la 10 la 50 u.c.”, atunci autoritatea competentă va ține cont de gradul de pericol și de vinovăție. Amenda se achită de către contravenient în mod benevol în termen de 30 de zile de la data stabilirii acesteia și se virează la bugetul instituțiilor stabilite la art. 34 CC³.

Dacă contravenientul plătește amenda în decurs de 72 de ore de la momentul stabilirii faptei, este în drept să achite jumătate din aceasta. În legătură cu această normă, Curtea Constituțională a pronunțat o hotărâre privind constituționalitatea textului „din momentul stabilirii ei”. Analizând excepția de neconstituționalitate ridicată, Curtea a constatat că între persoanele care pot achita jumătate de amendă, pentru că primesc în timp util copia procesului-verbal de comitere a unei contravenții, prin intermediul serviciilor poștale, și persoanele care primesc cu întârziere copia procesului-verbal și nu își pot realiza în mod efectiv dreptul de a plăti amenda în jumătate, există o discriminare care nu este justificată în mod obiectiv și rezonabil. Ea a mai observat că legea contravențională nu oferă un mecanism care ar permite remedierea suficientă a obstacolelor ce decurg din exercitarea efectivă de către contravenient a dreptului său de a achita jumătate din amenda stabilită. Astfel, Curtea a hotărât că până la modificarea legii de către Parlament, „termenul de 72 de ore de achitare a amenzii în jumătate va curge din momentul în care contravenientului i se aduce la cunoștință actul cu privire la stabilirea amenzii⁴”.

³ *Ibidem*.

⁴ Hotărârea Curții Constituționale nr. 7 din 26.04.2018 privind excepția de neconstituționalitate a articolului 34 alin. (3) din Codul contravențional. [Online] la <http://www.constcourt.md/ccdocview.php?tip=hotariri&docid=655&l=ro>.

În același context, recent Parlamentul a aprobat în lectură finală proiectul de modificare a Codului contravențional, pentru a fi înlocuită durata de 72 de ore cu „trei zile lucrătoare de la data aducerii la cunoștință a deciziei de aplicare a sancțiunii”. În acest caz, se consideră că sancțiunea amenzii este executată integral, cu excepția cazului în care a fost contestată decizia de aplicare a sancțiunii contravenționale și contravenientul nu și-a retras cererea de contestare a deciziei, emisă într-o cauză contravențională, până la cercetarea judecătorească. Prin această inițiativă legislativă se dorește oferirea unei posibilități obiective de a beneficia de dreptul achitării a jumătate din amenda stabilită. Or, perioada oferită, urmează a fi sincronizată cu orarul de lucru al instituțiilor responsabile de recepționarea amenzii. În nota informativă se mai spune că prin acest amendament se dorește garantarea dreptului la un proces echitabil prin asigurarea beneficiarii de dreptul de a achita jumătate din amendă, chiar dacă procesul-verbal a fost contestat în instanța de judecată și contravenientul nu și-a retras cererea de contestare a deciziei, emisă asupra cauzei contravenționale, până la cercetarea judecătorească. În cazul în care făptuitorul nu a respectat condițiile sau cererea i-a fost respinsă, cuantumul amenzii urmează a fi achitată integral⁵.

În alin. (4) al aceluiași articol se menționează consecințele neachitării amenzii din cauza lipsei ori a insuficienței bunurilor sau din cauza eschivării cu rea-voință a contravenientului de la achitarea acesteia, instanța de judecată poate înlocui suma neachitată a amenzii cu:

- amendă în mărime dublă, ce însă nu poate depăși limita maximă a sancțiunii cu amenda prevăzută de norma materială contravențională;
- privarea de dreptul de a desfășura o anumită activitate pe un termen de la 6 luni la un an;
- muncă neremunerată în folosul comunității, calculându-se o oră de muncă pentru o unitate convențională, durata muncii fiind de cel mult 60 de ore;
- arest contravențional, calculându-se o zi arest pentru 2 unități convenționale, durata arestului fiind de cel mult 30 zile, ținând cont de regulile aplicării arestului;
- pentru contravențiile în domeniul circulației rutiere amenda poate fi înlocuită cu privarea de dreptul de a conduce vehicule de la 6 luni la un an.

Amenda se înlocuiește de către instanța de judecată în a cărei rază teritorială își are sediul autoritatea din care face parte agentul constatator care a examinat cauza, la demersul acestuia sau al procurorului care a examinat cauza⁶.

⁵ Notă informativă a Ministerului Justiției a Republicii Moldova la proiectul Legii privind modificarea Codului contravențional al Republicii Moldova nr. 218-XVI din 24 octombrie 2008. [Online] la http://www.justice.gov.md/public/files/2018/transparenta_in_procesul_decizional/martie/27/1/NF_COD_CONT.pdf.

⁶ Codul contravențional al Republicii Moldova din 24.10.2008.

În acest sens, există un șir de subtilități privind neachitarea amenzii în condiții susmenționate. Întâi de toate urmează a fi demonstrat faptul că este imposibilă executarea cauzei de către executor, adică este imposibil de a încasa suma amenzii prin acțiunile dispuse: blocarea sumei pe card salarial, sechestre pe bunuri, altele.

Apoi, înlocuirea amenzii cu munca neremunerată în folosul comunității poate avea loc doar în cazul în care contravenientul și-a manifestat acordul în scris pentru executarea acestei forme de sancțiune. În lipsa acordului instanța de judecată nu va putea aplica înlocuirea sancțiunii contravenționale.

Cu referință la arestul contravențional, o zi de arest pentru două u.c. (100 lei), instanța de judecată neglijează și aplicarea acestei prevederi. Deoarece, deținerea unei persoane în arest ar costa astăzi statul circa 198 lei per zi (cheltuieli pentru servicii comunale, alimentație, salariile funcționarilor care asigură supravegherea și paza) și respectiv, este non sens să deții în arest o persoană pentru 100 de lei zilnic, cheltuind pentru asta aproape dublu.

c) *Privarea de dreptul de a desfășura o anumită activitate* este o sancțiune ce presupune interzicerea persoanei fizice pentru o perioadă de timp de a desfășura o anumită activitate. Privarea de dreptul de a desfășura o anumită activitate poate fi aplicată de instanța de judecată pentru un termen de la 3 luni la un an.

Sancțiunile contravenționale complementare au ca scop înlăturarea unei stări de pericol și preîntâmpinarea săvârșirii altor fapte interzise de lege.

În general, prin dreptul de a exercita o anumită activitate sau, cu referință la sancțiunea de mai jos, de a ocupa anumite funcții, se înțelege un post într-o întreprindere, instituție, organizație sau subdiviziunea, filiala lor, în care persoana respectivă, prin numire, alegere sau în virtutea unei însărcinări deține anumite drepturi și obligațiuni în vederea exercitării funcțiilor sau acțiunilor administrative de dispoziție sau organizatoric-economice.

Instanța de judecată aplică pedeapsa complementară, apreciind că sancțiunea principală nu este de ajuns pentru restabilirea relațiilor sociale care au fost afectate prin comiterea contravenției. Dacă o persoană a comis contravenția folosindu-se de profesia sa, este considerată nedemnă să o mai exercite în continuare. Judecătorul poate aplica pedeapsa complementară dar poate și să nu aplice (când în sancțiunea normei juridice este prevăzut „cu sau fără privarea de dreptul de a desfășura o anumită activitate”). Dar, în anumite cazuri prevăzute de lege instanța de judecată este chiar obligată să aplice privarea de acest drept (atunci când în sancțiunea normei este expres prevăzut „...cu privarea de dreptul de a desfășura o anumită activitate”), fiind inadmisibilă desfășurarea unei anumite activități de către aceasta.

În art. 35 CC legiuitorul explică în ce cazuri se aplică pedeapsa, „sancțiunea privării de dreptul de a desfășura o anumită activitate poate fi aplicată în cazul în care activitatea a fost folosită la săvârșirea contravenției sau în cazul în care contravenția reprezintă o încălcare a regulilor de desfășurare a acestei activități”⁷.

⁷ *Ibidem.*

d) *Privarea de dreptul de a deține anumite funcții* reprezintă interdicția de a deține temporar anumite funcții de către contravenient, prin rezilierea contractului de muncă pe o anumită perioadă. Sancțiunea poate fi aplicată exclusiv de instanța de judecată, pe un termen de la 3 luni la un an. Reglementarea juridică a sancțiunii respective este la fel ca la pedeapsa precedentă, în art. 35 CC, instanța decide dacă aplică sau nu sancțiunea complementară, dacă legea nu prevede altfel. Această pedeapsă se referă numai la persoanele fizice. Prin comiterea unei contravenții, folosindu-se de funcție, contravenientul este considerat nedemn să o mai exercite în continuare.

Aceeași prevedere explică în ce cazuri persoana fizică nu poate deține funcții: „... ținând cont de caracterul contravențiilor comise de persoana vinovată, legea declară ca fiind inadmisibilă deținerea unei anumite funcții de către aceasta⁸”.

e) *Aplicarea punctelor de penalizare* este o sancțiune complementară, care se aplică în cazul comiterii contravențiilor ce atentează la regimul de transporturi și contravențiilor în domeniul circulației rutiere. Pentru încălcarea acestor norme, conducătorului de vehicul, pe lângă sancțiunea principală, se aplică și un număr de puncte de penalizare, în calitate de sancțiune complementară. Quantumul punctelor de penalizare aplicat pentru fiecare sancțiune este prevăzut pentru fiecare încălcare în parte.

Punctele de penalizare în calitate de sancțiune complementară au apărut odată cu intrarea în vigoare a Codului contravențional la 24.10.2008, ideea fiind inspirată din legislațiile statelor europene (România, Germania).

Definiția noțiunii „puncte de penalizare” a apărut peste un an în Regulamentul privind evidența contravențiilor în domeniul circulației rutiere și asigurare a accesului titularului permisului de conducere la informația despre punctele de penalizare, aprobat prin H.G. nr. 493 din 14.08.2009. Astfel, prin puncte de penalizare înțelegem – *unități de evidență aplicate în calitate de sancțiune contravențională complementară concomitent cu sancțiunea principală sub formă de amendă în cazurile și mărimea prevăzută de sancțiunea norme*⁹.

Dacă titularul permisului de conducere a săvârșit contravenții, care cumulează 15 puncte de penalizare, agentul constatator remite cauza în instanța de judecată competentă, care, odată cu sancțiunea principală și cu aplicarea punctelor de penalizare, aplică privarea de dreptul special de a conduce vehicule pe un termen de la 6 luni la un an ca sancțiune complementară.

Punctele de penalizare se anulează la expirarea termenului de 6 luni de la data constatării contravenției pentru care au fost aplicate sau de la data privării, prin

⁸ *Ibidem.*

⁹ Regulamentul privind evidența contravențiilor în domeniul circulației rutiere și asigurare a accesului titularului permisului de conducere la informația despre punctele de penalizare, aprobat prin H.G. nr. 493 din 14.08.2009.

hotărâre judecătorească, de dreptul de a conduce vehicule. Începând cu 14.12.2018 va intra în vigoare un aliniat nou un aliniat nou la art. 36 alin. (3') CC, care prevede anularea punctelor de penalizare la prezentarea documentului confirmativ care atestă trecerea programului special de instruire pentru anularea punctelor de penalizare. Programul a fost elaborat de către Inspectoratul Național de Probațiune și urmează a fi pus în aplicare¹⁰. În conformitate cu Legea nr. 138 din 19.07.2018 privind modificarea unor acte legislative, a fost modificată și completată legea nr. 131/2007 privind siguranța traficului rutier (republicată în Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2015, nr. 11-21, art. 6)¹¹ cu noțiunea de *Program de instruire a conducătorilor vehiculelor*, în scopul reeducării și sensibilizării conducătorilor vehiculelor sancționați contravențional cu privire la consecințele încălcării prevederilor regulamentului circulației rutiere. Programul dat se efectuează contra plată, în conformitate cu tarifele stabilite de Guvern. După finalizarea programului probațional, consilierul de probațiune va întocmi o evaluare a contravenientului pentru stabilirea sporirii sau diminuării comportamentului vizat de specificul programului și impactului programului asupra conduitei persoanei în ansamblu.

Totodată, recent au fost aprobate modificări la Codul contravențional în ceea ce privește punctele de penalizare. Potrivit modificărilor, dacă contravenientul va achita sancțiunea în termen de 3 zile lucrătoare acestuia nu i se vor aplica punctele de penalizare. Această măsură de stimulare va contribui la prevenirea factorilor de corupție, întrucât deținătorii permiselor de conducere care au acumulat un număr critic de puncte de penalizare încearcă să omită această sancțiune pe cale ilegală.

Cu referință la evidența punctelor de penalizare și modalitatea de asigurare a accesului titularului de permis de conducere la informația despre punctele de penalizare sunt reglementate prin H.G. nr. 493 din 14.08.2009. La nivel teritorial evidența contravențiilor în domeniul circulației rutiere, sancțiunilor și punctelor de penalizare aplicate este realizată de organele de poliție teritoriale, iar la nivel central de subdiviziunile specializate ale Ministerului Afacerilor Interne.

Titularul permisului de conducere, la cerere, are dreptul să obțină în termen de 10 zile, personal sau prin reprezentantul său legal, la organul teritorial al poliției rutiere în raza căruia își are reședința, informații cu privire la numărul de puncte de penalizare ce i-au fost aplicate, precum și cu privire la cazierul său contravențional, contra plată¹².

f) *Privarea de drept special* este sancțiune contravențională complementară aplicată doar de către instanța de judecată în cazurile prevăzute de lege. Legiuitorul

¹⁰ Codul contravențional al Republicii Moldova din 24.10.2008.

¹¹ Legea nr. 138 din 19.07.2018 privind modificarea unor acte legislative.

¹² H.G. nr. 508 din 11.05.2006 pentru aprobarea Nomenclatorului serviciilor prestate contra plată și a tarifelor la acestea.

face referință aici la două forme de privare de dreptul special: dreptul de a conduce vehicule și dreptul de a deține armă și de portarmă.

Privarea de dreptul de a conduce vehicule se aplică de instanța de judecată pe un termen de la 6 luni la 3 ani. Această sancțiune nu poate fi aplicată persoanei cu dezabilități care folosește vehiculul ca unic mijloc de deplasare, cu excepția cazurilor în care l-a condus atribuindu-i cu bună știință un număr de înmatriculare fals ori l-a condus în stare de ebrietate produsă de alcool sau de alte substanțe, ori s-a eschivat de la examenul medical de constatare a acestei stări, ori a părăsit locul accidentului rutier la care a fost participant¹³.

În același context, Legea nr. 131/2007 privind siguranța traficului rutier a fost completată cu un articol, nou art. 21¹ „Redobândirea dreptului de conducere a mijlocului de transport”. În mare parte articolul se referă la domeniul dreptului penal (în cazul anulării dreptului de a conduce mijlocul de transport), dar alin. (3) reglementează că, organele care asigură executarea pedepsei penale sau sancțiunii contravenționale de privare de dreptul de a conduce mijloace de transport, în termen de până la 10 zile, remit autorității competente permisele de conducere ridicate pentru anularea acestora¹⁴.

Ca și în cazul privării de dreptul de a conduce vehicule, la privarea de dreptul de a deține armă și de portarmă, aceasta se dispune doar de instanța de judecată. Perioada privării este de la 3 luni la un an, în funcție de gravitatea contravenției.

După ce expiră perioada de privare stabilită, la repunerea în drept a persoanei se va ține cont de îndeplinirea pe deplin a cerințelor stabilite (de exemplu, a trecut sau nu programul probațional, rezultatele schimbării comportamentale).

g) Munca neremunerată în folosul comunității reprezintă o sancțiune care poate fi aplicată atât ca sancțiune principală, cât și sancțiune complementară. Ca sancțiune contravențională principală ea poate fi aplicată direct de către instanța de judecată la sesizarea agentului constator în cazul contravențiilor pentru care legea prevede sancțiunea amenzii sau sancțiunea prestării unei munci neremunerate în folosul comunității. De asemenea, în anumite cazuri prevăzute de lege, instanța de judecată poate aplica pedeapsa muncii neremunerate direct, fără a exista vreo altă alternativă. Ea poate fi aplicată și pentru înlocuirea unei amenzi contravenționale, în cazul în care persoana contravenientă nu a achitat amenda și nu există posibilitatea executării silite.

Munca neremunerată în folosul comunității nu poate fi aplicată militarilor prin contract și persoanelor care nu au atins vârsta de 16 ani.

În conformitate cu art. 37 CC, munca neremunerată în folosul comunității este definită ca antrenarea contravenientului persoană fizică, în afara timpului de

¹³ Codul contravențional al Republicii Moldova din 24.10.2008.

¹⁴ Legea nr. 131/2007 privind siguranța traficului rutier.

serviciu de bază sau de studii, la munca stabilită de autoritatea administrației publice locale. Munca neremunerată în folosul comunității se stabilește pe o durată de la 10 la 60 de ore și se execută în 2-4 ore pe zi. În cazul contravenientului care nu este angajat în câmpul muncii, nu este antrenat în activități de bază sau de studii, la solicitarea sau cu acordul acestuia, pedeapsa poate fi executată până la 8 ore pe zi. În total, munca se prestează în cel mult 6 luni, timp care curge de la data luării în evidență a contravenientului și punerii în executare a hotărârii instanței de judecată¹⁵.

Un indiciu important la aplicarea acestei sancțiuni contravenționale este consimțământul persoanei. Instanța nu poate aplica munca neremunerată fără a avea acordul contravenientului. Contravenientului sancționat cu muncă neremunerată în folosul comunității i se ia în scris un angajament prin care se obligă să se prezinte în termen de 10 zile la organul de probațiune în a cărui rază teritorială își are domiciliul. În caz de eschivare din partea contravenientului de la muncă, această sancțiune se înlocuiește cu arest contravențional, calculându-se o zi de arest pentru 2 ore de muncă neremunerată în folosul comunității. Însă, soarta acestei înlocuiri este asemănătoare înlocuirii amenzii cu arestul. Statul va cheltui mai mult pentru deținerea unei persoane în arest contravențional, decât acesta va prejudicia la rândul său statul pentru neexecutarea muncii neremunerate în folosul comunității.

De la norma care prevede consimțământul contravenientului pentru aplicarea sancțiunii muncă neremunerată există o excepție de neconstituționalitate, „în cazul comiterii contravenției prevăzute de art. 78¹ CC (violența în familie), instanțele judecătorești pot aplica sancțiunea muncii neremunerate în folosul comunității fără acordul persoanei.” Curtea Constituțională a menționat că, în lipsa unei alternative punitive (în cazul în care nu poate fi aplicat arestul), acordul persoanei de a executa munca neremunerată în folosul comunității apare ca un detaliu *insignifiant* în raport cu obligația autorităților statale de a garanta un sistem efectiv de sancționare a tuturor formelor de violență în familie în baza art. 24 alin. (2) din Constituție și a art. 3 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului¹⁶.

Munca neremunerată se execută la locul de trai al contravenientului, la obiectele cu destinație socială care sunt stabilite de Birourile de probațiune, de comun acord cu autoritățile administrației publice locale. În cazul în care contravenientul își schimbă locul de trai, se adresează la consilierul de probațiune responsabil de caz, cu solicitarea în scris (cerere) de a fi strămutat la Biroul de probațiune de la noul loc de trai. În cazul militarilor în termen și militarilor cu termenul redus, munca se execută în unitatea militară.

¹⁵ Codul contravențional al Republicii Moldova din 24.10.2008.

¹⁶ Hotărârea nr. 28 din 22.11.2018 privind excepția de neconstituționalitate a unor prevederi de la articolul 78¹ din Codul contravențional. [Online] la <http://constcourt.md/ccdocview.php?tip=hotariri&docid=675&l=ro>.

h) Arestul contravențional este considerată cea mai severă sancțiune, pentru că a se aplică numai în cazurile când printr-o contravenție se pune în pericol real sănătatea ori integritatea corporală a persoanei. Chiar dacă se atentează la valorile supreme ale persoanei, nu tuturor contravenienților li se aplică această sancțiune.

Arestul contravențional se aplică persoanelor fizice și presupune privarea de libertate pe o perioadă determinată. Hotărârea privind aplicarea arestului este de competența exclusivă a instanței de judecată și se aplică în cazuri contravenționale pentru care sunt prevăzute astfel de sancțiuni și atunci când contravenientul nu a executat intenționat alte sancțiuni contravenționale.

Durata arestului contravențional este de la 4 la 15 zile, iar pentru concurs de contravenții sau cumul de hotărâri de arest, instanța poate aplica sancțiunea și până la 30 zile¹⁷. Arestul se execută în penitenciarele din Republica Moldova, de regulă în izolatoarele de urmărire penală în care sunt amenajate condiții pentru executarea astfel de sancțiuni (Penitenciarele nr. 13 – Chișinău, nr. 11 – Bălți, nr. 17 – Rezina și nr. 5 – Cahul).

Arestul contravențional nu poate fi aplicat:

- persoanelor cu dezabilități severe și accentuate;
- militarilor în termen;
- militarilor și angajaților cu statut special ai Ministerului Afacerilor Interne, angajați în bază de contract;
- minorilor;
- femeilor gravide;
- femeilor care au copii cu vârsta de până la 8 ani;
- persoanei care este unicul întreținător al copilului cu vârsta de până la 16 ani;
- persoanelor care au împlinit vârsta generală de pensionare¹⁸.

Cu referință la ultima categorie (pensionarii), Curtea Constituțională la fel s-a pronunțat asupra aplicării arestului pentru comiterea contravenției prevăzute de art. 78¹ CC (violența în familie), prin excepție de neconstituționalitate: *„În cazul comiterii contravenției prevăzute de art. 78¹ CC, instanțele judecătorești le pot aplica arestul contravențional persoanelor care au împlinit vârsta generală de pensionare, dacă starea lor de sănătate permite acest fapt”*. Curtea a conchis că, interdicția absolută a aplicării arestului contravențional în cazul persoanelor care au împlinit vârsta generală de pensionare este disproporționată în raport cu obligația procedurală a autorităților statale de a stabili un sistem efectiv de sancționare a tuturor formelor de violență în familie¹⁹.

¹⁷ Codul contravențional al Republicii Moldova din 24.10.2008.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Hotărârea nr. 28 din 22.11.2018 privind excepția de neconstituționalitate a unor prevederi de la art. 78¹ din Codul contravențional. [Online] la <http://constcourt.md/ccdocview.php?tip=hotariri&docid=675&l=ro>.

În conformitate cu politicile ce sunt promovate prin recomandările Consiliului Europei, se recomandă statelor membre ale Consiliului oportunitatea dezvoltării și aplicării sancțiunilor alternative la sancțiunile privative de libertate. În contextul acestor tendințe și ținând cont de caracterul de reeducare, de moralitate al aplicării sancțiunilor contravenționale, se conturează o părere ca arestul să fie exclus în genere din lista sancțiunilor contravenționale aplicate persoanelor fizice sau de înlocuire a acesteia cu o sancțiune contravențională nouă „arestul la domiciliu”. Întemnițarea unei persoane trebuie totuși reglementată prin aria dreptului penal.

Concluzii

Sanționarea contravențională este o instituție fundamentală în prevenirea și combaterea faptelor care contravin conviețuirii sociale. Autoritățile statului trebuie să conștientizeze care este rolul lor în prevenirea și combaterea acestor fapte cu grad redus de pericol social și, respectiv, în găsirea unor pârghii adecvate pentru eficientizarea realizării scopului preventiv și represiv pentru care au fost aplicate. Este considerată una din cele mai importante faze ale procesului contravențional, care în practică, trebuie să recunoaștem, are o eficiență scăzută, fie că asta este din cauza frământărilor social-economice, politice din țară, fie din lipsa de mecanisme de punere în executare a lor. Nu este suficient ca agentul constatat să stabilească contravenția și să întocmească procesul-verbal, mai este nevoie ca contravenientul să fie pus la respect de autoritățile statului, în măsura în care să nu mai comită astfel de fapte. Cu regret se observă o creștere a contravenționalității pe toate palierele în rândul persoanelor tinere.

Tendințele de integrare europeană a Republicii Moldova sunt condiționate de un șir de schimbări și adaptări normative în special la capitolul XIX CC, Ordine și securitate publică, care ar presupune crearea unui sistem contravențional flexibil, în cooperare cu statele europene. Prin urmare, se conturează necesitatea elaborării unei strategii la nivel național cu privire la prevenirea, combaterea contravențiilor, care să includă atât procese de armonizarea legislației contravenționale, cât și tehnici de aplicare și funcționare a sancțiunilor contravenționale. Or, sancțiunile aplicate trebuie să-și atingă scopul propus – ocrotirea valorilor sociale stabilite prin legea contravențională, resocializarea persoanei vinovate și prevenirea săvârșirii de noi fapte contravenționale.

BIBLIOGRAFIE:

1. Hotărârea Curții Constituționale a RM nr. 7 din 26.04.2018 privind excepția de neconstituționalitate a art. 34 alin. (3), Codul contravențional. [Online] la <http://www.constcourt.md/ccdocview.php?tip=hotariri&docid=655&l=ro>, accesat la 23.11.2018.

2. Hotărârea Curții Constituționale a RM nr. 28 din 22.11.2018 privind excepția de neconstituționalitate a unor prevederi de la art. 78¹ din Codul contravențional. [Online] la <http://constcourt.md/ccdocview.php?tip=hotariri&docid=675&l=ro>, accesat la 26.11.2018.

3. Codul contravențional al Republicii Moldova din 24.10.2008.

4. Legea RM nr. 138 din 19.07.2018 privind modificarea unor acte legislative.

5. Hotărârea Guvernului RM nr. 1643 din 31.12.2003 despre aprobarea Regulamentului cu privire la modul de executare a pedepsei penale sub formă de muncă neremunerată în folosul comunității.

6. Hotărârea Guvernului RM nr. 508 din 11.05.2006 pentru aprobarea Nomenclatorului serviciilor prestate contra plată și a tarifelor la acestea.

7. Hotărârea Guvernului RM nr. 357 din 13.05.2009 cu privire la aprobarea Regulamentului circulației rutiere.

8. Hotărârea Guvernului RM nr. 493 din 14.08.2009 pentru aprobarea Regulamentului privind evidența contravențiilor în domeniul circulației rutiere și asigurarea accesului titularului permisului de conducere la informația despre punctele de penalizare.

9. Hotărârea Guvernului RM nr. 1123 din 14 decembrie 2010 privind aprobarea Cerințelor față de asigurarea securității datelor cu caracter personal la prelucrarea acestora în cadrul sistemelor informaționale de date cu caracter personal.

10. Hotărârea Guvernului RM nr. 965 din 17.11.2014 pentru aprobarea Regulamentului privind organizarea și funcționarea Sistemului automatizat de supraveghere a circulației rutiere „Controlul traficului” și modificarea Concepției Sistemului automatizat de supraveghere a circulației rutiere „Controlul traficului”.

11. Notă informativă a Ministerului Justiției al Republicii Moldova la proiectul Legii privind modificarea Codului contravențional al Republicii Moldova nr. 218-XVI din 24.10.2008. [Online] la

http://www.justice.gov.md/public/files/2018/transparenta_in_procesul_decizional/martie/27/1/NF_COD_CONT.pdf, accesat la 23.11.2018.

12. Ordinul MAI al RM nr. 145 din 25.05.2017 pentru aprobarea Regulamentului privind funcționarea Modulului E-Data „Evidența contravențiilor din domeniul circulației rutiere, a persoanelor care le-au săvârșit și a punctelor de penalizare” al Sistemului informațional automatizat „Registrul informației criminalistice și criminologice”.

13. Recomandarea nr. 16 (92) a Comitetului de Miniștri către Statele Membre referitoare la Regulile Europene asupra sancțiunilor aplicate în comunitate (adoptată de Comitetul de Miniștri în 19 octombrie 1992, cu ocazia celei de a 482-a reuniune a Delegațiilor de Miniștri), Anexa nr. 12,

14. Recomandarea nr. 22 (99) a Comitetului de Miniștri către Statele Membre ale Consiliului Europei cu privire la supraaglomerarea închisorilor și inflația

populației închisorilor (adoptată de către Comitetul de miniștri pe 30 septembrie 1999 la cea de-a 681-a adunare a reprezentanților miniștrilor), Anexa nr. 13

15. Recomandarea nr. 22 (2002) a Comitetului de Miniștri către Statele Membre privind îmbunătățirea Normelor Europene cu privire la sancțiunile și măsurile comunitare (adoptată de Comitetul de Miniștri pe 29 noiembrie 2000 la a 731-a întâlnire a reprezentanților miniștrilor.

16. Catană Neculai. Executarea sancțiunilor contravenționale în România. Teză de doctor. Academia de poliție „Alexandru Ioan Cuza” din București, 2014.

17. Furdui Sergiu. Cu privire la Codul contravențional. În: Revista „Avocatul poporului”. Nr. 1-2, 2010, p. 16-24.

18. Pap Andrei. *Drept contravențional. Culegere de hotărâri judecătorești*. Vol. III. București: Ed. Hamangiu, 2015.

CULTURA ȘI DREPTURILE OMULUI

Conf. univ. dr. Cristina OTOVESCU

Membru de Onoare al Academiei Române Constantin Bălăceanu Stolnici

Culture and human rights

Abstract

The article gives us an interdisciplinary, both juridical-political and anthropological perspective, addressing the relations between culture, contemporary society and cultural rights of peoples and ethnic groups. In anthropological and sociological thinking, culture is an ensemble of literary, artistic, philosophical, ethical values, which confer identity on a national company and differentiate it from other companies.

Keywords: *Culture; globalization; cultural diversity; Roma culture; anthropology.*

1. Considerații teoretice și prevederi legale

Procesul de globalizare a produs, printre alte efecte, și o reacție de apărare a comunităților naționale, în special de protejare a valorilor lor culturale și tradiționale, amenințate în diverse țări din lume. Globalizarea înseamnă expansiune, dar și uniformizare – fapt care a fost sesizat și criticat de diverși specialiști, politicieni, jurnaliști etc., adepți ai păstrării diversităților culturale și valorilor originale, create de un popor sau altul.

Cultura este doar una dintre dimensiunile reprezentative ale identității naționale. Alături de cultură, în ființa națională mai distingem și următoarele: limba vorbită de locuitori; cadrul natural, geografic; cadrul istoric specific; rețeaua instituțiilor de învățământ, cercetare științifică, de manifestare a credințelor religioase; mediul economic și calitatea vieții cetățenilor; conștiința apartenenței naționale; personalitățile de seamă, care au influențat cursul evoluției naționale ori au creat valori materiale și spirituale, prin care o țară se deosebește de alta¹.

¹ Adrian Otovescu, *Conservarea identității culturale în mediile de imigranți români din Europa*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Academiei Române, București, 2017, p. 78.

La nivel național, cultura este alcătuită din valori literare, științifice, artistice, filosofice, religioase, morale ș.a., consacrate și recunoscute în mod oficial, a căror circulație în societate se face îndeosebi prin intermediul învățământului și al mass-media. În realitate, descoperim că, pe lângă aceste valori culturale difuzate și general acceptate, există și valori specifice unor grupuri sociale, unor comunități etnice sau lingvistice și unor colectivități teritoriale (sate și orașe). Anumite studii și cercetări sociologice de teren ne dezvăluie că tocmai această diversitate culturală generează, în anumite circumstanțe, motive de alimentare a unor confruntări sociale ori dispute politice, în special pe tema respectării drepturilor omului.

Unii autori au analizat schimbarea ordinii globale pornind de la fenomenul migrației externe, care antrenează zeci de milioane de oameni anual, migranții purtând cu ei în noul mediu social propriile identități sau valori culturale, intrând inevitabil în contact cu majoritățile culturale și cu alte minorități culturale aflate pe teritoriul noului stat de adopție². După opinia reputatului politolog american Samuel P. Huntington, lumea va avea de suportat un conflict al civilizațiilor, care va prefigura o nouă ordine pe planetă, evoluția realităților sociale părând să confirme această teză a gânditorului menționat³. Atentatele teroriste care au avut loc în anul 2001 în S.U.A., apoi cele din anii trecuți în diverse capitale ale unor țări europene, precum Londra, Paris, Madrid ș.a., puse la cale de diverse persoane sau organizații legate de practicile fundamentalist-islamice, par să alimenteze ideea unui posibil conflict, care s-ar putea contura la scară globală între marile culturi religioase ale lumii – islamismul și creștinismul.

Pentru a prăvăli un posibil conflict al civilizațiilor pe glob, unele instituții internaționale au reacționat imediat și s-au implicat direct, prin adoptarea unor măsuri concrete. Deja se știe că, atunci când vorbim de recunoașterea identității culturale a unei națiuni, înseamnă să recunoaștem și dreptul de promovare a culturii proprii unor grupuri sociale, unor comunități etnice și lingvistice, care trăiesc pe același teritoriu național. Nerecunoașterea culturii acestora poate fi interpretată ca un atentat la identitatea și demnitatea lor. Același principiu este valabil și la nivel interstatal, pentru a nu se ajunge ca dialogul și cooperarea dintre țări să fie înlocuite cu dezbinarea și conflictul. „Experiența arată că încălcările drepturilor culturale au fost cauza multor tensiuni în și între state și au dus uneori la conflicte violente. Desigur tensiunile interculturale sunt cunoscute de secole, dar numai în ultimul timp conceptul de cultură a dobândit o semnificație politică, prin integrarea explicită a problematicii interculturale în acțiunile politice⁴”.

² A se vedea lucrarea lui Nathan Gardels, *Schimbarea ordinii globale. Văzută de marii lideri ai lumii*, Ed. Antet, București, 1998.

³ Samuel P. Huntington, *Ciocnirea civilizațiilor și refacerea ordinii mondiale*, Ed. Antet, București, 1998.

⁴ Ion Diaconu, *Cultura și drepturile omului*, Ed. Pro Universitaria, București, 2012, p. 7.

În viziunea propusă de Organizația Națiunilor Unite pentru Educație, Știință și Cultură (UNESCO), cultura este înțeleasă într-o manieră precumpănită antropologică, în sensul că este inerentă unei societăți ori unui grup social, precizându-se totodată elementele componente ale acesteia. Astfel, UNESCO a propus și adoptat o definiție a culturii, care evidențiază că este „întregul complex de caracteristici distinctive de natură spirituală, materială, intelectuală și emoțională care caracterizează o societate sau un grup social. Ea include nu numai artele și literatura, ci și moduri de viață, drepturile fundamentale ale persoanei, sisteme de valori, tradiții și credințe⁵”.

Pentru a promova principiul diversității culturale și respectarea drepturilor culturale ale grupurilor sociale și popoarelor, UNESCO a inițiat un eveniment care să atragă atenția pe întregul glob, stabilind ziua de 21 mai ca fiind Ziua mondială pentru diversitate culturală, pentru dialog și dezvoltare (World Day for Cultural Diversity for Dialogue and Development). Declarația universală privind diversitatea culturală a fost adoptată la Paris în 2 noiembrie 2001, în cadrul celei de-a 31-a sesiuni a Conferinței Generale a UNESCO, iar Adunarea Generală a ONU a validat și proclamat ziua de 21 mai ca *Ziua mondială pentru diversitate culturală, pentru dialog și dezvoltare*⁶.

Pentru început, în România s-a organizat un eveniment consacrat acestei zile în data de 19 mai 2016, care s-a desfășurat la Palatul Parlamentului. Acesta a fost organizat de Ministerul Afacerilor Externe împreună cu Camera Deputaților și Departamentul pentru Relații Interetnice, evenimentul marcând 60 de ani de când România a aderat la Organizația Națiunilor Unite pentru Educație, Știință și Cultură⁷.

După instituționalizarea Zilei mondiale pentru diversitate culturală au apărut și o serie de alte documente oficiale, care promovează dialogul și dezvoltarea interculturală a popoarelor, conviețuirea pașnică în aceeași țară a unor grupuri sociale multiculturale. Desigur, la scară globală, cea mai importantă instituție care susține asemenea obiective grandioase este UNESCO.

Evidențiem faptul că aceasta reprezintă „una dintre cele 16 agenții specializate din sistemul Organizației Națiunilor Unite (ONU), constituită la 16 noiembrie 1945 de către un număr de 20 de state care au elaborat Constituția acestui organism. România i s-a alăturat la 27 iulie 1956. În prezent, UNESCO cuprinde 195 de state membre și 10 state asociate. Sediul se află în Paris, Franța. Misiunea declarată a UNESCO este să contribuie la promovarea păcii și securității în lume prin intermediul educației, științei și culturii, în vederea consolidării cooperării internaționale, respectării drepturilor fundamentale ale omului, fără restricții de rasă, sex, limbă sau religie. În prezent, Organizația își definește strategia și activitatea în baza a 17 obiective de

⁵ <https://ro.wikipedia.org/wiki/Cultur%C4%83>.

⁶ <https://www.juridice.ro/512029/ziua-mondiala-pentru-diversitate-culturala-pentru-dialog-si-dezvoltare.html>.

⁷ *Idem.*

dezvoltare durabilă cuprinse în Agenda 2030 a UNESCO. România este un partener stabil al UNESCO în atingerea obiectivelor sale strategice, fiind un membru activ al tuturor celor șapte convenții culturale UNESCO:

- *Convenția pentru protecția bunurilor culturale în caz de conflict armat;*
- *Convenția asupra măsurilor ce urmează a fi luate pentru interzicerea și împiedicarea operațiunilor ilicite de import, export și transfer de proprietate al bunurilor culturale;*
- *Convenția privind protecția patrimoniului mondial, cultural și natural;*
- *Al doilea protocol la Convenția de la Haga din 1954 pentru protecția bunurilor culturale în caz de conflict armat;*
- *Convenția asupra protecției patrimoniului cultural subacvatic;*
- *Convenția pentru salvagardarea patrimoniului cultural imaterial;*
- *Convenția asupra protecției și promovării diversității expresiei culturale⁸.*

Dintre documente oficiale internaționale, axate pe susținerea și promovarea diversității culturale, prezentăm, în continuare, un număr de două convenții și două pacte internaționale.

◆ **Convenția asupra protecției și promovării diversității expresiilor culturale**-a fost adoptată la Paris, la data de 20 octombrie 2005. În art. 1 sunt prezentate următoarele *obiective*:

- a) să protejeze și să promoveze diversitatea expresiilor culturale;
- b) să creeze condițiile pentru îmbogățirea culturilor și interacțiunea liberă a acestora într-o manieră reciproc benefică;
- c) să încurajeze dialogul dintre culturi pentru a asigura în lume schimburi culturale mai largi și echilibrate, în favoarea respectului intercultural și a unei culturi a păcii;
- d) să cultive interculturalitatea pentru a dezvolta interacțiunea culturală în spiritul construirii de punți între popoare;
- e) să promoveze respectul pentru diversitatea expresiilor culturale și să cultive înțelegerea valorii acestora la nivel local, național și internațional;
- f) să reafirme importanța legăturii dintre cultură și dezvoltare pentru toate țările, în special pentru țările în curs de dezvoltare, și să sprijine acțiunile întreprinse la nivel național și internațional pentru a asigura recunoașterea adevăratei valori a acestei legături;
- g) să acorde recunoaștere naturii distincte a activităților, bunurilor și serviciilor culturale ca vehicule ale identității, valorilor și semnificațiilor;

⁸ <http://www.cultura.ro/unesco>.

h) să reafirme drepturile suverane ale statelor în ceea ce privește păstrarea, adoptarea și implementarea politicilor și măsurilor pe care le consideră potrivite pentru a proteja și a promova diversitatea expresiilor culturale pe teritoriile proprii;

i) să întărească cooperarea și solidaritatea internațională în spiritul parteneriatului, în special în vederea întăririi capacității statelor în curs de dezvoltare pentru a proteja și a promova diversitatea expresiilor culturale”.

În art. 2 sunt specificate *principiile directoare*: Principiul respectului pentru drepturile omului și libertățile fundamentale; Principiul suveranității; Principiul demnității egale și al respectului pentru toate culturile; Principiul solidarității și cooperării internaționale; Principiul complementarității aspectelor economice și culturale ale dezvoltării; Principiul dezvoltării durabile; Principiul accesului echitabil; Principiul deschiderii și al echilibrului.

Art. 4 prevede că „Diversitatea culturală se referă la multiplele moduri în care se exprimă culturile grupurilor și societăților. Aceste expresii sunt transmise în cadrul și între grupuri și societăți. Diversitatea culturală se manifestă nu numai prin căi variate de exprimare, sporire și transmitere a patrimoniului cultural prin intermediul varietății expresiilor culturale, ci și prin diverse moduri de creație, producție, diseminare, distribuire și utilizare artistică, indiferent de tehnologiile și de mijloacele folosite pentru acestea”.

◆ **Convenția-cadru pentru protecția minorităților naționale** – precizează în alin. 1, art. 5 că „Părțile se angajează să promoveze condițiile de natură să permită persoanelor aparținând minorităților naționale să-și mențină și să-și dezvolte cultura, precum și să-și păstreze elementele esențiale ale identităților, respectiv religia, limba, tradițiile și patrimoniul lor cultural”.

◆ **Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice** – specifică în alin. 1 art. 1 că „Toate popoarele au dreptul de a dispune de ele însele. În virtutea acestui drept, ele își determină liber statutul politic și își asigură liber dezvoltarea economică, socială și culturală”; iar în art. 27: „În statele în care există minorități etnice, religioase sau lingvistice, persoanele aparținând acestor minorități nu pot fi lipsite de dreptul de a avea, în comun cu ceilalți membri ai grupului lor, propria lor viață culturală, de a profesa și practica propria lor religie sau de a folosi propria lor limbă”.

◆ **Pactul internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale** stipulează în art. 15 că:

„1. Statele părți la prezentul Pact recunosc fiecăruia dreptul:

a) de a participa la viața culturală;

b) de a beneficia de progresul științific și de aplicațiile sale;

c) de a beneficia de protecția intereselor morale și materiale decurgând din orice producție științifică, literară sau artistică al cărui autor este.

2. Măsurile pe care statele părți la prezentul Pact le vor lua pentru a asigura deplina exercitare a acestui drept trebuie să cuprindă măsurile necesare pentru a asigura menținerea, dezvoltarea și difuzarea științei și culturii.

3. Statele părți la prezentul Pact se angajează să respecte libertatea indispensabilă cercetării științifice și activităților creatoare.

4. Statele părți la prezentul Pact recunosc urmările binefăcătoare care trebuie să rezulte din încurajarea și dezvoltarea cooperării și contactelor internaționale în domeniul științei și culturii”.

Pe plan național, problema dreptului la cultură este reglementată în art. 33 din Constituția României, care prevede următoarele:

(1) „Accesul la cultură este garantat, în condițiile legii.

(2) Libertatea persoanei de a-și dezvolta spiritualitatea și de a accede la valorile culturii naționale și universale nu poate fi îngădită.

(3) Statul trebuie să asigure păstrarea identității spirituale, sprijinirea culturii naționale, stimularea artelor, protejarea și conservarea moștenirii culturale, dezvoltarea creativității contemporane, promovarea valorilor culturale și artistice ale României în lume”.

Statul are obligația să depună toate eforturile în vederea sprijinirii vieții culturale și artistice, în concret, să ajute la editarea de carte, la promovarea literaturii, să finanțeze unele instituții culturale precum teatrele, muzeele, bibliotecile, precum și să finanțeze unele manifestări culturale⁹. „Termenul de «societate» conține în el ceea ce se cheamă rânduială, organizare și conducere”¹⁰. „Dacă drepturile și libertățile fundamentale se impun în primul rând ca limită a puterii legislative, garantarea drepturilor și libertăților în general se impune statului în ansamblu”¹¹.

În acest context teoretico-normativ și juridic, apreciem ca semnificative câteva reflecții cu caracter antropologic despre legăturile oamenilor cu mediul lor socio-cultural, despre cum se reflectă acestea în arhitectura caselor construite în diverse comunități de romi din România.

2. Despre palatele romilor

Cultura este proprie ființei umane și ea caracterizează pe *Homo sapiens sapiens*. Una din cele mai dificile probleme ale antropologiei culturale este aceea de a explica procesul de transmitere verticală, din generație în generație, a culturii.

⁹ Bogdan Adrian, *Drepturile omului. Mecanisme și instrumente naționale*, Ed. Universitaria, Craiova, 2004, p. 179.

¹⁰ R. Nițoiu, *Teoria generală a contractelor aleatorii*, Ed. All Beck, București, 2003, p. 53.

¹¹ Ion Dogaru, D.C. Dănișor, N. Popa, S. Cercel (coord. colectiv), *Bazele dreptului civil. Teoria generală*, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 87.

Cultura este un produs social. Ca și limbajul (tot un produs social) nu este posibilă decât prin faptul că encefalul nostru dispune de posibilitatea de a crea și consuma cultura. Această posibilitate este conferită de structura și de posibilitățile funcționale ale creierului uman. Din păcate, în timp ce pentru limbaj au fost identificate structurile neurale respective (din emisfera dominantă), pentru cultură nu se cunoaște o localizare exactă. Evident că rolul principal îi revine scoarței cerebrale și, din considerente de anatomie și psihologie comparată, în mod dominant lobului prefrontal (deși rudimente de activitate culturală găsim și la Homo neanderthalensis¹², al cărui lob prefrontal era redus).

Știm că structura și funcționarea tuturor componentelor organismului sunt determinate și gestionate de genom. De aceea, aprioric, se poate afirma că în determinarea culturii, în afară de factorii sociali de mediu, în general, intervin și factorii genetici, ca și în cazul limbajului, în particular. Acești factori genetici au apărut acum 200.000 de ani, odată cu genomul propriu speciei noastre. Aceasta a dus la conceptul de *coevoluție* gen-mediu¹³. Pornind de la acest model, A. Lippman a lansat conceptul de *genetizare* a culturii. Se conturează, astfel, o biologizare a culturii, care ar putea duce la o nouă frenologie, în care în loc de baze craniene ar interveni variante de ADN (alele, mutații etc.). Hărțile cromozomiale ar înlocui cele encefalice ale lui Gall, Spurzheimer ș.a. Acești factori genetici au apărut acum 200.000 de ani, odată cu genomul propriu speciei noastre¹⁴. Omul de atunci a evoluat biologic foarte puțin prin procesul de microevoluție care, printre altele, au dus la diversitatea exemplarelor umane și a grupelor populaționale.

În schimb, cultura (inclusiv tehnologiile) a evoluat triumfal. Omul modern dispune de o cultură în care se împletesc aspecte proprii generațiilor anterioare, la care se adaugă cele proprii generației actuale. Problema este de a ști cum au ajuns aspectele din trecut, aspectele ancestrale după zeci, sute sau mii de generații până în zilele noastre. Datele stocate în memoria de lungă durată a sistemului nervos nu se transmit biologic generațiilor viitoare, deoarece, cum a subliniat Weissman, celulele somatice nu transmit nimic progeniturilor, ci numai cele germinale, care nu sunt influențate de fenotip. Participarea genomului cromozomial la transmiterea culturii este exclusă, cel puțin în stadiul actual al științei, experimental și teoretic. Ceea ce se transmite ereditar este doar aptitudinea sau aptitudinile de a crea sau/și de a consuma cultură.

Transmiterea culturii, din zorii umanității și până în zilele noastre, s-a făcut atât prin procesul de învățare aleatorie, cât și prin procesul de învățare

¹² *** Neanderthal Culture <http://hoopermuseum.earthsci.carleton.ca/neanderthal/n-culture.html>.

¹³ Herbert Gintis & Gene, *Culture coevolution and the nature of human sociality*, Philos Trans R Soc Lond B Biol Sci. 2011 Mar 27; 366(1566): 878-888.

¹⁴ Simon E. Fisher, Matt Ridley, Culture, Genes, and the Human Revolution in Science, 24 May 2013: Vol. 340, Issue 6135, pp. 929-930.

sistematică/ordonată (educația empirică/ educația instituțională). *Ab initio* au fost folosite mijloacele naturale de comunicare (limbajul verbal, mimica, gesturile, limbajul corpului). Oamenii au mai învățat din propriile lor experiențe (prin contemplarea spectacolului naturii și al evenimentelor din cadrul ei) și din observarea comportamentului semenilor lor. În acest proces intervine și mecanismul imitației, mijlocit de neuronii în oglindă, descoperiți de Giacomo Rizzolatti, Giuseppe di Pellegrino, Luciano Fadiga, Leonardo Fogassi și Vittorio Gallese¹⁵.

Omul paleolitic a început să folosească desenul și pictura (de ex. frescele din peșterile franco-cantabrice), să realizeze diverse simboluri (ca cele studiate de André Leroi-Gourhan¹⁶). Talentul unora a condus la practicarea muzicii, cu ajutorul unor fluieri, instrumente de percuție, a interpretării vocale¹⁷.

Transmiterea culturii a fost revoluționată de apariția scrisului, în epoca bronzului. De acum înainte nu se mai baza, ca în culturile orale, pe memoria umană și mijloacele de comunicare arhaice. Înainte de descoperirea scrisului, în unele societăți umane erau „specialiști” care memorau textele, ce trebuiau conservate și transmise mai departe.

Rolul scrisului a căpătat o nouă dimensiune după descoperirea, în cursul Renașterii a tiparului. În fine, actualmente, am intrat într-o eră nouă, prin folosirea mijloacelor electronice de comunicare (telefon, radio, televiziune, internet).

Modelele clasice de transmitere a culturii presupun că receptorul este în stare de veghe și că procesul se realizează prin intermediul conștiinței. Hipnopedia, adică procesul care permite memorarea în cursul somnului natural sau hipnotic, nu s-a putut confirma științific.

Cu toate acestea, transmiterea culturii pe căi inconștiente a fost admisă de o serie de cercetători ai problemei. Nu este vorba de rolul inconștientului în cultură, care este o altă problemă, ci de transmiterea inconștientă a unor aspecte sau valori ale culturii de la o generație la alta. Modelul, considerat clasic, este cel al lui C.G. Jung. El descrie transmiterea în lungul șir al generațiilor umane, din preistorie până azi, a unor idei, imagini sau arhetipuri înnăscute, nu achiziționate prin învățare. Acestea ar mobila inconștientul, de unde ar acționa asupra conștientului în vise sau cazuri patologice. Asemenea arhetipuri au o dimensiune simbolică și se referă, în special, la miturile arhaice ale umanității¹⁸. Modelul lui Jung ridică problema modului cum aceste *engrams* (urme lăsate de un excitant asupra sistemului nervos central) se transmit de la o generație la alta, uneori pe intervale de secole (de zeci de

¹⁵ Rizzolatti, Giacomo; Craighero, Laila, *The mirror-neuron system* (PDF), Annual Review of Neuroscience, 2004, 27 (1): 169-192.

¹⁶ André Leroi-Gourhan, *Préhistoire de l'art occidental*, Citadelle/Mazenod, 1965.

¹⁷ *** Honibides, *La musique dans la préhistoire*, <http://www.homnides.com/html/dossiers/musique-prehistoire.php>.

¹⁸ Gerhard Adler, *Étude de la psychologie jungieneva*, Georg Genè, 1957.

generații). Jung a menționat intervenția inconștientului individual și, mai ales, a celui colectiv, fără să definească limpede aceste concepte și fără să descrie mecanismul ereditabilității arhetipurilor¹⁹.

Un exemplu, interesant pentru teza transmiterii inconștiente a unor modele, îl găsim în cultura rromilor din România. Oricine știe că, după prăbușirea regimului comunist în țara noastră, rromii înstăriți, abandonând nomadismul tradițional, și-au construit locuințe cu un aspect insolit în peisajul românesc și european. Este vorba de așa numitele *palate* ale rromilor, care se găsesc uneori izolate în localități, alteori grupate în ansambluri impresionante, ca cel din satul Buzescu (jud. Teleorman), lângă Roșiorii de Vede.

O analiză atentă a aspectului lor, ne permite să găsim elementele definitorii ale arhitecturii nobiliare din nordul Indiei, din perioada premongolă, dar mai ales din cea mongolă. Regăsim aspectul monumental, fațadele somptuos ornamentate, ferestre tip *jarokha* cu încadrări luxuriante, portaluri arcuite (*pishtak*), chioșcuri mici cu cupole rotunde (*chatri*), turnuri uneori numeroase, cupole, ornamente de ceramică, acoperișuri orientale etc. Privind comparativ imaginile palatelor rromilor români și cele ale vechilor palate din nordul Indiei, putem constata o indiscutabilă similitudine, care este greu de acceptat ca fiind doar o simplă și aleatorie coincidență.

O bună cunoscătoare a mentalității și culturii rromilor, Delia Grigore, dezvăluia faptul că: „palatul rromilor este mai mult decât o locuință, el este mai ales un element de reprezentare socială, de destigmatizare, de (re)construcție a stimei de sine și de recunoaștere în societate”. Nu trebuie să uităm că *rromii căldărari*, care au construit aceste palate, au dus secole de-a rândul o viață nomadă, care nu a fost opțiunea lor, ci un mijloc de supraviețuire într-o societate ostilă, care i-a marginalizat și umilit. Rromii s-au integrat în cultura nomadă, și-au adaptat mentalul la acest *modus vivendi*, în care comuniunea cu mediul era deplină. Nu cunoșteau dreptul de proprietate asupra pământului, ci doar sacralizarea prin ritualuri magice, preponderent apotropaice a terenului, pe care temporar își plasau *șatra*. Aceasta, totuși, nu i-a împiedecat să resimtă nomadismul ca un stigmat al marginalizării lor. De aceea, când au reușit să acumuleze sumele de bani necesare, riposta lor a fost să-și construiască palate, și nu case obișnuite, fapt care sub aspect psihologic este explicabil. Ceea ce rămâne, însă, greu de înțeles este de ce au ales modelul unor palate din nordul Indiei și nu acela al culturii în care trăiau. Au construit palate cu aspecte pe care nu le-au văzut niciodată, dar pe care le-au considerat un simbol al puterii în societate, așa cum au făcut-o generațiile care i-au precedat cu câteva secole.

Astăzi se știe că rromii din Europa provin dintr-o populație ariană, situată în nordul Indiei (Rajasthan, Haryana și Punjab²⁰). Întrucât rromii au o cultură exclusiv

¹⁹ Jung Carl, *The Gesammelte Werke 6*, Walter-Verlag, Düsseldorf, 1995.

²⁰ K. Meira Goldberg; Ninotchka Devorah Bennahum; Michelle Heffner Hayes, *Flamenco on the Global Stage: Historical, Critical and Theoretical Perspectives*, McFarland, 2015.

orală, originile lor nu se pot stabili pe baza unor documente istorice. Legendele acestora au o încărcătură iluzorie, fiind pline de fantezii. Originea lor indiană a fost precizată pe baza unor date lingvistice²¹ și genetice²². Ele confirmă că rromii de la noi provin dintr-o populație care, în Evul Mediu, trăia într-o regiune în care se construiau palatele indiene amintite. Sub presiunea invaziilor turcești, afgane și apoi mongole, rromii au migrat spre vest, ajungând în Iran și apoi în Imperiul Bizantin. Au trecut Bosforul și au ajuns în Balcani, prin secolul al XV-lea, de unde s-au pripășit și în Voievodatele române, unde mulți s-au „pricopsit” cu statutul de robi.

Rromii au adus cu ei un anumit patrimoniu cultural, pe care și l-au transmis oral, odată cu limba lor. Este foarte probabil ca, în cadrul acestui patrimoniu, să fi adus și păstrat arhetipul referitor la palatele prestigioase ale seniorilor din locurile lor de baștină, care se impuneau ca simboluri ale succesului social. Este surprinzător cum acest simbol s-a menținut în mentalul lor atâtea secole și atâtea generații – aproape 20 de generații numai în Țările Române. Este foarte greu să ne explicăm persistența unui model imagistic într-o cultură exclusiv orală și fără tradiții picturale. Evident că ipoteza lui Jung explică transmiterea modelelor arhitecturale nord-indiene medievale în rândul rromilor. Numai că ipoteza lui Jung se bazează pe conceptul de *inconștient colectiv*, care nu are însă o consistență științifică.

Pentru această surprinzătoare transmitere a unui model cultural, ca acela al palatelor din nordul Indiei, se mai poate invoca mecanismul memelor lui Dawkins²³. E vorba de o transmisie a culturii, nongenetică, prin unități de memorare a culturii numite *meme*, care s-ar replica, transmite și evolua ca și genele biologice. Ideea transmiterii modelelor arhitectonice prin *meme* a fost amplu dezvoltată de Nikos Salingaros²⁴. De asemenea, în teza ei de doctorat, arhitecta Iconica Săbăilă a demonstrat că, atunci când au migrat de pe Valea Moselei (din Luxemburgul de azi) în Banat, au adus cu ei și modele tradiționale ale locuințelor lor. Au investit sume mari de bani într-un model de case, pe care nu le văzuseră până atunci, dar le-au plăcut și le-au crezut utile pentru a transmite un semnal privind noul lor status social. Nu cred că a fost o simplă întâmplare că au ales modele arhitecturale prin care seniorii medievali din nordul Indiei își semnalau superioritatea socială, nici nu cred că a fost un capriciu individual, imitat automat. Cazul rămâne o enigmă, legată de procesele de transmisie a culturii.

²¹ David Gresham, Bharti Morar *et al.*, *Origins and Divergence of the Roma (Gypsies)*, dans *American Journal of Human Genetics*, no 69 (2001), p. 1314-1331.

²² Isabel Mendizabal; 21 others, *Reconstructing the Population History of European Romani from Genome-wide Data*, *Current Biology*, 6 December 2012, 22: 2342-2349; Sindya N. Bhanoo, *Genomic Study Traces Roma to Northern India*, *New York Times*, 2012.

²³ Dawkins, Richard, *II. Memes: the new replicators*, *The Selfish Gene*, Oxford: Oxford University Press, 1989.

²⁴ Salingaros Nikos, *Theory of Architecture*, chapter 12, *Architectural memes in a universe of information*, Umbau-Verlag, 2006.

Odată cu trecerea romilor de la nomadism la sedentarism s-a produs și o interesantă mutație cu privire la percepția lor privind dreptul de proprietate. Nomadul nu are în proprietatea lui terenul pe care își plasează cortul. Este vorba doar de o preluare temporară, fără forme juridice (uneori contracte sau înțelegeri cu cei ce dețin terenul respectiv). Nomazii au, totuși, o serie de ritualuri ancestrale, cu rol predominant apotropaic (de protejare a lor de vrăji și farmece), pe care le execută când își plasează șatra într-un anume loc. Nimic nu este întâmplător la ei. Totul este sacralizat și ritualizat.

BIBLIOGRAFIE

- Nathan Gardels, *Schimbarea ordinii globale. Văzută de marii lideri ai lumii*, Ed. Antet, București, 1998
- Samuleț P. Hutington, *Ciocnirea civilizațiilor și refacerea ordinii mondiale*, Ed. Antet, București, 1998
- Adrian Otovescu, *Conservarea identității culturale în mediile de imigranți români din Europa*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Academiei Române, București, 2017
- Ion Diaconu, *Cultura și drepturile omului*, Ed. Pro Universitaria, București, 2012, p. 7
- Bogdan Adrian, *Drepturile omului. Mecanisme și instrumente naționale*, Ed. Universitaria, Craiova, 2004
- R. Nițoiu, *Teoria generală a contractelor aleatorii*, Ed. All Beck, București, 2003, p. 53
- Ion Dogaru, D.C. Dănișor, N. Popa, S. Cercel (coord. colectiv), *Bazele dreptului civil. Teoria generală*, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2008
- Herbert GintisGene, *Culture coevolution and the nature of human sociality*, Philos Trans R Soc Lond B Biol Sci. 2011 Mar 27
- Simon E. Fisher, Matt Ridley, *Culture, Genes, and the Human*, Revolutio in Science, 24 May 2013: Vol. 340, Issue 6135
- Rizzolatti, Giacomo; Craighero, Laila, *The mirror-neuron system* (PDF), Annual Review of Neuroscience, 2004
- André Leroi-Gourhan, *Préhistoire de l'art occidental*, Citadelle/Mazenod, 1965
- Gerhard Adler, *Étude de la psychologie jungieneva*, Georg Genève, 1957
- Jung Carl, *The Gesammelte Werke 6*, Walter-Verlag, Düsseldorf, 1995
- K. Meira Goldberg; Ninotchka Devorah Bennahum; Michelle Heffner Hayes, *Flamenco on the Global Stage: Historical, Critical and Theoretical Perspectives*, McFarland, 2015
- David Gresham, Bharti Morar *et al.*, *Origins and Divergence of the Roma (Gypsies)*, dans *American Journal of Human Genetics*, no 69 (2001)

Isabel Mendizabal; 21 others, *Reconstructing the Population History of European Romani from Genome-wide Data*, *Current Biology*, 6 December 2012, 22: 2342-2349; Sindya N. Bhanoo, *Genomic Study Traces Roma to Northern India*, *New York Times*, 2012

Dawkins, Richard, *II. Memes: the new replicators*, *The Selfish Gene*, Oxford: Oxford University Press, 1989

Salingaros Nikos, *Theory of Architecture*, chapter 12, *Architectural memes in a universe of information*, Umbau-Verlag, 2006

*** Neanderthal Culture <http://hoopermuseum.earthsci.carleton.ca/neanderthal/n-culture.html>

*** Honibides, *La musique dans la prehistoire*, <http://www.hominides.com/html/dossiers/musique-prehistoire.php>

*** <https://ro.wikipedia.org/wiki/Cultur%C4%83>

*** <https://www.juridice.ro/512029/ziua-mondiala-pentru-diversitate-culturala-pentru-dialog-si-dezvoltare.html>

*** <http://www.cultura.ro/unesco>

Practică judiciară comentată

Av. Bogdan ȚENE
Baroul Dolj

Rezumat

Atunci când s-a stabilit un termen suspensiv, creditorul nu poate să facă nici un act de executare, atât timp cât termenul de plată nu este scadent, adică creditorul nu poate proceda la acte de executare silită și nici la chemarea în judecată. Termenul suspensiv nu afectează existența obligației, ci numai exigibilitatea acesteia, adică obligația, deși există, nu este exigibilă. Prin ajungerea la scadență obligația devine exigibilă din ziua următoare aceleia în care termenul s-a împlinit.

Părțile nu au stabilit plăți parțiale cu scadență distinctă, adică nu au eșalonat plata, numai într-o astfel de situație creditorul putând cere plata sumelor eșalonate, la momentul în care ar fi devenit scadente.

Cuvinte-cheie: acțiune în realizare; acțiune în constatare; obligații afectate de modalități; retragere asociat; drepturile asociatului retras

Abstract

When a standstill period has been settled, the creditor may not initiate any enforcement proceedings as long as the term of the payment is not due. The standstill period does not affect the very existence of the obligation, but the exigibility of the obligation, meaning the the obligation is valid but not due. By reaching the maturity, the obligation becomes due starting the next day the term is reached.

The parties agreed partial payments with different maturities, meaning that the parties did not agree a scheduling of the payment, in this case only the creditor may ask for each payment at the moment of its maturity.

Keywords: injunction; declaratory judgement; complex obligations; shareholder withdrawal; the rights of the withdrawn shareholder

Rezumat

Acțiune în realizare drepturi, acțiune în constatare drepturi. Obligații afectate de modalități. Termenul suspensiv. Calculul termenului suspensiv. Excepția prematurității acțiunii

Abstract

Injunction, declaratory judgement. Complex obligations. Standstill period. Period calculation. The prematurity: procedural defence

[Curtea de Apel Craiova, Secția a II-a civilă, Decizia civilă nr. 976/2016]

Prin cererea înregistrată pe rolul Tribunalului Dolj în data de 15.06.2016 reclamanta B.M. a chemat în judecată pârâta L.T. S.R.L. pentru ca prin hotărârea ce se va pronunța să se stabilească drepturile convenite reclamantei în calitate de asociat retras din L.T. S.R.L. pentru părțile sociale deținute la aceasta, în temeiul art. 226 alin. 3 din Legea nr. 31/1990, raportat la momentul retragerii reclamantei din societate, să fie obligată pârâta la plata sumei de 12.000 lei (cuanum provizoriu al pretențiilor, acesta urmând a fi modificat ulterior dacă din probele administrate în cauză ar rezulta un alt cuantum), reprezentând drepturi convenite pentru părțile sociale pe care le-a deținut în societate anterior retragerii.

În motivarea cererii, reclamanta arată că s-a retras din societatea pârâtă, retragere convenită de cele 2 asociate prin hotărârea adunării generale a asociaților (AGA) din data de 22.04.2013, părțile sociale ale reclamantei fiind cesionate către cealaltă asociată. S-a mai decis prin hotărârea AGA că pentru partea de 50% din capitalul social, reclamanta va fi despăgubită cu o sumă de bani după ce se va stabili, prin evaluări, valoarea patrimoniului. Suma urma să fie plătită după 3 ani de la data retragerii, dar nu mai târziu de 5 ani.

Instanța de fond a admis acțiunea formulată de către reclamantă, obligând pârâta la plata sumei de 251.152 lei reprezentând drepturile asociatului retras și a sumei de 9.407 lei cheltuieli de judecată.

Pentru a se pronunța astfel, instanța de fond a reținut că, potrivit art. 226 alin. (3) din Legea nr. 31/1990, drepturile asociatului retras convenite pentru părțile sale sociale, se stabilesc prin acordul asociaților ori de un expert desemnat de aceștia sau, în caz de neînțelegere, de tribunal, iar costurile de evaluare vor fi suportate de societate. Cum la momentul introducerii acțiunii, suma convenită reclamantei nu a fost stabilită, în cauză s-a dispus efectuarea unei expertize judiciare contabile, prin care s-a stabilit că suma convenită reclamantei în urma retragerii sale este de 251.152 lei.

Pârâta a arătat că expertul nu a luat în considerare voința părților, că ulterior momentului retragerii două dintre autoturismele societății au trecut în patrimoniul reclamantei, astfel că din suma ce i se cuvine trebuie scăzută valoarea autoturismelor și că în mod greșit s-a reținut de către expert că societatea avea disponibilități bănești în casierie în cuantum de 26.829 lei, în realitate acestea fiind retrase de la bancă de către reclamantă înaintea retragerii din societate.

Instanța a reținut că, pe de o parte, pârâta nu a formulat cerere reconvențională prin care să solicite obligarea reclamantei la plata sumelor ce ar fi fost încasate nejustificat sau la plata contravalorii autoturismelor, pentru ca respectivele sume să fie compensate cu cele convenite ca urmare a retragerii reclamantei din societate, iar pe de altă parte, expertul a realizat expertiza conform înregistrărilor din contabilitate, iar în casierie figurau disponibilități, astfel că pârâta nu poate invoca faptul că această sumă apare din eroare, și că la momentul ieșirii din societate, autoturismele se găseau în proprietatea societății, o eventuală înstrăinare ulterioară și neplata prețului nu prezintă relevanță în condițiile în care instanța nu a fost învestită cu o cerere reconvențională.

Împotriva sentinței Tribunalului, pârâta a formulat apel solicitând anularea sentinței și trimiterea cauzei spre judecare aceiași instanțe.

În motivarea apelului, pârâta arată că instanța de judecată nu s-a pronunțat deloc asupra excepției de prematuritate a capătului de cerere care are drept obiect obligarea pârâtei la plata drepturilor cerute de reclamantă.

Susține apelanta că prin hotărârea de ieșire din societate a reclamantei, aceasta din urmă a fost de acord să primească posibilele sale drepturi într-o perioadă cuprinsă între 3 și 5 ani din momentul semnării actului de ieșire din societate – între 3 și 5 ani din 30.03.2013, perioadă care nu s-a scurs, și că obligarea pârâtei la plata sumelor constatate prin expertiză este prematur introdus întrucât creanța va fi certă, lichidă și exigibilă la data de 22.04.2018, astfel cum cele două asociate au convenit prin hotărârea de retragere a reclamantei.

Mai susține apelanta că acțiunea promovată de reclamantă și anume de a stabili drepturile care i se cuvin la acea dată este lipsită de interes practic de vreme ce retragerea a fost actul de voință exclusiv al acesteia și în deplin consens cu cealaltă asociată.

Arată că, în mod greșit, instanța a făcut afirmația că pârâții nu au contestat evaluarea realizată, în condițiile în care pârâta a depus și susținut obiecțiuni la raportul de expertiză în care a contestat atât conținutul, cât și natura expertizei, expertul stabilind drepturile asociatului retras raportat la evaluarea întregii întreprinderi, lucru care contravine art. 226 alin. (3) teza I din Legea nr. 31/1990 și hotărârii AGA, raportat la momentul retragerii din societate – 30.03.2013.

Susține că voința părților a fost aceea de a împărți patrimoniul societății în două părți egale și că expertiza ar fi trebuit să se facă ținându-se cont de voința părților și nu de OMF 1376/2004.

Referitor la autoturismele care existau într-adevăr la momentul retragerii reclamantei în patrimoniul societății, având în vedere că proprietatea acestora a fost transmisă ulterior în patrimoniul reclamantei, suma totală pentru acestea trebuie scăzută din cuantumul de bani care i s-ar cuveni.

O altă obiecțiune se referă la disponibilitățile bănești ale societății comerciale, susținând că expertul a reținut greșit existența unor disponibilități în casierie în cuantum de 26.829 lei pentru că sumele fuseseră retrase de la bancă de către reclamantă, așadar, și această sumă trebuie să îi fie imputată tot reclamantei. Afirmatia instanței conform căreia trebuia să existe o cerere reconvențională pentru a se cere să se constate că reclamanta are dreptul la o sumă mai mică de bani este total lipsită de suport juridic, instituția compensației intervenind de plin drept.

În drept au fost invocate art. 466 și urm. C. pr. civ.

Intimata reclamantă a depus întâmpinare prin care a solicitat anularea cererii de apel, iar în subsidiar, respingerea apelului ca nefondat, cu obligarea apelantei la plata cheltuielilor de judecată.

Motivând, intimata reclamantă susține că apelanta nu a respectat dispozițiile art. 470 alin. (1) lit. a) C. pr. civ., respectiv, nu a indicat datele de identificare ale apelantei: sediu, cod unic de înregistrare, cod de identificare fiscală, nr. de înmatriculare în Registrul Comerțului și contul bancar. De asemenea a invocat excepția netimbrării cererii de recurs (?) și a solicitat anularea apelului ca netimbrat.

Pe fond, a solicitat respingerea tuturor apărărilor referitoare la relațiile dintre cele 3 societăți, din care reclamanta s-a retras, ca irelevante.

Referitor la susținerea potrivit căreia instanța nu s-ar fi pronunțat asupra excepției prematurității arată că o astfel de excepție nu a fost invocată *expressis verbis* prin întâmpinare. Și oricum, capătul de cerere în obligarea părții la plata contravalorii drepturilor sale ca urmare a retragerii nu este prematur, întrucât, potrivit hotărârii AGA, suma convenită ar trebui să fie plătită „nu mai devreme de 3 ani de la semnarea actului de retragere”, termen care s-a împlinit deci la data de 22.04.2016, iar interpretarea dată de apelantă în sensul că termenul s-ar împlini la 22.04.2018 este pur personală, contravenind voinței părților.

Mai arată că expertiza realizată în cauză este corectă și susținerile potrivit cărora voința părților a fost ca patrimoniul societății să se împartă în două sunt nefondate, iar apărarea referitoare la „excepția” compensației trebuie respinsă, deoarece nici o astfel de „excepție” nu a fost invocată prin întâmpinare, o astfel de apărare invocată direct în apel nefiind admisibilă.

Motivează intimata reclamantă că, compensația nu operează de drept, nefiind îndeplinite condițiile legale de la art. 1617 C. civ. (creanță certă, lichidă și exigibilă conform art. 663 C. pr. civ.), astfel că, pentru ca instanța să se pronunțe asupra ei, trebuie investită cu un astfel de capăt de cerere, deci printr-o cerere reconvențională, pe care părțile nu a formulat-o.

Prin decizia nr. 976/2016, Curtea de Apel Craiova a admis apelul, cu luarea în considerare a dispozițiilor art. 477 și 478 C. pr. civ., a schimbat în tot sentința, în sensul că a admis în parte acțiunea, a stabilește valoarea de 521.152 lei ca reprezentând drepturile reclamantei în calitate de asociat retras, a admis excepția prematurității și a respins capătul de cerere privitor la obligarea pârâtei la plata sumei de 251.152 lei, ca prematur formulat.

Pentru a se pronunța astfel, Curtea a reținut că prima instanță a soluționat greșit excepția de prematuritate a capătului de cerere ce are ca obiect obligarea pârâtei la plata drepturilor ce i se cuvin reclamantei.

Astfel că, potrivit dispozițiilor art. 1411 C. civ., obligația este afectată de termen atunci când executarea sau stingerea ei depinde de un eveniment viitor și sigur. Termenul poate fi stabilit de părți sau de instanță ori prevăzut de lege. Potrivit dispozițiilor art. 1412 alin. (1) C. civ., termenul este suspensiv atunci când, până la împlinirea lui, este amânată scadența obligației iar, potrivit dispozițiilor art. 1413 alin. (1) C. civ., termenul profită debitorului, afară de cazul când din lege, din voința părților sau din împrejurări rezultă că a fost stipulat în favoarea creditorului sau a ambelor părți. Potrivit dispozițiilor art. 1414 C. civ., ceea ce este datorat cu termen nu se poate cere înainte de împlinirea acestuia, dar ceea ce s-a executat de bunăvoie și în cunoștință de cauză înainte de împlinirea termenului nu este supus restituirii.

Din textele de lege invocate, Curtea reține că atunci când este vorba despre un termen suspensiv, creditorul nu poate să facă nici un act de executare, atât timp cât termenul nu este scadent, adică creditorul nu poate proceda la acte de executare silită și nici la chemarea în judecată. Termenul suspensiv nu afectează existența obligației, ci numai exigibilitatea acesteia, adică obligația deși există, nu este exigibilă. Prin ajungerea la scadență obligația devine exigibilă din ziua următoare aceleia în care termenul s-a împlinit.

Din clauza *„Această sumă va fi plătită asociatei retrase de către YY YY [asociatul rămas, n.ns.] nu mai devreme de 3 ani de la data semnării actului de retragere și nu mai târziu de 5 ani de la aceeași dată”* rezultă fără dubiu că debitoarea are la dispoziție un termen de 2 ani în care poate să facă voluntar plata, doar la expirarea acestui termen creditoarea putând să ceară executarea obligației, așa cum rezultă din textele de lege sus-redate. În acest sens este relevantă sintagma *”nu mai târziu de 5 ani de la aceeași dată”*, care indică faptul că aceasta este limita perioadei acordată debitorului pentru a efectua plata, anterior acestui moment creditorul neputând cere organelor judiciare să oblige debitorul la plată. Ori, termenul de 5 ani calculat de la data de 22.04.2013 conform dispozițiilor art. 2552 alin. (1) C. civ. se împlinește la data de 22.04.2018. Este real că apelanta nu a făcut dovada vreunei plăți în intervalul 22.04.2016 și până la data pronunțării prezentei, dar părțile nu au stabilit plăți parțiale cu scadență distinctă în cadrul intervalului de 2 ani, adică nu au eșalonat plata, numai într-o astfel de situație creditorul putând cere plata sumelor eșalonate, la momentul în care ar fi devenit scadente. Curtea constată că cererea de

chemare în judecată a fost formulată la data de 12.06.2015, moment la care termenul suspensiv nu se împlinise, iar ulterior acesta nu s-a împlinit nici până la judecata în fond și nici până la judecata în apel, astfel că excepția prematurității acestui capăt de cerere este întemeiată.

Cu privire la stabilirea cuantumului sumei cuvenite intimetei reclamante în calitate de asociat retras din societate, Curtea reține că sunt neîntemeiate criticile apelantei.

Curtea constată că prin hotărârea AGA asociații au stabilit că „3. Pentru partea de 50% din patrimoniul societății B.M. va fi despăgubită cu o sumă de bani după ce se va stabili, prin evaluări, valoarea patrimoniului societății la data de 30.03.2013” ceea ce denotă că, mai întâi, trebuia evaluat patrimoniul societății la data de 30.03.2013 și după aceea, stabilită valoarea cotei de 50 % ce se cuvine asociatului retras, așa cum de altfel s-a și procedat de către expert.

Cu privire la criticile vizând nescăderea din suma cuvenită reclamantei a contravalorii autoturismelor, Curtea apreciază că sunt neîntemeiate, având în vedere că prin întâmpinarea depusă la judecata în fond, pârâta nu a invocat o eventuală desocotire parțială a asociaților sau vreo compensație, aceste aspecte fiind invocate pentru prima oară în apel. Constată că, în mod eronat, pârâta susține că ar fi operat compensația reglementată de art. 1616 și 1617 C. civ., în condițiile în care operațiunea menționată în facturi reflectă o vânzare-cumpărare al cărei preț a fost achitat de cumpărător, ceea ce denotă că apelanta pârâtă nu avea o creanță certă, lichidă și exigibilă asupra reclamantei care să poată pune în discuție o eventuală compensație, în condițiile legii. Susținerea că respectiva operațiune juridică nu ar reprezenta o vânzare-cumpărare, precum și susținerea privind greșita luare în considerare de către expert a disponibilităților bănești, fiind formulate pentru prima dată în apel și cu privire la care nu s-a formulat cerere reconvențională în primă instanță, nu pot fi primite, având în vedere dispozițiile art. 478 alin. 3 C. pr. civ., conform căruia în apel nu se poate schimba calitatea părților, cauza sau obiectul cererii de chemare în judecată și nici nu se pot formula pretenții noi.

Comentariu:

Deși hotărârea vizează mai ales analiza obligațiile afectate de termen, comentariul de mai jos se concentrează pe natura acțiunii în stabilirea drepturilor asociatului retras reglementată de dispozițiile art. 226 alin. 3 din Legea nr. 31/1990.

Doctrina clasifică cererile în justiție, raportat de scopul urmărit de reclamant, în cereri în realizarea dreptului, cereri în constatarea drepturilor și cereri în constituire de drepturi¹.

¹ V. Mihaela Tăbârcă, *Drept procesual civil. Vol. 1 – Teoria generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 241 și urm.; Gabriel Boroș, Mirela Stancu, *Drept procesual civil*, Ediția a 2-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 51 și urm.

Cererile în realizare (denumite și în executare sau în condamnare), reglementate de prevederile art. 30 alin. 1 C. pr. civ., sunt cele prin care reclamantul urmărește condamnarea pârâtului, respectiv ca instanța să oblige pârâtul să dea, să facă sau să nu facă ceva, specificul acestora fiind acela că hotărârea pronunțată este susceptibilă de pus în executare, constituind deci titlu executoriu.

Cererile în constatarea dreptului (denumite și în recunoașterea sau confirmarea dreptului), reglementate de art. 35 C. pr. civ., sunt cele prin care reclamantul urmărește constatarea unui drept al său sau constatarea inexistenței unui drept împotriva sa, nefiind deci susceptibile de pus în executare².

Cererile în constituire de drepturi (denumite cereri în transformare) sunt cele prin care reclamantul cere aplicarea legii la anumite fapte în scopul de a crea o situație juridică nouă între părți, exemplul cel mai facil fiind acțiunile de divorț.

Raportat la obiectul acțiunii analizate, această ultimă categorie este exclusă a fi incidentă în speță, astfel că discuțiile le vor viza pe primele două.

În concret, se pune întrebarea dacă prevederile art. 226 alin. 3³ din Legea nr. 31/1990 reglementează o acțiune în realizarea de drepturi sau una în constatare, chiar dacă doctrina vorbește despre o „acțiun[e] pentru stabilirea drepturilor sale de retragere”⁴ sau, sec, despre „**dreptul la acțiune pentru valorificarea eventualelor pretenții izvorâte din acordul de voință**”⁵. Având în vedere criteriul de clasificare la care ne raportăm, respectiv scopul urmărit de reclamant, nu credem că alin. 3 al art. 226 citat reglementează o acțiune *sui generis*, aparte de cele trei enumerate. Prin urmare, această acțiune de stabilire a drepturilor asociatului retras nu poate fi decât o acțiune în realizarea drepturilor asociatului împotriva societății.

Legea nu reglementează în mod expres natura drepturilor cuvenite asociatului retras, respectiv drept de creanță sau drept real asupra bunurilor societății, proporționale cu participarea acestuia la capitalul social. Dacă în cazul asociatului exclus, legea prevede în mod expres⁶ că i se cuvine o sumă de bani, și nu bunuri ale societății, în cazul retragerii nu mai există o atare prevedere, ci art. 226 alin. 3 lasă pe seama asociațiilor sau pe seama instanței, în caz de neînțelegere între aceștia, modalitatea de desocotire între societate și asociatul retras.

² C.S.J., s.civ., dec. nr. 3107/1994, în B.J.1994, p. 85, *apud* Gabriel Boroi, Mirela Stancu, *idem*.

³ Art. 226 alin. 3: Drepturile asociatului retras, cuvenite pentru părțile sale sociale, se stabilesc prin acordul asociațiilor ori de un expert desemnat de aceștia sau, în caz de neînțelegere, de tribunal. Costurile de evaluare vor fi suportate de societate.

⁴ Ioan Schiau, Titus Prescure, *Legea societăților comerciale nr. 31/1990. Analize și comentarii pe articole*, Ediția a 2-a, revăzută, adăugită și actualizată, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 604

⁵ St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, *Legea societăților comerciale. Comentariu pe articole*, ediția 3, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 712

⁶ Art. 224 alin. 2 din Legea nr. 31/1990: Asociatul exclus nu are dreptul la o parte proporțională din patrimoniul social, ci numai la o sumă de bani care să reprezinte valoarea acesteia

În speță, că este vorba despre drept de creanță, reiese din actul de voință al asociaților care, în hotărârea AGA din 30.03.2013, că asociatul retras va fi despăgubit cu o sumă de bani ce se va stabili prin evaluări.

Pe de altă parte, caracterul de acțiune în realizarea dreptului, în speță de creanță, reiese din interpretarea teleologică a prevederilor art. 226 alin. 3 citat. Din formularea „Drepturile asociatului retras... se stabilesc prin acordul asociaților... sau, în caz de neînțelegere, de tribunal”, rezultă că asociații sunt cei care stabilesc bunurile sau, în speță, quantumul sumelor cuvenite asociatului retras, iar, în caz de neînțelegere, instanța de judecată. În prima situație, când părțile se înțeleg, aceștia vor stabili atât bunurile și/sau quantumul sumelor, dar și modalitatea și termenele concrete de plată. *Per a contrario*, în caz de neînțelegere, instanța trebuie să stabilească deci atât bunurile și/sau sumele, cât și faptul că acestea **trebuie** plătite asociatului retras. Instanța apare a o modalitate ultimă și subsidiară în stabilirea contradictorie a drepturilor asociatului retras, și anume doar după ce negocierile dintre părți au eșuat. Existând deci dezacord cu privire la drepturile asociatului retras, dezacord care se traduce, în practică, ca refuz de despăgubire, instanța este cea care trebuie să dea posibilitatea și căile legale necesare asociatului retras de a-și obține sumele de bani ce i se cuvin, evident printr-o hotărâre judecătorească de condamnare, respectiv de realizare a dreptului de creanță, susceptibilă de a fi pusă în executare, astfel încât să se înfrângă refuzul celui alt/celorlalți asociați rămași în societate de despăgubire a celui retras. Cu alte cuvinte, interesul asociatului retras care se adresează instanței de judecată este acela de a primi ce i se cuvine de la societate urmare a retragerii cu concursul forței coercitive a statului, în lipsa unei înțelegeri amiabile cu foștii asociați/societatea în această privință, scopul, în înțeles procesual, fiind acela de a obține în mod efectiv mărirea patrimoniului său cu drepturile recunoscute de lege. Așa fiind, o acțiune în constatarea dreptului de creanță al asociatului retras împotriva societății ar fi lipsită de interes, atât timp cât aceasta nu este susceptibilă de pus în executare, hotărârea nefiind titlu executoriu.

Revenind la decizia comentată, se observă că instanța de apel, apreciind că este investită cu două capete de cerere distincte, a dispus stabilirea valorii drepturilor reclamantei asociat retras, și a respins capătul de cerere privind obligarea societății la plata acestei sume.

A admite ipoteza că este vorba despre două capete de cerere distincte – respectiv stabilirea drepturilor cuvenite urmare a retragerii și obligarea pârâtei la plata sumei de bani echivalentul acestor drepturi, ar echivala cu investirea instanței cu două capete de cerere ce se exclud unul pe celălalt: o cerere în constatarea dreptului și o cerere în realizarea dreptului. Or. tocmai acest lucru a făcut instanța, când admitând apelul, a admis cererea în constatarea drepturilor cuvenite retragerii, însă a respins cererea în obligarea pârâtei la plata acestor sume, adică o cerere în realizarea dreptului.

Este evident că prin exprimarea „respinge capătul de cerere privind obligarea pârâtei la plata sumei de 251.152 lei” în contradicție implicită cu formula „Stabilește valoarea de 251.152 lei ca reprezentând drepturile reclamantei în calitate de asociat retras”, instanța a înțeles în mod expres să lase fără putere executorie hotărârea judecătorească, cu aceasta acceptând și impunând ca modalitate de interpretare a celeilalte părți din dispozitiv: „stabilește valoarea de 251.152 lei ca reprezentând drepturi (...)” ca fiind în sensul constatării dreptului de creanță cuantificat tot la suma de 251.152 lei. O altă interpretare este exclusă, conform principiului *tertio non datur*.

În aceeași ordine de idei, o acțiune în constatarea dreptului trebuie respinsă ca inadmisibilă în prezența posibilității promovării unei cereri în realizarea dreptului, conform art. 35 C. pr. civ. De aici rezultă fără dubiu de interpretare că nu poate fi respinsă, nu ca inadmisibilă, prin aceeași hotărâre, o cerere în realizarea unui drept de creanță și admisă cererea în constatarea aceluiași drept.

În concluzie, considerăm că art. 226 alin. 3 reglementează, deși nu numește în mod expres, o acțiune în realizarea de drepturi a asociatului retras, îndreptată împotriva societății, ca debitoare a obligației de plată.

ARBITRABILITY OF DISPUTES AND JURISDICTION OF ARBITRATORS

Av. *Sofia Elena COZAC*
Baroul București

„What restraints may exist on the arbitrability of disputes?
Under which law may such issue be raised?
How should such a challenge to the arbitrator’s jurisdiction be resolved?”

1. Arbitrability of Disputes

1.1 Definition of Arbitrability

In order for arbitration agreements to be effective, they must be concluded with the valid consent of the parties. However, arbitration agreements must be also lawful. The lawfulness of arbitration agreements has two aspects:

(i) First, the agreement must be entered by parties which are entitled to submit their disputes to arbitration (*subjective arbitrability or arbitrability ratione personae*); and

(ii) Second, the agreement must relate to a subject matter which is capable to be resolved by arbitration (*objective arbitrability or arbitrability ratione materiae*)².

The term *arbitrability* is generally used in the narrow sense to describe disputes which are capable of being resolved by arbitration³.

1.2 Applicable Law for Determination of Arbitrability of Disputes

1.2.1 Applicable Law for Determination of Arbitrability in case of Subjective Arbitrability

Where a party to a state contract – whether the state or a state-owned entity – is challenging the arbitration agreement, the choice of law method gives rise to a

¹ Subjective arbitrability concerns in particular the entitlement of states and public entities to submit their disputes to arbitration.

² Fouchard, Gaillard, *Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, pp 312-313.

³ In the broad sense, *arbitrability* is used to describe the existence and validity of the parties’ consent to arbitration – see Fouchard, Gaillard, Goldman, *op. cit.*, pp. 312.

particular delicate question: is this a matter of the party's capacity to enter the arbitration agreement, or is it a matter of arbitrability?

If the issue is considered to be one of capacity, in civil law countries the national law of the party in question will be applicable, and in common law countries, the law of the party's domicile.

However, the international arbitration principles regard this as an issue of arbitrability. It is now firmly established that states and state-owned entities cannot rely on restrictive provisions of their own law in order to challenge the validity of an arbitration agreement in which they unreservedly entered.

This principle is provided in: (i) international conventions⁴; (ii) international arbitral case law and in (iii) non-binding provisions expressing the consensus of the international legal community⁵.

In international arbitration case law, the *Galakis*⁶, *Gatoil*⁷ and *BecFères*⁸ decisions are reference decisions in the subject matter, ruling in favour of the principle that the state cannot contradict itself to the detriment of others. Instead of applying the national law of the state party to the arbitration, the tribunals have ruled that the rules of international commerce shall apply⁹.

Furthermore, the arbitration case law has stated that the question of the state's capacity to enter an arbitration agreement is a matter of public policy¹⁰, and not a matter of national law. Consequently, the position of entity's domestic law is irrelevant.

⁴ The European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961 provides in Article II – „*Right of Legal Persons of Public Law to Resort to Arbitration*”, paragraph 1, that „*In cases referred to in Article I, paragraph 1 [i.e. arbitration agreements and awards for the scope of the Convention], of this Convention, legal persons considered by the law which is applicable to them as „legal persons of public law” have the right to conclude valid arbitration agreements.*”; See also the 1956 Washington Convention establishing the ICSID.

⁵ Resolution on Arbitration between States, State Enterprises or State Entities and Foreign Enterprises of September 1989, Institute of International Law, Article 5.

⁶ Cass 1e civ., 2 May 1966 *Tresor Public v. Galakis*, JCP Ed. G., Pt.II, No. 14,798 (1966) – The prohibition does not apply “*to an international contract entered into for the purposes and in accordance with the usages of maritime commerce*”.

⁷ „*International public policy ...[prohibited] NIOC from availing itself of restrictive dispositions in its national law to withdraw a posteriori from the arbitration to which the parties agreed;... Similarly, Neither can Gatoil base its objections to the capacity and powers of NIOC upon the dispositions of Iranian law since international public policy is not concerned by conditions set in this domain in the integral legal order*”. - CA Paris, 17 December 1991, *Gatoil v. National Iranian Oil Co.*, 1993 Rev. Arb. 281.

⁸ CA Paris, 24 February 1994, *Ministeretunisien de léquipement v. BecFeres*, 1995 Rev. Arb. 275.

⁹ 17 October 1987, *BEC-GTAF v. Etat Tunisien*, 1988, Rev. Arb. 732.

¹⁰ ICC award no. 4381 (1986), *French Company v. Iranian Company*.

1.2.2 Applicable Law for Determination of Arbitrability in case of Objective Arbitrability

When examining the objective arbitrability the courts must apply their conception on international public policy.

Arbitrators dealing with this issue will apply the requirements of genuinely international public policy, subject to considerations of enforceability of their award.

1.2.2.1 Arbitrability under the International Conventions

The New York Convention provides for the law of arbitrability only from the prospective of enforcement of the award. Article (V)(2)(a) provides that an award may not be enforceable if the subject matter of the dispute is not arbitrable under the law of the country where the award is enforced.

The New York Convention does not contain a rule as to what law governs the arbitrability at the pre-award stage.

The arbitral tribunals have applied different criteria depending whether the issue has arisen at the pre-award stage, or at the enforcement stage. In the case *Company M v. M SA*¹¹, the tribunal considered that if the issue of arbitrability arises at the pre-award stage, the applicable law is that of that governing the arbitration agreement, whereas if the issue arises at the enforcement stage, the law of the state in which the enforcement takes place shall be applicable.

The courts have generally applied national law when deciding on issues of arbitrability¹². Other courts, have applied the provisions of article (V)(2)(a) of the New York Convention.

The practice of national courts determining arbitrability according to their own law¹³ is also supported by Article VI (2) of the European Convention, which provides that the courts may refuse recognition if under the law of their country the dispute is not capable of settlement by arbitration.

1.2.2.2 Arbitrability in the Arbitration Practice

When confronted with the problem of determining the arbitrability of disputes, arbitral tribunals have taken different approaches, especially since article (V)(2)(a) of the New York Convention is primarily directed to courts of law.

¹¹ Cour d'appel Bussel, 4 October 1985, *Company M v. M SA*, XIV YBCA 618 (1989).

¹² Belgium, Tribunal de Commerce, Brussel, 20 September 1999, *Maternaco SA v. PPM Cranes Inc et al*, XXV, YBCA 673 (2000) 675.

¹³ See Corte di Appello Genoa, 7 May 1994, *Fincantieri Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara SpA v. Ministry of Defence, Armament and Supply Directorate of Iraq, Republic of Iraq*, 4 Riv Arb 505 (1994) XXI YBCA 594 (1996) – where the court decided that the arbitrability issue must be interpreted in accordance with Italian law since this issue directly affects the jurisdiction.

Eight different approaches have been suggested in arbitration practice and scholarly writing¹⁴: (1) the national law of the parties, or of one of them, (2) the law of the contract; (3) the law of the seat of arbitration, (4) the law of the country competent to handle the dispute in absence of an arbitration clause, (5) the law of the country where the award is most likely to be enforced, (6) the law of the arbitration agreement, (7) a combination of laws under 1.-6. above and (8) common and fundamental principles of law, applying a denationalized approach.

In the majority of cases, however tribunals determine the arbitrability of a dispute on the basis of the provisions of the place of arbitration¹⁵. If the dispute is not arbitrable according to the law of the place of arbitration, the award will be open to setting aside procedures in that country and its enforcement may be excluded in another country.

1.3 Restraints on Objective Arbitrability of Disputes

There are certain types of disputes which have been rendered by arbitral tribunal as „*non-arbitrable*”. The main categories shall be analyzed below.

1.3.1 Matters which do not Involve an Economic Interest and Inalienable Rights

It is well established in the arbitration practice that only monetary claims are arbitrable. Thus, questions such as personal status and capacity, divorce or judicial separation, may not be referred to arbitration.

In general, inalienable rights do not involve an economic interest, and are consequently not arbitrable. However, in different jurisdictions, the notion of inalienable rights may include rights that could be arbitrable, therefore the notion of inalienable rights should be replaced with a list of matters which are considered as non arbitrable.

1.3.2 Antitrust Claims

As a general rule, the arbitral case law has consistently confirmed the arbitrability of disputes involving antitrust claims¹⁶. Such disputes are non-arbitrable only where the arbitrator is asked to make a decision over which the public authorities have sole jurisdiction under applicable rules. This is the case for example

¹⁴ D.M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan M. Kroell, *Comparative International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer Law 2003 pp. 196.

¹⁵ There have been cases in which arbitrators have avoided a definitive decision where disputes were arbitrable according to all possibly applicable laws (see Blessing, *Arbitrability of Intellectual Property Disputes*) 12 Arb int 191 (1996) 192. An alternative view maintains that arbitrators should determine arbitrability on the basis of a genuinely international public policy.

¹⁶ Italian company v. French company, 106 J.D.I. 984 (1979).

with decisions under article 85, paragraph 3 of the Treaty of Rome for Establishing of the European Community.

1.3.3 Bankruptcy or insolvency proceedings

Bankruptcy proceedings, respectively insolvency proceedings are usually in the exclusive jurisdiction of the national courts and the arbitration proceedings should be suspended once these proceedings are opened against one of the parties¹⁷.

However, there have been cases in which arbitrators have ruled that the arbitral arbitration proceedings may be conducted, even if one of the parties is under bankruptcy¹⁸.

Within this context, it will be for the arbitral tribunal to determine whether the arbitral proceedings shall be suspended. In many arbitration cases the ICC arbitration practice has proceeded with arbitration notwithstanding the pendency of insolvency proceedings involving one of the parties (even in the case of monetary claims)¹⁹. In other cases, the procedures were suspended due to the insolvency proceedings²⁰.

1.3.4 Intellectual Property Rights

As a general rule, it should be drawn a distinction between: (i) disputes concerning the existence, or validity of intellectual property rights, which are non arbitrable and (ii) disputes concerning the performance of contracts, particularly licensing agreements, relating to patents or trademarks, which are arbitrable²¹.

¹⁷ In accordance with Article 36 of the Romanian insolvency Law no.86/2006 („**Law no. 86**”), „*at the date of the opening of insolvency proceedings against a debtor, any judicial and extra-judicial proceedings for the recovery of receivables against debtors shall be suspended*”. However, Law no. 86 does not make a specific reference to arbitration proceedings. Following the commencement of the insolvency proceedings, the judicial administrator will notify all courts of law from the jurisdiction in which the debtor has its headquarters.

¹⁸ Further, the European Council Regulation no. 1346/2000 with respect Insolvency Proceedings in the European Union, Article 15, provides that the suspension of pending lawsuits against a debtor under insolvency proceedings shall be exclusively provided by the national law of such debtor.

¹⁹ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Volume 1, pp. 814-815.

²⁰ However, it should be envisaged, that an arbitral award which is rendered by disregarding the imperative provisions of applicable law in the field of insolvency may be, at a later stage, either challenged or refused upon enforcement based on the infringement of the public policy (ordre public) rules.

²¹ See ICC award in case no. 6709 of 1991, in ICC Bulletin, Vol. 5 no.1 at 69 (1994) – „*Article 68 of the French statute of January 2, 1968 gives the national courts exclusive jurisdiction over disputes involving public policy, i.e. the issuance, cancellation or validity of patents...; yet it is nevertheless clear that disputes related to the exploitation of a patent remain beyond doubt arbitrable*”.

1.3.5 Bribery and Corruption

Although in the past the arbitration practice has admitted in several cases that disputes related to corruption or bribery are non-arbitrable²², the recent case law generally admits the arbitrability of such disputes²³. Thus, where allegations of corruption are proven, the contracts will be held void. This approach protects the interests of the involved companies and seeks to ensure that international commerce retains a certain degree of morality.

1.3.6 Embargoes

The view that disputes concerning embargoes imposed by the international community to a third country are non-arbitrable is now outdated and such disputes are generally considered arbitrable²⁴.

There are several other types of disputes which have been analyzed by the arbitration case law from the perspective of their arbitrability and have generally been considered as arbitrable. These include: taxation disputes, investment contracts relating to infrastructure and natural resources, securities transactions or exclusive sale concessions.

1.4 The arbitrator's Duty to Raise *ex officio* Issues of Arbitrability

Although in the majority of the disputes the arbitrability of the case is raised by one of the parties, the predominant view is that arbitrators have the duty to analyze the arbitrability of disputes and deny jurisdiction if the matter is not arbitrable²⁵.

2. Jurisdiction of Arbitrators

The arbitration agreement empowers the arbitral tribunal to make a decision resolving a dispute which the parties are obliged to submit to it.

²² See ICC award in case no. 116 of 1963 where judge Gunnar Lagergren denied jurisdiction on grounds that „*parties who ally themselves in an enterprise of the present nature must realize that they have forfeited any right to ask for assistance of the machinery of justice (national courts or arbitral tribunals) in settling their dispute*”.

²³ Court of Justice of the Geneva Canton, 17 November 1989, Hilmarton v. OTV, 1993 Rev. Arb. 315.

²⁴ See ICC case no. 6719 of 1994: „*The mere fact that the nature of the dispute may lead the arbitrator to apply various rules of law implicating public policy does not mean that the dispute becomes non-arbitrable as a result. The arbitrator must comply with the rules of international public policy, but he need not decline jurisdiction*”.

²⁵ This conclusion has been confirmed by Judge Lagergren in the ICC Case 110, *Argentine engineer v. British company*, 3 Arb. Int. 282 (1987), with note Wetter, 10 Arb Int 277 (1994), XXI, YBCA 47 (1996). In this case the judge stated that he could not, „*in the interest and due administration of justice avoid examining the question of jurisdiction*” on his own motion.

On the basis of the arbitration clause, the arbitrators have jurisdiction to determine their own competence. This principle is known as the „*competence-competence*” principle.

2.1 Solving the Challenging of the Arbitrators’ Jurisdiction

If the jurisdiction of the arbitral tribunal is challenged by one of the parties before the arbitral tribunal, in view of the *competence-competence* principle, the arbitral tribunal will rule upon its competence.

This principle is recognized by the international arbitration practice, as well as by the international conventions, such as the New York Convention (Article V, paragraph 3) or the ICSID Convention (Article 41).

The solving of the challenge of the jurisdiction may be performed through a preliminary award on jurisdiction, or may be included in the final award which includes the solving of the dispute on the merits.

It is debatable in the arbitration practice whether the preliminary award may be challenged before the national courts. However, the final award may be challenged upon enforcement or through a setting aside claim for lack of jurisdiction. Such claim will be raised before the national courts.

ARBITRATION TRIBUNALS AND REFERRALS FOR PRELIMINARY RULINGS TO THE CJEU

*Av. Andra Camelia IONESCU
Baroul București
International Arbitration LLM*

Rezumat

Arbitrajul devine din ce în ce mai atractiv în rândul comercianților ca mecanism alternativ instanțelor naționale în soluționarea litigiilor internaționale. Astfel, este inevitabil ca la un moment dat un tribunal arbitral să se confrunte cu aplicarea legislației europene. Dacă aceste tribunale se pot adresa Curții Europene de Justiție („CJUE”) în vederea pronunțării unei hotărâri preliminare a fost în dezbateri timp de decenii și este în continuare. De ce are nevoie un tribunal arbitral pentru a fi considerat „instanță” în sensul art. 267 TFUE vedea în cele ce urmează.

Cuvinte-cheie: hotărâre preliminară; tribunal arbitral; instanță; art. 267 TFUE; CJUE.

Abstract

Arbitration is becoming more and more attractive among businesses as an alternative mechanism to national courts in solving international disputes. It is thus inevitable that at some point an arbitral tribunal will be faced with applying European legislation. Whether such tribunals can refer to the European Court of Justice („CJEU”) for preliminary ruling has been under debate for decades, and still is. What an arbitral tribunal needs in order to be considered „court” in the meaning of art. 267 TFEU is presented in the following.

Keywords: preliminary ruling; arbitral tribunal; court; art. 267 TFEU; CJEU.

I. Introduction

The meaning of the word „court or tribunal” within the provisions of article 267 of the Treaty of the Functioning of the European Union (hereinafter „TFEU”) has made the object of numerous judgements of the Court of Justice of the European Union (hereinafter „CJEU”).

At first, the question was that of what is the main criteria on establishing whether a body of a Member State is a „court” in the meaning of the TFEU. As international arbitration began to spread, the need of establishing whether an arbitral tribunal can be considered as a „court” in the meaning of the TFEU arose as well.

In the beginning, by its very first decision involving an arbitral tribunal, in the *Vaassen-Göbbels* case, ruled on in 1966, the Court held that by meeting the established criteria, such tribunals can be found as being a „court or tribunal” within the provisions of art. 267 TFEU.

Later, in 1982, by the judgement rendered in the *Nordsee* case (102/81)², the Court made a distinction between „state-organized” and „consensual” arbitral tribunals, thus ruling against the inclusion of the „consensual” arbitral tribunals within the scope of „courts” competent to request preliminary rulings.

On this occasion, the Court held that: *„If in the course of arbitration resorted to by agreement between the parties questions of community law are raised which the ordinary courts may be called upon to examine either in the context of their collaboration with arbitration tribunals or in the course of a review of an arbitration award, it is for those courts to ascertain whether it is necessary for them to make a reference to the court of justice under article 177³ (now article 267 TFEU).*

However, in light of two recent preliminary rulings the Court, *Merck Canada* (Case C-555/13)⁴ and *Ascendi* (Case C-377/13)⁵, both ruled on in 2014, the position of the Court seems to pave the way for closer cooperation between arbitration tribunals and the Court when it comes to the interpretation of EU law.

Of course, what needs to be mentioned is that not any arbitral tribunal is considered „court” in the meaning of art. 267 TFEU. From a combined reading of the *Merck Canada* and *Ascendi* judgments, it appears that only Investor-State

¹ Case 61/65, *G. Vaassen-Göbbels v Management of the Beambten fondsvoorhet Mijnbedrijf*, CJEU, [1966] ECR 262.

² Case 102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei v Reederei Mond Hochseefischerei Nordsternand Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern*, CJEU, [1982] ECR 1095.

³ *Idem*.

⁴ Case C-555/13, *Merck Canada Inc. v Accord Healthcare Ltd and Others*, CJEU, [2014].

⁵ Case C-377/13, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA v Autoridade Tributária e Aduaneira*, CJEU, [2014].

Dispute Settlement (ISDS) arbitration panels acting under a Bilateral Investment Treaty (BIT) of a Member State where the claimant investor had the alternative option to bring its case to a state court in a Member State qualify. The motives of the Court are not short of being criticized.

Furthermore, we will analyze this evolution of the case-law of the Court with regards to the different based arbitral tribunals and their related (or not) competence to submit requests for preliminary rulings.

II. The beginning

Art. 267 TFEU provides that:

„The Court of Justice of the European Union shall have jurisdiction to give preliminary rulings concerning:

- a. the interpretation of the Treaties;*
- b. (b) the validity and interpretation of acts of the institutions, bodies, offices or agencies of the Union;*

Where such a question is raised before any court or tribunal of a Member State, that court or tribunal may, if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment, request the Court to give a ruling thereon.

Where any such question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the Court.

If such a question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State with regard to a person in custody, the Court of Justice of the European Union shall act with the minimum of delay⁶.

Based on this wording, in its very first ruling on a matter involving a reference from an arbitral tribunal, the *Vaassen-Göbbels*⁷ case, ruled on in 1966, the Court held in favour of the admissibility of the reference from the arbitration court of the pension fund for non-manual workers employed in the mining industry in the Netherlands by finding that:

(i) the parties to the arbitration were bound to take any disputes amongst themselves to the „Scheidsgerecht” because that tribunal had compulsory jurisdiction in the settlement of disputes between the health insurance provider in question and its insurers;

(ii) that the tribunal was established under Dutch law and so existed and operated pursuant to a statute;

⁶ Former art. 177EEC.

⁷ Case 61/65, *G. Vaassen-Göbbels v Management of the Beambten fonds voorhet Mijnbedrijf*, CJEU, [1966] ECR 262.

- (iii) that it was permanent in nature;
- (iv) that it was bound to adhere to rules of adversarial procedure similar to those used by ordinary courts; and
- (v) that public authorities were involved in the arbitration procedure since the members of the tribunal were appointed by the Dutch minister responsible for the mining industry.

Based on the setcriteria, in the famous *Nordsee* case, the Court drew a distinction between „state-organized” and „non-statutory” arbitral tribunals and concluded that private arbitral tribunals constituted by arbitration agreement do not have the right to ask for preliminary rulings.

Even though CJEU found that the arbitration in question had a number of features in common with the arbitration in the *Vaassen-Göbbels* case, such as the obligation to rule according to the law and that the decision of the arbitrator had *res judicata* effect and was enforceable, these characteristics were considered not enough to qualify tribunals established by arbitration agreement as „courts or tribunals of a Member State” under (then) Article 177EEC⁸. The reasons given were that (i) „*the parties were free to leave their disputes to be resolved by the ordinary courts or to opt for arbitration*” and (ii) „*that the german public authorities are not involved in the decision to opt for arbitration nor are they called upon to intervene automatically in the proceedings before the arbitrator*”⁹.

The effects of this decision, respectively that of refusing to acknowledge a „consensual” arbitral tribunal as a „court” within the meaning of art. 267 TFEU, have a dark side nonetheless, creating situations of serious uncertainty for arbitrators and for the parties involved, especially since there is a possibility for annulment or enforcement proceedings in the courts of a Member State of the European Union. This was clearly shown in the *Eco Swiss v. Benetton*¹⁰ case.

In front of the Dutch courts, called for in the annulment proceedings of the arbitral award by Benetton, the claimant argued for the first time that, because of the market-sharing arrangement, the licensing agreement might infringe the prohibition of cartels under what is now art. 101 TFEU. Finally, the HogeRaad, the Supreme Court of the Netherlands, referred the case to the Court of Justice. The HogeRaad considered that the arbitrators might have gone beyond the ambit of the dispute, if they had inquired into and ruled on the question of an infringement of competition law; consequently, the award would have been open to annulment because they would have failed to comply with their terms of reference. The HogeRaad observed further that under Dutch arbitration law only a limited

⁸ Case 102/81, *Nordsee*, para. 10.

⁹ *Idem*, para. 11 and 12.

¹⁰ Case C-126/97, *Eco Swiss v Benetton*, CJEU, [1999] ECR I-3055.

number of grounds for annulment were available, one reason being that an award is contrary to public policy. The Court asked whether an infringement of what is now Article 101 TFEU constituted such a ground for annulment¹¹.

The Court concluded that the national court of a Member State which would annul an arbitration award that is contrary to the national rules of public policy must also order that annulment where the award is found to infringe what is now Article 101 TFEU. It stated that: *the provisions of art. 85 of the Treaty (now art. 101 TFEU) may be regarded as a matter of public policy within the meaning of the New York Convention*¹².

Thus, the *Eco Swiss* ruling has given rise to considerable uncertainty, opening a gateway for EU law to be used as a yardstick in annulment and recognition proceedings in the courts of Member States.

Since the impact of EU law on contractual relationships between private parties has increased considerably in the last decades due to a growing number of regulations and directives now influencing main aspects of contract law, uncertainty threatens the smooth resolution of disputes through arbitration when they involve questions of interpretation of EU law.

III. The evolution

It cannot be overlooked that in its more recent case-law, the Court's views softened and marked a significant departure from its previous position. Most relevant are the judgements delivered in the *Merck Canada* and *Ascendi* cases in 2014.

De facto, in the *Merck Canada* case, Portuguese Law No. 62/2011 of 12 December 2011 provides a framework for the resolution of disputes regarding industrial property rights on reference medicinal products and generic medicines. Art. 2 provides that any disputes arising out of the call of such rights are subject to compulsory recourse to arbitration („arbitragem necessária”), whether institutional or ad hoc. Art. 3(7) of the said law provides that the award of the arbitral tribunal can be appealed before the competent Court of Appeal. Regarding the procedure before the arbitral tribunal, art. 3(8) provides that the applicable rules are those contained in the regulation of the arbitral institution chosen by the parties. Matters not covered by these rules will be governed by the law on voluntary arbitration (Law No. 63/2011 of 14 December 2011)¹³.

¹¹ Jürgen Basedow, *EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice*, Kluwer Law International 2015, Volume 32 Issue 4, pp. 367-386.

¹² Case C-126/97, *Eco Swiss v Benetton*, para. 41.

¹³ See Paschalis Paschalidis, *Arbitral Tribunals and Preliminary References to the EU Court of Justice*, Arbitration International, 2016, 0, 1-23 doi: 10.1093/arbint/aiv026.

The Court commenced its analysis by referring to its settled case-law that an arbitral tribunal set up by parties resorting freely to arbitration is not a „court or tribunal of a Member State” in the sense of art. 267 TFEU and is thus not empowered to submit references for preliminary rulings to the Court.

However, the Court distinguished such an arbitral tribunal from an arbitral tribunal which has been established by law and whose decisions are binding on the parties and where its competence is compulsory. The Court observed that the arbitral tribunal in the main proceedings did not derive its jurisdiction from an arbitration clause concluded between the parties, but from Law No. 62/2011 which submitted the resolution of disputes regarding industrial property rights on reference medicinal products and generic medicines to arbitration. The Court also took note of the fact that arbitral tribunals were recognized by art. 209(2) of the Portuguese Constitution as bodies capable of exercising a judicial function. As the arbitrators were held to same duty of impartiality and independence as judges and the procedure before the arbitral tribunal was adversarial, the Court concluded that an arbitral tribunal such as the one in the main proceedings should be considered as a ‘court or tribunal of a Member State’ in the sense of Article 267 TFEU¹⁴.

In the *Ascendi* case, unlike *Merck Canada*, the arbitration was a domestic one, between Ascendi, a Portuguese company, and the Portuguese tax authorities. In this case, the taxpayer was under no obligation to bring his claim before an arbitral tribunal, the Decree-Law No. 10/2011, the one sending for arbitration in certain tax disputes, providing under art. 1 that *arbitration constitutes an alternative means of resolution of tax disputes*.

However, if a taxpayer decided to resort to arbitration, his choice would be binding on the *Autoridade Tributaria e Aduaneira*, authority resulted from the merger of three Portuguese tax authorities. There was no possibility of submitting disputes to ad hoc arbitration. Furthermore, art. 4(2) required the arbitral tribunals to operate under the auspices of the *Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD)* and art. 2(2) imposed arbitral tribunals to apply only the law, prohibiting any *ex aequo et bono* adjudication. Altogether, the said law, Decree-Law No. 10/2011, provided a complete set of arbitration rules, enforcement of the award rules and the action for setting aside, leaving not so many choices to the will of the parties.

Also, different from the *Merck Canada* case, was that, save for the specific instances, the arbitral awards rendered in these specific disputes were not subject to any means of appeal before the Portuguese courts. The only possibilities for an appeal were: (i) to the Constitutional Court, available in the event the arbitral tribunal did not apply a provision of Portuguese law on the ground that it was

¹⁴ Paschalis Paschalidis, *Arbitral Tribunals and Preliminary References to the EU Court of Justice*, Arbitration International, 2016, 0, 1–23 doi: 10.1093/arbint/aiv026, p. 9.

contrary to the Constitution or applied a provision which one of the parties contested as unconstitutional; and (ii) on an exceptional basis, before the Supreme Administrative Court in the event the award was inconsistent, on a „fundamental point of law”, with the case-law of that Court or of the Central Administrative Court¹⁵.

The setting aside of the award was allowed only in case of: failure to provide sufficient reasoning; contradiction between the reasoning and the operative part of the award; failure to decide a question that should have been decided or deciding a question that should not have been decided; and violation of the principles of party-equality and of the adversarial (*inter partes*) procedure.

This being the context in which the referral to the CJEU was made, when it came to appreciate whether the arbitral tribunal formed under the Decree-Law No. 10/2011 could be considered as a „court or tribunal of a Member State”, the Court recalled its settled case-law on the matter and found that the criteria was met.

Given these decisions, it appears that when ruling on the competence of arbitral tribunals to submit requests for preliminary rulings, the Court finds that they qualify as „courts” when recourse to arbitration is rendered compulsory by law. Thus, recourse to arbitration is deemed to be compulsory either where the law merely renders such recourse mandatory leaving the parties the freedom to choose between institutional and ad hoc arbitration (*Merck Canada* case) or where a Member State provides a standing offer to arbitrate disputes against it by means of institutional arbitration (*Ascendi* case)¹⁶.

Next, the question that arose was that if the arbitral tribunals set up under bilateral investment treaties (BITs) between Member States can be considered „courts” within the meaning of art. 267 TFEU. Of course, what needs to be pointed out is that within EU the view is that intra-EU BITs are contrary to EU law due to being perceived as incompatible with the provisions of the EU treaties¹⁷.

In the recent judgement of the CJEU in the *Achmea*¹⁸ case, ruled on 6 March 2018, the same position was upheld by the Court, but a surprise came from the Advocate General, M. Wathelet, who argued for a different approach.

According to his view, intra-EU BIT-based tribunals would be „courts or tribunals” within the meaning of art. 267 TFEU, amongst others, the reason given being that the said tribunal „derives its jurisdiction not only from an international treaty but also from the Netherlands and Czechoslovakian statutes ratifying the BIT

¹⁵ *Idem*, p. 13.

¹⁶ Paschalis Paschalidis, *op. cit.*, p. 15.

¹⁷ See Commission Decision (EU) 2015/1470 of 30 March 2015 on State aid SA.38517 (2014/C) implemented by Romania – Arbitral award *Micula v Romania* of 11 December 2013 [2015] OJ L 232, p. 43, at para. 102.

¹⁸ Case C-284/16, *Slowakische Republik v Achmea BV*, CJEU [2018].

*by virtue of which the BIT became part of the legal orders of those Member States*¹⁹.

The cited argument of the Advocate General is not without its faults. Firstly, it comes in contradiction with the very well-established nature of BIT-based arbitration, that of being consensual, nature somehow acknowledged in the Opinion at para. 204. Secondly, by absorbing the conclusion of the treaty and its binding effects upon the Contracting Parties at the international level with the treaty domestic implementation procedure – by arguing that for this reason the arbitration meets the condition of being established by law – is a confusion of terms.

All in all, and not getting into much detail on the arguments provided for the recognition of the BIT-based arbitral tribunals as „courts” within the meaning of art. 267 TFEU by the Advocate General, his opinion is nonetheless a welcomed dissenting voice.

The issue remains settled for the moment, as that the intra-EU BIT-based arbitral tribunals do not represent a „court or tribunal of a Member State”. However, the future remains open.

IV. Conclusion

What conditions need to be met by a judicial body in order to be qualified as a „court or tribunal of a Member State” within the meaning of art. 267 TFEU is a settled matter. It needs: (i) to be established by law; (ii) to be permanent; (iii) its jurisdiction to be compulsory; (iv) to have an *inter partes* procedure; (v) to apply the rules of law; and (vi) to be independent.

When it comes to analysing the standing of an arbitral tribunal within the scope of said „court or tribunal of a Member State” the decision can only be rendered on a case-by-case examination, given the diverse nature of the basis for recourse to arbitration (e.g. agreed upon consensually by the parties, imposed on certain matters by law, alternative offered by law or agreed upon by BITs, MITs etc.).

As we have seen through this case-law presentation, the Court’s view when it came to appreciate whether different based arbitral tribunals were meeting the conditions needed in order to qualify as a competent „court or tribunal” for referral to the CJEU softened a bit.

The main condition that makes the fundamental distinction between an arbitral tribunal found as a „court” within the meaning of art. 267 and those rejected is whether that arbitral tribunal is constituted as a result of the express stipulation of

¹⁹ *Idem*, Opinion Advocate General Wathelet, para. 96.

the law. Accordingly, this condition was found to be fulfilled when recourse to arbitration was deemed compulsory either when the law merely rendered such recourse mandatory, leaving the parties the freedom to choose between institutional and ad hoc arbitration (*Merck Canada* case) or where a Member State provided a standing offer to arbitrate disputes against it by means of institutional arbitration (*Ascendi* case).

I believe this change in perspective is more than welcomed, given that European law is complex and affects so many sectors, alongside with the growing popularity of international arbitration. With no doubt, it opens for an even better resolution of the disputes before arbitral tribunals.

It goes without saying that one of the most important arguments in favour of recognizing the power of arbitral tribunals to refer directly to the CJEU under art. 267 TFEU is the paramount importance of the uniform and consistent interpretation of EU law (this being the goal of art. 267 TFEU after all). The relevance of EU Law for contractual relationships between private parties has increased considerably in the last decades since an increasing number of regulations and directives now influence core aspects of contract law²⁰.

All in all, the fact remains; the arbitral tribunals whose jurisdiction emanates from an arbitration clause freely entered into by the parties in the course of their contractual negotiations do not fall within the meaning of the term „court or tribunal of a Member State” used by art. 267 TFEU. Thus, the most part of the arbitral tribunals still remain outside the scope of the said competence.

There would clearly be open issues with respect to implementing an arbitral tribunal's right to directly refer questions on the interpretation or validity of EU law to the CJEU, but the reality cannot be denied. The constant developments in the area of arbitration, the advancement of arbitration as an alternative method of resolving disputes, the increasing effect of EU law on private contractual relationships and the need for a uniform interpretation of EU legal provisions combine to make clear that the settled position of the European Court of Justice is in need of reconsideration²¹.

²⁰ Siegfried H. Elsing, *Chapter 1: Issues Specific to Arbitration in Europe, References by Arbitral Tribunals to the European Court of Justice for Preliminary Rulings*, Austrian Yearbook on International Arbitration 2013 (Klausegger, Klein, Kremslehner, Jan 2013), pp. 57-58.

²¹ *Idem*.

Librăria ta de carte de specialitate juridică, economică și business

Din 2008 suntem
alegerea lor...

TU?



Cursuri universitare • Tratamente • Monografii • Coduri • Legislație • Jurisprudență • Reviste de specialitate

www.ujmag.ro



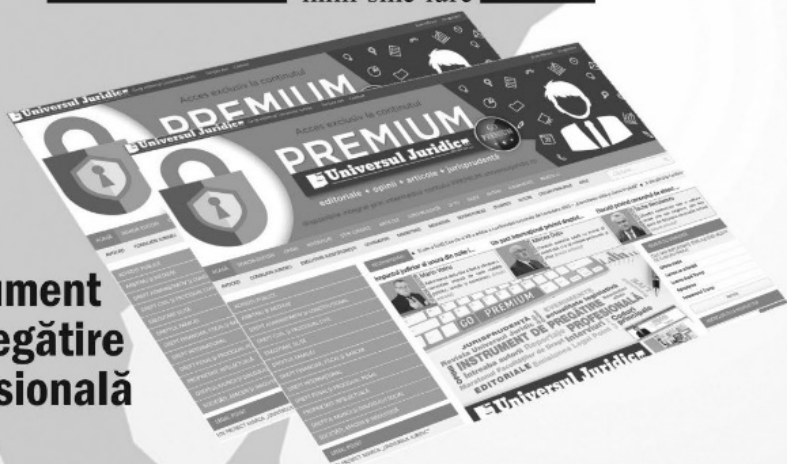
Bd. Iuliu Maniu nr. 7, clădirea Cotroceni Business Center corp C,
sector 6, București (lângă AFI MALL)

021.312.22.21 | 0733.673.555 | comenzi@ujmag.ro



Universul Juridic.ro

nihil sine iure



instrument
de pregătire
profesională

PARTENERIAT

Suntem o comunitate impresionantă
– peste **40.000** de membri activi

ONLINE

Conținut juridic de calitate disponibil
de pe orice dispozitiv:
laptop, mobil sau tabletă

REZULTATE

Puteți accesa informații juridice reale, certificate
editorial, necesare activității dvs., în orice moment,
sub **semnătura specialiștilor recunoscuți în domeniu**

TRADIȚIE

În **18 ani** am devenit cel mai important actor al
pieței editoriale juridice! Peste **2.000** de titluri,
1.000 de autori, **12** reviste juridice. Acum și online!

ARTICOLE

Peste **10.000** de pagini de conținut
profesional structurat pe **12** secțiuni,
pentru a facilita accesul la conținutul relevant

LEGISLAȚIE

Modificări legislative, legi promulgate,
decizii CCR și ÎCCJ, proiecte de legi

ALĂTURĂ-TE CELOR 40.000 de profesioniști!
BENEFICIAZĂ de avantajele contului premium: **GO PREMIUM!**
Testează și convinge-te!

www.universuljuridic.ro