

**Centrul de Studii și Cercetări de Drept Privat
„Ion Dogaru”
Centrul de Cercetări Juridice Fundamentale
Facultatea de Drept din cadrul Universității din Craiova**

**REVISTA DE ȘTIINȚE JURIDICE
NR. 1-2/2022**

**Coordonator număr: RSJ nr. 1-2/2022
Conf. univ. dr. Lavinia Manuela Istrătoaie**



Vol. 40-41 (1-2/2022)

Editat de **Universul Juridic S.R.L.**
Copyright © 2022 **Universul Juridic S.R.L.**
Toate drepturile asupra prezentei ediții aparțin
Universul Juridic S.R.L.

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

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

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

www.universuljuridic.ro

ISSN: 1454-3699

Principiile de publicare sunt postate pe site-ul revistei:
<http://drept.ucv.ro/RSJ>
Materialele pot fi trimise în vederea publicării pe adresa:
rsj@universuljuridic.ro

REVISTA DE ȘTIINȚE JURIDICE

Redactor-șef:

Prof. univ. dr. **GABRIEL EDMOND OLTEANU** – 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:

Conf. univ. dr. **OANA GHIȚĂ** – 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. **Flavius Baias** – Universitatea din București
- Prof. univ. dr. **Dan Claudiu Dănișor** – Director Școala Doctorală a Facultății de Drept a Universității din Craiova
- Prof. **Gabriel Boro** – Universitatea „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. **Florin Streteanu** – Facultatea 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 Duțu** – directorul Institutului de cercetări juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române
-

COLEGIUL DE REDACȚIE:

- Prof. univ. dr. **Sevastian Cercel**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Prof. univ. dr. **Călina Jugastru**, Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept
- Prof. univ. dr. **Daniel Ghiță**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Prof. univ. dr. **Mircea Bob**, UBB Cluj-Napoca, Facultatea de Drept
- Conf. univ. dr. **Daiana Maura Vesmaș**, Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept
- Conf. univ. dr. **Adrian Circa**, Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept
- Conf. **Eugen Hurubă**, UMFST „George Emil Palade” din Târgu Mureș, Facultatea de Drept
- Conf. univ. dr. **Septimiu Vasile Panainte**, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept
- Conf. univ. dr. **Adina Ponea**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Lect. univ. dr. **Dan Constantin Măță**, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept
- Prof. univ. dr. **Viorel Găină**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Lect. univ. dr. **Lavinia Elena Stuparu**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Lect. univ. dr. **Mădălin Savu Ticu**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Conf. univ. dr. **Florin Mangu**, Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept
- Conf. univ. dr. **Adrian Barbu Ilie**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Conf. univ. dr. **Maria Lavinia Tec**, Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept
- Lect. univ. dr. **Mădălina Cristina Dănișor**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Lect. univ. dr. **Codruț Nicolae Savu**, Universitatea Transilvania din Brașov, Facultatea de Drept
- Lect. univ. dr. **Carmen Adriana Domocoș**, Universitatea din Oradea, Facultatea de Drept
- Lect. univ. dr. **Robert Bischin**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Asist. univ. dr. **Răzvan Scafes**, Universitatea din Craiova, 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 și HeinOnline*

Cuprins

Messages of personal identity attempt in foreign criminal rules <i>Csaba FENYVESI</i>	9
Regimul juridic al dreptului de preempțiune în reglementarea Codului Civil <i>Manuela ISTRĂTOAIE</i>	24
Acțiunea întemeiată pe îmbogățirea fără justă cauză vs acțiunea în răspundere civilă. Studiu de caz <i>Răzvan SCAFEȘ</i>	39
Înregistrarea în Registrul Comerțului. Elemente noi aduse prin Legea nr. 265/2022 <i>Cristina Popa NISTORESCU</i>	48
Cazurile de excludere a asociatilor din societatea cu răspundere limitată după pronunțarea Deciziei nr. 28/2021 a Înaltei Curți De Casație și Justiție privind dezlegarea unei chestiuni de drept <i>Lucian SĂULEANU</i>	55
The legal person holding the right to dignity <i>Maria Irina BUDICĂ-IACOB (IACOB)</i>	65
Înteruperea activității profesionistului în contextul indemnizației reglementată de O.U.G. nr. 30/2020. Studiu de caz <i>Mihaela-Cătălina SCAFEȘ</i>	83
Scurte considerații referitoare la termenul de preaviz și încetarea contractului individual de muncă prin demisie – Studiu de caz <i>Raluca Laura DORNEAN PĂUNESCU</i>	91
Studiu privind autonomia dreptului comercial în lumina Noului Cod Civil <i>Bianca STROE</i>	102
Despre caracterul unitar al actului administrativ unilateral reținut în jurisprudență <i>Mihai BĂEȘU</i>	107

Două zile cu tata și două săptămâni cu mama! dualitate rezidențială și echitate relațională: neajunsuri și beneficii <i>Ana-Maria GOLDAN</i>	118
Dreptul de proprietate intelectuală și răspunderea civilă a IA <i>Anca Florina MATEESCU</i>	130
Aspecte relevante privind regimul juridic al societăților cu răspundere limitată în Franța <i>Ionela-Adriana NOVAC</i>	139
<i>Imperativ și supletiv</i> în contextul libertății contractuale în materie societară <i>Remus SINCU</i>	149
Denunț formulat fără încuviințarea reprezentantului legal. consecințe asupra legalității sesizării organelor de urmărire penală <i>Andrei IONESCU</i>	156
Rolul și importanța expertizelor criminalistice în soluționarea cauzelor penale <i>Djulieta VASILOI</i>	162

Contents

Messages of personal identity attempt in foreign criminal rules <i>Csaba FENYVESI</i>	9
The legal regime of the right of pre-emption in regulation of the civil code <i>Manuela ISTRĂTOAIE</i>	24
Judicial claim for unjust enrichment vs. judicial claim for civil liability. Case study <i>Răzvan SCAFEȘ</i>	39
The registration in the trade register. New elements brought by Law no.265/2022 <i>Cristina Popa NISTORESCU</i>	48
Cases of exclusion of shareholders from the limited liability company after decision NO. 28/2021 of the high court of cassation and justice regarding the resolution of a question of law <i>Lucian SĂULEANU</i>	55
The legal person holding the right to dignity <i>Maria Irina BUDICĂ-IACOB (IACOB)</i>	65
Interruption of the activity of a professional in the context of compensation regulated by O.U.G. no. 30/2020. Case study <i>Mihaela-Cătălina SCAFEȘ</i>	83
Short considerations regarding the term of notice and termination of the individual employment contract by resignation - Case study <i>Raluca Laura DORNEAN PĂUNESCU</i>	91
Study on the autonomy of commercial law in the light of the New Civil Code <i>Bianca STROE</i>	102
On the unitary character of the unilateral administrative act stated in the jurisprudence <i>Mihai BĂEȘU</i>	107

Two days with my father and two weeks with my mother! Residential duality and relational equity: disadvantages and benefits <i>Ana-Maria GOLDAN</i>	118
Intellectual property rights and civil liability of AI <i>Anca Florina MATEESCU</i>	130
Relevant aspects regarding the legal regime of limited liability companies in France <i>Ionela-Adriana NOVAC</i>	139
Mandatory and default rules in the context of contractual freedom in corporate law <i>Remus SINCU</i>	149
Criminal complaint formulated without the consent of the legal representative. Consequences on the legality of reporting to criminal prosecution bodies <i>Andrei IONESCU</i>	156
The role and importance of forensic expertise in solving criminal cases <i>Djulieta VASILOI</i>	162

MESSAGES OF PERSONAL IDENTITY ATTEMPT IN FOREIGN CRIMINAL RULES

*Csaba FENYVESI*¹

*University of Pécs-Hungary Faculty of Law
Criminal and Civil Procedure Department*

Abstract

Researches in the world and in our country (Hungary) have revealed that the false personal identities play prominent role in the „justizmord” cases.

That is why it is worthwhile to look at identity rules and methodologies in other countries as well. In this study, the author examines the Slovenian, Austrian, Swiss, Serbian, Croatian, and distant (but, as it turns out, much the same) Turkish norms with a continental legal system similar to ours. Based on the legal details and implementation recommendations there, the researchers formulates at the end of his study the lessons learned from the models, the legal and forensic development opportunities available to us, the conclusions for efficiency and fairness, and the current and future messages to legislators and practitioners.

Keywords: *errors, false identification, identity parade, investigation, justizmord, line-up, miscarriage of justice, prevention.*

1. Introduction

The criminal justice system of all rules of law seeks to avoid the worst outcome, a miscarriage of justice. Unfortunately, this does not always work. I will present Hungarian examples in this study to support this statement.

In 1957, the court sentenced János K. to death for a sexually motivated homicide in Martfű (city), whose sentence was to be committed to life imprisonment. He had already served 11 years in prison, when it turned out that the crime had been committed by Peter K., who was prosecuted in the proceedings, sentenced to death, and executed in 1968.

In Hungary, in 1984, the prosecutor's office charged János M., a resident of Szolnok County, with the murder of a little girl. He was not legally sentenced to

¹ ORCID: 0000-0002-5921-7875.

death, but then, in the lengthy criminal proceedings, it went through several forums and he was finally acquitted in 1986.

In 1995, P. Dénes was sentenced by a court in Heves County to 6 years in prison for attempted personal injury and robbery. Along with his arrest, the accused had already spent 26 months in prison when it turned out that the perpetrator of the crime against the elderly woman was someone else and who was then held accountable for the crime.

On May 9, 2002, the court sentenced Ede K. to life imprisonment as the perpetrator of a robbery at the Erste Bank branch in Mór (city), which claimed 8 lives. A few years later, exactly in 2007, it turned out that the crime had been committed by two other persons.

I present all this in order to make it clear in my introduction: miscarriage of justice also exists in our days as a phenomena, and its danger persists in our country as well. Therefore, it is in our elementary interest to develop prevention methods and to explore what it is that often causes fatal mistakes.

Researches in the world and in our country (and the real cases above) have revealed that the presentation behind recognition plays a prominent role in the „justizmord” case².

That is why it is worthwhile to look at identity rules and methodologies in other countries as well. In this paper, I examine the Slovenian, Austrian, Swiss, Serbian, Croatian, and distant (but, as it turns out, much the same) Turkish norms with a continental legal system similar to ours. Based on the legal details and implementation recommendations there, I formulate at the end of my study the lessons learned from the models, the legal and forensic development opportunities available to us, the conclusions for efficiency and fairness, and the current and future messages to legislators and law enforcements.

2. Personal identification procedure in Slovenia

The Criminal Procedure Code of our neighbouring country also names and specifies the main rules of identification (identity parade). Concretely³:

242 Art

1. Where it is possible for a witness to identify a person or object, they shall first be asked to describe them and to identify them. Only then can the witness be shown the person, together with persons unknown to others, or the object, preferably with other objects of the same kind. The same procedure should be followed for identification with other senses (hearing, touch, smell etc.).

² See more about these in: Csaba Fenyvesi: A kriminalisztika tendenciái. (Tendencies of Criminalistics) Dialóg Campus Publishing House, Budapest-Pécs, 2017. VII. Chapter.

³ Criminal Procedure Act 2007 (7 September) Official Journal of the JMSZ 4/77, 14/85, 74/87, 57/89 and 3/90. (In translation from English).

(2) Prior to identification, the witness shall be warned in accordance with Section 240 (2).

(3) The judge conducting the investigation, who ensures the identification process, must make sure that the witness does not see the person or object he / she will identify.

(4) A record of the identification shall be made and a group photograph of all persons examined shall be attached.

242 / a. If the life or physical integrity of the person carrying out the identification or a close family member (Article 236 § 1 (1) to (3)) is seriously endangered or it is possible that the identified person may influence the identification process, the identification shall be carried out in such a way that the person carrying out the identification must not be seen by the person to be identified.

80. Art

(3) In case of searching for an inspection, place or person, or identifying a person or object (Article 242), the document shall contain the relevant data of the act. In case of identification of separate objects, the description of the objects, the size of the traces. If sketches, drawings, drafts, audio or video recordings have been made, they must be included and attached to the file.

178 Art

(4) The prosecutor, the accused and his or her counsel may participate in the examination of witnesses. The judge conducting the identification may order that the accused be removed from the interrogation if the witness refuses to testify in his presence or if the circumstances show that the witness would not be able to tell the truth in his presence. Or in cases where an appearance will be required after the witness has been questioned. The accused may not be present at the examination of witnesses if they are under the age of 15 and have been the victims of any of the offenses under Article 65 § 3. The injured party may be present at the hearing of witnesses if he or she does not attend the main hearing.

230. Art

The accused must first describe the objects that can be linked to the crime or use it as evidence, and only then can it be presented to him as identification. If the objects cannot be delivered to the defendant, the defendant must be transported to the place where the objects are. We can read the following point in the regulations on the tasks and powers of the police⁴.

Article 46

(Identifying person from a photo)

(1) Police officers may act to identify a person on the basis of a photograph in order to locate the perpetrator in a criminal or offence case in order to establish the identity of an unknown person.

⁴ Police Tasks and Powers Act: Official Gazette of the RS, No. 15/2013.

(2) Before carrying out the identification procedure, the police shall warn the person about the rules for the protection of personal data. That person shall protect the confidentiality of the data which come to his knowledge during the identification procedure.

(3) Police officers shall first request the person who carries out the identification to record and present the physical characteristics that distinguish the person from other persons during the identification procedure.

Only then can they show images along with other similar images to the ID of people who are unknown to the person performing the identification.

The police officer who conducts the identification must make sure that the identifier does not see a picture of the person in question or does not see that person before identification.

(4) The police officer shall make an official record of the identification procedure, which shall include which images the identifier saw.

(5) Police officers may use photographs taken from other files of the persons photographed or in other lawful ways. Photos of individuals that are shown during identification must be selected based on the previously provided description of the person.

(6) When several persons participate in the identification procedure, it shall be conducted separately for each person.

3. Personal identification procedure in Austria

The Austrian Code of Criminal Procedure also recognizes the recognition procedure, and its provisions can be found in § 163⁵.

§ 163. (1) A witness may compare several persons - openly or secretly - with each other, from which he or she may select the suspect. Prior to this, the witness should be asked to describe the distinguishing features of the suspect: this description should be as close as possible to the person being compared. The witness should then be asked to make a statement as to whether he or she recognizes the person and what he or she recognizes. This process should be recorded and assisted by appropriate imaging techniques.

(2) The same shall apply to the examination of photographs and the hearing of sound samples. Even if a witness recognizes an important object that serves as evidence, he or she should first be asked to describe that object and, if necessary, its distinctive features.

3. In addition, the accused or witness may be confronted with other witnesses or tribunals if the relevant allegations differ in material circumstances and it is presumed that the contradictions can be clarified. People who stand side by side

⁵ Österreichische Strafprozessordnung (StPO) Criminal Procedure Act 1975. StF: BGBl. No 631/1975 (WV).

and have certain circumstances that are different or have conflicting statements or that are different should record the response from both sides.

(4) If the accused is summoned for comparison, his or her counsel shall be given the opportunity to participate.

4. Personal identification procedure in Switzerland

According to the Swiss Code of Criminal Procedure⁶:

Rule 146: Interrogation and comparison of several persons

- (1) Interviewers shall be interviewed separately.
- (2) Criminal authorities can compare individuals, including those who have the right to refuse to testify. The special rights of the victim are reserved.
- (3) The authority may summon the interrogated persons who, after the completion of the interrogation, are likely to face other persons, to remain in the place of the proceedings until the confrontation.

(4) A person may be temporarily excluded from the proceedings if:

- (a) there is a conflict of interest, or
- (b) that person shall be heard during the proceedings as a witness, information officer or expert.

Article 152: General measures to protect victims

(4) A comparison may be ordered if

- (a) the interests of the injured party so require
- (b) mandatory due to a significant law enforcement interest.

Article 154: Special provisions for the protection of children as victims:

1. A child within the meaning of this Article who is under the age of 18 at the time of the questioning or comparison shall be the victim.

(2) The first hearing of the child shall take place as soon as possible.

(3) The authority may exclude a confidential participant from the proceedings if it may exercise decisive influence over the child.

4. If it is apparent that the interrogation or comparison is likely to cause severe psychological distress to the child, the following rules shall apply:

a) A report involving the suspect may only be ordered if the child expressly requests it.

(b) As a general rule, a child may not be questioned more than twice throughout the proceedings.

(c) The second hearing shall take place only if the parties have not been able to exercise their rights at the first hearing or if this is unavoidable in the interests of the investigation or the child. Where possible, recognition will be done by the same person who conducted the first interview.

⁶ Schweizerische Strafprozessordnung: SR 312. (Effective from 5 October 2007).

(d) Interrogations shall be carried out in the presence of a specialist: a detective trained for that purpose. If no comparison is made (recognition), the interrogation is recorded with images and sound.

e) The parties shall exercise their rights through the interrogator.

f) The interviewer (interviewer) and the trained professional record their own observations in a report.

5. Personal identification procedure in Serbia

The Serbian Criminal Procedure Code provides the following guidelines⁷.

VII. Chapter 1 (Basic Guidelines. Evidence Procedure 2. Presentation for Recognition. Face or Object Recognition)

§ 90. If it is necessary to determine whether the interrogated person recognizes the given object or person, or the properties thereof, which he or she has previously described, the object or person in question shall be shown together with other objects and persons whose properties are unknown to him or her. These are similar to those described above. The interrogated must then state whether he or she is certain to recognize the object or person, or if he or she has a certain degree of probability that he or she will recognize it. If the answer is positive, they should point to the subject or person.

If the person or object is not available in Method 1, the suspect must be shown an image of the object or person, along with several similar objects or persons unknown to him, whose main characteristics are similar to those described by the interrogator.

Nos. 1 and 3 recognitions may also be made by sound in accordance with the provisions.

6. Personal identification procedure in Croatia

Article XVI of the Croatian Code of Criminal Procedure Chapter deals with acts of recognition⁸.

XVI. Chapter Investigation Phase (Interrogation of Suspect 3 and Presentation for Recognition 5)

Article 301

1. Recognition is the recognition by a suspect or witness of a person, object, place, sound, mode of movement or other characteristic based on a comparison

⁷ Serbian Criminal Procedure Code: „Official Gazette of the Republic of Serbia”, 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 and 55/2014 (based on a raw translation by Andrea Dernik).

⁸ Consolidated text of the Croatian Code of Criminal Procedure, published in the Official Gazette 152/08, 76/09, 80/11, 91/12) and Decisions of the Croatian Constitutional Court 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17 and 126/19) (based on a raw translation by Andrea Dernik).

with another person, object, place, sound or mode of movement. The objects that help to clarify the case are presented to the suspect and, if necessary, to witnesses and experts.

2. Before being presented for recognition, the person shall be asked whether the person or object in question has been shown live or in images, on a computer, in the form of data collected or otherwise, or is aware of circumstances which may affect him or her in the course of the recognition. The answers must be recorded.

(3) The recognizing person shall describe the object and person in question in as much detail as possible, as well as the features that distinguish it from other objects and persons. At the same time, he or she should describe the circumstances in which he or she has perceived it and give a rich description of what he or she would recognize.

(4) The recognizer shall then be shown the person or object, the objects presented for recognition, together with any person or object unknown to him or her. Location recognition is done by the person first describing the location in detail and then pointing out or showing it on a recording and live.

(5) With the written consent of the person, the presentation for recognition may be performed by appropriate technical means. With programs that allow him or her to present simultaneous photo or audio-video recordings, see (3) in accordance with the paragraph. This type of recognition presentation can also be recorded with an audio-video device.

(6) If the suspect is the confessor, Articles 273 and 275 of the Act rule, but if the suspect is presented for identification, he or she will be warned of the right to be assigned a defense lawyer. A defense attorney may be present at the presentation for recognition. In that case, the provisions of Article 273, including paragraphs 2, 3 and 5, shall apply *mutatis mutandis*.

If the recognizer is a witness, the description of the recognition is given in No. 288 and it shall be governed by the provisions of Article 2 thereof. (3) and (4) pursuant to paragraph.

(7) A report shall be prepared on the presentation for recognition and an appropriate record shall be made of all persons, objects and places presented. The recordings are made by an expert assistant.

7. Personal identification procedure in Turkey

There are two law enforcement forces in the country bordering Europe and Asia: the police and the gendarmerie. Their jurisdiction is divided on the basis of geographical separation. The police have jurisdiction in all provinces and districts, and outside the provincial and district municipal boundaries, it is the gendarmerie that has jurisdiction. In other words, places that are outside the purview of the

police are within the purview of the gendarmerie. The investigative (evidence) actions of both organizations are based on the same legislation.

Article 6 of the Code (Law No. 2559), adopted on 4 July 1934 on law enforcement duties and competencies, provides guidance on identification⁹.

According to the content of this and related interpretations:

a) A 6/11. „Before initiating the identification procedure, the statement of the person who will identify the offender shall be recorded as a notification.”

b) The victim or witness is asked about the offender's gender, age, color, height, weight, physical disability, eye color, hair, beard. In doing so, the law enforcement officer should not ask directed questions.

(c) It must also be ensured that the characteristics of the description are objective, for example, descriptions that „the perpetrator was handsome” should be avoided.

(d) If there is more than one suspect, the identification procedure must be carried out separately for each suspect.

(e) The identification shall be repeated at least twice. Although not required by law, the persons subject to identification must be the same as in the first identification procedure. Because if the people exposed to identification change, it can negatively affect the person identifying them. There is also no statutory minimum time frame between the two identification procedures, but at least the first identification procedure must be completed and the second formula established. By doubling, the identifying person is given the opportunity to think twice and remember the event he or she witnessed.

f) In general, a suspect has the right to a lawyer (authorized or seconded) before, during and after the identification procedure. (Rule 150 (1)) However, the absence of a defense counsel does not render proof of identification inadmissible.

g) In the most common „live line-up” identification in practice, not only the suspect but also other people are introduced to the witness (victim) and asked to choose from them. (The photo identification method is exceptional.)

h) A 6/12. An additional point states that: There must be more than one participant in the identification procedure, they must be of the same sex and similar in appearance. For example, their age, height, weight, dress. If necessary, changes can be made to the identification procedure regarding the appearance of the suspect. During the identification process, each person holds a number in their hand.

i) The „line-up” method can be performed in two ways: simultaneously or sequentially. Simultaneous setup is the traditional (and almost exclusively used) method of identification. In this method, the people who are identified (or the photos taken of them) are presented side by side. In the sequential (allowed but not really applied) setup method, the persons (or photographs) are presented one

⁹ The original Police Duties and Competences Codex was supplemented on 16 June 1985 by Regulation 3233/7. with article number. On 02/06/2007, the 5681/5. amended by Article. (Translated from Turkish to English: Ahmet Murat).

after the other to the active subject, who, if he identifies the person or photograph presented to him, the other people (or additional photographs) do not appear.

j) There is also a so-called „show-up” method, where the authorities present only the suspect as a witness to the incident or a victim of the crime. Here you cannot choose from more than one person, but only to decide whether to identify the person presented to him or her as the perpetrator or to state that he or she is not the perpetrator.

k) If the suspect is personally unable to participate in the identification procedure for any reason, the photographic identification method may be used (Article 6/16). The victim or witness is shown a photograph of the suspect along with photographs of similar people and asked if: the perpetrator is among the people in the photographs? (Consecutive photo shows are not excluded either, but the former is used in Turkish practice.)

l) There is also video identification, in which case the victim or witness is shown the videos of the persons being identified and asked: is the actual perpetrator of the incident in the video? In this identification method, the suspect under identification is asked to look at the camera so that the face and shoulders are visible first. They are then asked to slowly turn from left to right and show their side profile to the camera, and finally they are asked to turn and show their backs to the camera. The video recording of the suspect's face, side and back profile is recorded in this way and combined with videos of other people whose appearance, gender, age etc. are similar and made by the same method. Video identification is performed as a „sequential identification” method because each video can only be displayed one after the other¹⁰.

m) Acoustic (voice) identification may occur if the witness or victim of the incident did not (could not) see the face or characteristic external features of the perpetrator but heard his voice. (For example, the perpetrator covered his own face with a mask or covered the victim's eyes. It is also possible that the crime was committed over the phone or that the victim / witness is visually impaired. In voice-based identification, and decides whether to recognize any of them as the voice of the perpetrator.

n) The most common form in life is listed as „Covered Identification”. (Article 6/13)¹¹.

In this case, those to be identified will not see the victim or witness. It is solved with a mirror that provides one-way vision. Persons subject to identification are in one room, while victims and witnesses are in another one. Between the two rooms there is a built-in (so-called Venetian) mirror that allows the victim and

¹⁰ Article 81/1 of the Code. If the offense is punishable by two years' imprisonment or more, the prosecutor shall, on the order of the public prosecutor, take a picture of the suspect and measure his/her height, take his/her fingerprints, palmprints and or the recognition of the accused; as well as a sound sample and video film must be prepared and inserted into the file.

¹¹ 6/13. „The identification person and the persons subject to identification shall not see each other”.

witness to see the persons exposed for identification while preventing them from seeing him / her in turn. (In contrast, open identification exists, but hardly used, in which the people subject to identification see the victim, the witnesses. There is no one-sided mirror or similar device here, and both sides can see each other.)

(o) „Natural identification” means the method by which a suspect is identified in his / her natural habitat. For example, walking down the street, shopping, or sitting in a coffee shop. Natural identification should be considered as covert identification, as the suspect subject to identification does not know who identifies him / her. Legally, however, this method should not be used because the Code of Police Duties and Powers (indicated above) states that a suspect who has been identified must always be aware of the identification procedure.

p) A „non-blind line-up” is a method in which the identified victim or witness and the law enforcement officer involved in the proceedings know only who the suspect is being identified.

q) The „single blind line-up” refers to a method in which the victim or witness does not know who the suspect who is being identified is aware of only by the law enforcement officer involved in the proceedings.

r) The „double blind line-up” refers to a method in which the victim or witness and the law enforcement officer involved in the proceedings do not know which of the suspects is being identified. The advantage of the double-blind method is that it is aimed at finding the truth, because when the law enforcement officer involved in the identification procedure does not know the suspect, there is no danger of manipulating the victim emotionally or unconsciously with his / her words, behavior and gestures, or the witness.

s) „Blank identification” is used to check the reliability of the victim or witness. In it, they are introduced to people who are not among the suspects, and this information is not shared with them, they are only warned that „the actual perpetrator may not be in the group.”

t) In the case of a method of identification by testimony (or testimony), the victim or witness may be asked to tell what he or she knows about the incident during the identification procedure. In this case, there is both an „identification” and a „statement” on the side of the victim or witness. These two separate actions are combined to produce a single report called „identification with testimony”.

u) Article 6/15 of the Law on Law Enforcement and 17: a report on the identification procedure shall be drawn up. Also, a visual note should be written and photos and videos of identified individuals attached.

v) The most important thing that should be clearly stated in the identification report is whether the identifying person has identified someone as the perpetrator. For example, „Person 4 was identified as the perpetrator by the victim or witness.” If the identifying person did not identify anyone or was unsure, this should also be clearly mentioned in the identification report.

w) Those who choose not to testify as a victim or witness shall not be compelled to identify.

x) The identifying person should be warned that „the perpetrator is not necessarily among the people being identified.”

y) For photographic identification, several photographs must always be presented together or separately. Multiple (different) photos of the same person can't be shown. Photos of different people should be the same size and have the same characteristics.

8. Conclusions, suggestions, messages

Before noting the conclusions and development suggestions arising from the above, I will only cite the XC. of 2017 on Criminal Procedure as a reminder and as a basis for comparison. (hereinafter referred to as Cp.). These are in particular:

§ 210. (1) A court, prosecutor's office or investigative authority shall order and hold a presentation for recognition if it is necessary for the purpose of recognizing the person or object. At least three persons or objects shall be presented to the accused or witness for identification. The person or object may be presented to the accused person or witness by image, sound or video and audio recording, unless otherwise available.

(2) Before being presented for recognition, the person from whom recognition is expected shall be heard in detail about the circumstances in which he or she perceived the person or object in question, his or her relationship with him or her, and his or her characteristics.

(3) In the case of the presentation of persons, persons who are independent of the case and who are unknown to the recognizer and who have the same characteristics as the person in question in the main characteristics, in particular of the same sex, body shape, skin color, care and clothing put in a group with the person in question. In the case of objects, the object in question must be placed among similar objects. The location of the person or object in question within the group must not differ significantly from any other and must not be conspicuous.

(4) The presentation shall be carried out separately in the absence of each other in the case of several recognizable persons.

(5) If the protection of a witness so requires, the presentation for recognition shall be made in such a way that the witness presented for recognition cannot recognize or perceive him or her. If the personal data of a witness has been ordered to be kept private, this must also be ensured at the time of presentation.

§ 213. (1) The rules of the inspection shall apply mutatis mutandis to the demonstration experiment and the presentation.

(2) The court and the prosecutor's office may also use the investigating authority to conduct an inspection, an attempt to prove evidence and a presentation for recognition.

(3) The accused, witness, victim and other persons, in particular those who have or possess the object of the inspection, shall submit to the inspection, the

attempt to prove it and the presentation for recognition, if the object in their possession shall be subject to inspection, it must be made available for the purpose of an attempt at proof or presentation for recognition. In order to fulfill these obligations, the accused may be coerced, the victim, witness and other person may be coerced or fined.

(4) As far as possible, video and audio recordings shall be made of the inspection, the test of evidence and the presentation for recognition¹².

A) Despite the fact that in the history of Hungarian criminal procedure we can read the most detailed (Pc.) legal regulation on the recognition named separately, it does not state that it is necessary to keep the recognition in the original circumstances of detection.

B) Also, as a suggestion „de lege ferenda”, I would suggest that it would be expedient to state in the legal wording that the person performing the recognition should call the recognizer (he or she should teach):

- (a) the perpetrator may not be among the persons to be identified;
- b) there is no obligation to choose (selection at all costs);
- (c) the investigation shall continue even if no one is selected;
- d) you will not receive feedback on whether your choice was „correct”, if at all;
- (e) the warnings applicable to the recognition of objects and photographs shall be those set out in points (a) to (d) and that the offender's appearance (hair color, hair length, hair shape, facial hair, skin) may change over time or look slightly different in the photographs.

C) In my view, both the words 'recognition' and 'presentation' (individually and together) encourage the recognizer, who often wishes to comply with the authority and is, most often the injured witness of the crime, to choose from among the persons presented (objects, sounds etc.) and it is important to make sure that he or she really does choose to recognize someone. And the coercion of conformity can have the erroneous consequence that the recognizer responds even when he or she is not sure when he or she has only perceived a similarity, or simply infers from external signs that he or she thinks he or she is recognizing the real perpetrator. However, his or her mistake can even lead to a court order, as it is difficult to refute his or her selection in theory, and in practice it is almost impossible if the chosen one does not have a substantive alibi justification. Therefore, in the following example of an attempt at proof, it would be more appropriate to speak of an 'attempt at recognition', that is, an attempt at recognition rather than a demonstration.

D) In the field of criminal tactics, it would be worth considering the so-called ecological recognition method. In essence, it differs from the traditional procedure in that the witness is led, more or less randomly, alongside the defendant in the natural environment. In this case, the target person who may be identified is

¹² Sections 383 and 393 of the Criminal Procedure also refer to the possibility of the presence of a defence counsel. 100/2018 (VI. 8.) (Government order) on the detailed rules of the investigation and preparatory procedure. prescribes further detailed disclosure rules for the investigating authorities.

asked to be in a place where more than one person is present, e.g. in a department store in a busy street. There, the witness is accompanied with the intention of trying to recognize and, select the perpetrator he or she has seen before. The fact that the persons to be compared are not chosen in a targeted manner is usually offset by the large number and variety of those present. However, it is also possible that passers-by will be „enriched” by the authorities with targeted persons for comparison. The advantage of this method is that it is more relaxed, more dissolved than the presentation for classical recognition, and the risk of the target person - due to his or her internal tension or the involuntary attention of the persons selected for comparison (“cotton wool”, „stuffing”) is minimized—it stands out from the group¹³.

E) I also propose a method that can be implemented in practice as a crime tactical, pre-influenced proposal. In doing so, instead of forensic experts familiar with the case, so-called „blind” bailiffs who have not dealt with the case so far are employed. (As we have read above under Turkish rules.) These are law enforcement officers (police, customs, prosecutors) who do not know the identity of the (potential) suspect in the case, ie they do not even know who the version is aimed at. The line itself is put together by forensicists who know the suspect and the case. But their role here stops for now, they leave the process. It is taken over by the non-compliant employee, who must also communicate this fact to the recognizer. By this, I mean, he or she is just doing the task of recognition and he or she does not know the case, nor the participants. After all this, he or she conducts - in a measured, distant way, without influence, because he or she does not know, does not guess who-why-what he or she should focus on - organizing the recognition experiment in accordance with the tactical-technical recommendations. He or she then passes the report containing the „result” to the forensic scientists. With no record of history, it is not difficult for a „pop-up” to recommend that he or she should not reveal anything to recognizers, neither affirmation nor contradiction, either verbally, or with a gesture or any kind of metacommunication. And one can't do that even after being recognized, just as investigators who know the case can't do it.

F) The recognizer should strive for as little communication as possible during the presentation. And the instructions should be short, understandable, and accurate.

G) It is advisable to provide the witness' or victim's personal description to the (potential) suspect's legal representative before the search. In this way, there is the opportunity to comment on the remarkably different, suggestive setting and, if necessary, complain.

G) It may be of tactical significance to accurately mention and correctly record how the recognizing witness expresses which of the several persons he or

¹³ See Wells, G L.–Lindsay, R. Improving Eyewitness identifications from lineups: Simultaneous versus sequential lineup presentation. *Journal of Applied Psychology*, vol. 70. 1985. No.3. pp. 556-563.; Levi, A. M.: Some Facts Lawyers Need To Know About The Police Lineup. *Criminal Law Quarterly*, 2002/46; Schäfer, A.: Sequenzielle Video-Gegenüberstellungen. *Kriminalistik*, 2001/12. 797-798.

she recognized is the person who was perceived in connection with the crime. Whether he or she points out, states openly, firmly, surely, or even repeatedly, or, conversely, is uncertain, indeterminate.

H) In the case of uncertain or anxious identification of a person, repetition based on another grouping of the same person has no effect, instead the so-called „empty” formation is desirable. At this point, the (potential) suspect is not included in the group either (only individuals above all suspicions) and thus the witness is asked to be identified.

I) It is an important criterion to check in advance that none of the people in line are familiar with the recognizer (most often the victim).

J) In the case of photographic identification, several photographs must always be presented to the recognizer and this must be done during the preliminary investigation data collection. (Even during the suspect's earning period.)

K) Multiple (different) photographs of the same person cannot be shown.

L) Photographs of different people should be the same size and have the same characteristics. And each should only be presented to the recognizer for the same amount of time.

M) Immediately after the presentation, the recognizer (often the eyewitness) should be given the opportunity to explain what he or she has to say about the identification in his or her own words.

N) There is no place for recognition of any percentage, especially in the evaluation of an attempt at recognition. There can be no question of identification even if the recognizer indicates a percentage of similarity.

O) Especially if the selection is based on (partly) functional characteristics (e.g. walking, running, speech, sound), it is advisable to use much more modern technical devices than photography (e.g. video, digital camera, electronic data recorder).

P) When recognizing a corpse, it must be recorded separately if it is not the body or face that the active subject has recognized, but, for example, his or her clothing or jewelry. In this case, we cannot speak for sure of (dead) personal identification.

Q) Consider whether the questioner should be asked repeatedly at the negotiation stage whether he or she recognizes the person he or she has previously seen selected. Reproduction of a reproduction may not really have probative value.

R) It is not only a witness (victim) protection reason, but also a forensic (investigative interest) reason why passive subjects (to be recognized) do not see the active subject, the recognizer (e.g. witness, victim, suspect).

9. Closing thought

We can hope that in the future the improvement proposals put forward by legal theory and scientific publications will have a significant impact on legislation and the application of law. If not in the coming months, but over several years, we can achieve that the identity attempt which appears as a very „dangerous”

Achilles heel of criminal proceedings, will indeed be in its rightful place, both in law and enforcement, and will not give rise to erroneous court decision, to justizmord.

REFERENCES

- Badó, A., Bóka, J., *Ártatlanul halálra ítélték. (Innocently death penalty)* Budapest, Nyitott könyv, 2003. <http://www.innocenceproject.org>. (February 3. 2023.)
- Fenyvesi, Cs, *A kriminalisztika tendenciái. (Tendencies of Criminalistics)* Dialóg Campus Publishing House, Budapest-Pécs, 2017.
- Hack, P, *Az igazságszolgáltatás kudarcai. (Failure of criminal justice)* In Fenyvesi, Cs. (Ed.), *A Magyar Büntetőjogi Társaság Jubileumi Tanulmánykötete.* Budapest-Debrecen-Pécs, MBT, 2011.
- Huff, C.R, Rattner, A, Sagarin, E., *Convicted But Innocent. Wrongful Conviction and Public Policy.* Sage Publications, Thousand Oaks, 1966.
- Levi, A, Some Facts Lawyers Need To Know about the Police Lineup. *Criminal Law Quarterly*, 2002. No. 46. pp. 76-180.
- Saks, M.J, Koehler, J. J, The Coming Paradigm Shift in Forensic Identification. *Science*, 2005. No. 309.
- Schäfer, A.: Sequenzielle Video-Gegenüberstellungen. *Kriminalistik*, 2001. No. 12. pp. 797-798.
- Wells, G L.–Lindsay, R. Improving Eyewitness identifications from lineups: Simultaneous versus sequential lineup presentation. *Journal of Applied Psychology*, vol. 70. 1985. No.3. pp. 556-563.
- Wall, P. M, *Eye-Witness Identification in Criminal Cases.* Springfield, Illionois, USA, Charles C. Thomas Publisher, 1965.

About the Author

Csaba FENYVESI (Mr.) PhD, Dr. Habil., university professor, University of Pécs Faculty of Law, Hungary, E-mail: fenyvesi.csaba@ajk.pte.hu
ORCID: 0000-0002-5921-7875

REGIMUL JURIDIC AL DREPTULUI DE PREEMPTIUNE ÎN REGLEMENTAREA CODULUI CIVIL

Conf. univ. dr. **Manuela ISTRĂTOAIE**
Universitatea din Craiova
Facultatea de Drept

Abstract

The Civil Code of 1864 did not recognize the institution of the preemptive right. The current civil code includes an extensive regulation dedicated to the priority right to purchase a good. Its provisions are equally applicable when the source of the right is the law but also when the source is the will of the parties. These legal provisions outline the legal regime applicable whenever a special rule establishing a legal right of preemption does not also regulate a special procedure for exercising it or applicable whenever by their will, the parties who have generated a conventional preemptive right did not establish other contractual clauses. There is a preemptive right only when the owner decides to dispose of his good by sale. As a legal nature, the preemptive right seems to be a potestative right.

Keywords: *sale, preemptive, law, contract, condition, unenforceability, civil Code.*

1. Scurte considerații. Reglementarea actuală

Dreptul de preempțiune nus-a bucurat de o reglementare consecventă în legislația civilă. Anterior Codului civil din 1864, în vechiul drept românesc, un drept de preempțiune numit *protimis* este amintit într-un document bizantin de la mijlocul secolului al XV-lea pentru Țările Române, drept cu un conținut și configurație asemănătoare instituției de azi¹ și care s-a bucurat de o amplă aplicare. În reglementarea Codului civil din 1864, această instituție nu a primit o configurare juridică. După anul 1989 și odată cu adoptarea actelor normative cu caracter reparator menite a reconstitui dreptul de proprietate asupra bunurilor imobile aflate odinioară în proprietate privată, dreptul de preempțiune a căpătat o configurație legală². Astfel, cu titlu de exemplu, amintim art. 69 din Legea fondului

¹ V. Georgescu, O. Sachelarie, V. Șotropă, *Instituții feudale din Țările Române. Dicționar*, Ed. Academiei, București, 1988, p. 390-392; V. Georgescu, *Bizanțul și instituțiile românești până la mijlocul secolului al XVIII-lea*, Ed. Academiei, București 1980, p. 199-206.

² A se vedea și M.L. Istrătoaie, *Contracte civile speciale*, Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 27-37.

funciar nr. 18/1991 (în prezent abrogat), care a instituit un drept de preempțiune la cumpărarea terenurilor agricole situate în extravilan³.

Treptat, tot mai multe acte normative din diverse domenii ale dreptului au impus dreptul de preempțiune la înstrăinarea prin vânzare ori dreptul de preferință la încheierea unui anumit contract⁴. Regimul juridic al dreptului de preempțiune este configurat în Titlul IX, art. 1.730-1.740 C. civ. Noua concepție a legiuitorului a cuprins în instituția dreptului de preempțiune și pactul de preferință, dând acestei instituții o dublă sorginte, legală și convențională. De menționat că aceste dispoziții legale nu instituie prin ele însele dreptul legal de preempțiune la vânzarea anumitor categorii de bunuri, ci doar îi conturează regimul juridic. Drepturile legale de preempțiune sunt instituite prin alte dispoziții conținute fie de această codificare (spre exemplu art. 1.746 C. civ.), fie de alte acte normative. Codul civil instituie două cazuri speciale de vânzare cu respectarea dreptului de preempțiune: dreptul de preempțiune al coproprietarilor sau vecinilor în cazul vânzării terenurilor forestiere aflate în proprietate privată impus de art. 1.746 C. civ., și dreptul de preempțiune al arendașilor în cazul vânzării bunurilor agricole arendate impus de art. 1.849 C. civ.

Potrivit art. 1.730 alin. (2) C. civ., dispozițiile legale privitoare la dreptul de preempțiune conținute de actuala codificare sunt aplicabile numai dacă prin lege sau contract nu se stabilește altfel. Aceste dispoziții constituie dreptul comun atât în privința dreptului legal de preempțiune, cât și în privința dreptului convențional de preempțiune, aplicabil ori de câte ori nu există dispoziții speciale pentru

³ În reglementarea actuală, înstrăinarea prin vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan se poate face numai cu respectarea dreptului de preempțiune instituit prin Legea nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării terenurilor agricole situate în extravilan și de modificare a Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăților ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului.

⁴ Amintim cu titlu de exemplu: art. 364 din Codul administrativ potrivit căruia constructorii de bunăcredință pe un teren aflat în proprietatea privată a statului sau a unității administrativ-teritoriale beneficiază de un drept de preempțiune la cumpărarea terenului aferent construcțiilor; art. 28 din Ordonanța de urgență nr. 68/2008 privind vânzarea spațiilor proprietate privată a statului sau a unităților administrativ-teritoriale cu destinația de cabinete medicale, precum și a spațiilor în care se desfășoară activități conexe actului medical instituie, sub sancțiunea nulității relative, un drept de preempțiune la înstrăinarea prin vânzare a spațiilor și a terenurilor dobândite în condițiile acestei ordonanțe; art. 45 alin. (9) din Codul silvic instituie un drept de preempțiune al statului sau al unității administrativ-teritoriale la vânzarea unui teren care este limitrof cu fondul forestier proprietate publică a statului sau a unităților administrativ-teritoriale; art. 209 din Statutul profesiei de avocat instituie un drept de preempțiune în favoarea celorlalți asociați în cazul înstrăinării de către un asociat a părților sociale deținute într-o societate profesională cu răspunderea limitată; art. 36 din legea nr. 182/2000 privind protejarea patrimoniului cultural național mobil instituie un drept de preempțiune al statului la vânzarea bunurilor mobile culturale, proprietate a persoanelor fizice ori juridice, clasate în tezaur; art. 79 din Legea nr. 196/2018 privind înființarea, organizarea și funcționarea asociațiilor de proprietari și administrarea condominiilor potrivit căruia autoritățile administrației publice locale au un drept de preempțiune la vânzarea locuințelor aflate în procedura de executare silită pentru recuperarea datoriilor proprietarilor la cotele de contribuție la cheltuielile asociației; art. 4 din Legea nr. 422/2001 privind protejarea monumentelor istorice, republicată, cu modificările și completările ulterioare, referitoare la exercitarea dreptului de preempțiune al statului român, prin Ministerul Culturii, respectiv prin serviciile publice deconcentrate ale acestuia în cazul vânzării de monumente istorice aflate în proprietatea persoanelor fizice sau juridice de drept privat etc.

dreptul legal de preempțiune, ori prin voința lor părțile nu au convenit alte clauze, în cazul dreptului convențional de preempțiune⁵.

2. Domeniu de aplicare

Reglementarea dreptului de preempțiune în cadrul dispozițiilor legale destinate contractului de vânzare denotă intenția legiuitorului de a limita sfera contractelor de înstrăinare în care, în anumite condiții, acest drept trebuie respectat, numai la contractul de vânzare. Se vorbește atât de dreptul de preempțiune cât și de dreptul de preferință. Terminologia folosită nu trebuie să inducă în eroare: conceptele de drept de preferință, drept prioritar sau drept de preempțiune, deși toate desemnează un drept prioritar, pe fond există o distincție între aceste concepte: dreptul de preempțiune specific încheierii contractelor de vânzare și dreptul de preferință sau dreptul prioritar care însoțesc încheierea altor contracte decât vânzarea. Distincția este necesară, deoarece de un regim juridic configurat în Codul civil în partea dedicată contractului de vânzare se bucură numai dreptul de preempțiune, nu și celelalte drepturi prioritare sau de preferință destinate încheierii altor contracte. Numai dacă actul normativ special reglementează un drept prioritar cu trimitere la dreptul de preempțiune din materia vânzării, acest drept va urma regimul juridic conturat de actualul Cod civil pentru dreptul de preempțiune. Un drept prioritar la încheierea unui alt contract decât vânzarea nu va fi supus regimului juridic al dreptului de preempțiune așa cum este el configurat de Codul civil, decât dacă norma specială sau voința părților trimite expres la regimul preempțiunii de la contractul de vânzare⁶.

Mai mult decât atât, dreptul (legal) de preempțiune subzistă numai în cazul contractului de vânzare prin care se transmite dreptul de proprietate asupra unui anumit bun, nu și în cazul contractului de vânzare a unui dezmembrământ ori a unui alt drept. După cum s-a menționat în doctrină, dreptul legal de preempțiune reprezintă o derogare de la principiul liberei circulații a bunurilor cât și de la principiul potrivit căruia proprietarul dispune în mod exclusiv, absolut și perpetuu de bunul său⁷. Numai libertatea de a alege persoana cocontractantului este îngădită prin dreptul legal de preempțiune⁸. Fiind o excepție de la principiul

⁵ Potrivit art. 123 alin. (1) din Legea 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, „de la data intrării în vigoare a Codului civil, prevederile referitoare la dreptul de preempțiune cuprinse în legile speciale aflate în vigoare la această dată se completează cu dispozițiile art. 1.730 -1.740 din Codul civil”.

⁶ Spre exemplu, art. 1828 alin. (1) C. civ. instituie un drept de preferință al chiriei, în condiții egale, la încheierea unui nou contract de închiriere. Potrivit alin. (2) al aceluiași text: „dispozițiile referitoare la exercitarea dreptului de preempțiune în materia vânzării sunt aplicabile în mod corespunzător”.

⁷ Fr. Deak, L. Mihai, R. Popescu, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, vol. 1 actualizat de R. Popescu, ed. a V-a, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 69.

⁸ D. Chirică, *Tratat de drept civil. Contracte speciale vol. 1 Vânzarea și Schimbul*, Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 121.

potrivit căruia proprietarul poate dispune liber de bunul său, dreptul legal de preempțiune este reglementat prin norme imperative speciale care sunt de strictă interpretare și aplicare⁹.

3. Noțiunea și natura juridică a dreptului de preempțiune

O definiție a dreptului de preempțiune este dată de legiuitor în art. 1.730 alin. (1) C. civ.: „În condițiile stabilite prin lege sau contract, titularul dreptului de preempțiune, numit preemptor, poate să cumpere cu prioritate un bun”. Dreptul de preempțiune este un drept subiectiv civil care conferă titularului său prioritate la cumpărarea unui bun la preț egal față de alte persoane.

Dreptul de preempțiune poate avea ca izvor *legea* sau *convenția părților*. Ori de câte ori dreptul de preempțiune se naște din lege, fiind reglementat în diverse acte normative, dispozițiile care configurează regimul său juridic sunt imperative, menite a ocroti fie un interes de ordine publică, fie de cele mai multe ori un interes privat. Există un drept legal de preempțiune numai acolo unde legea prevede. Dreptul legal de preempțiune nu îl obligă pe proprietar să vândă. Odată exprimată intenția de a vinde, dreptul de preempțiune se va exercita în afara voinței acestuia care este obligat să îl respecte. Dreptul convențional de preempțiune este rodul voinței părților și se naște prin încheierea unui contract între proprietarul unui bun și cealaltă parte devenită preemptor (beneficiar), contract numit pact de preferință, prin care proprietarul se obligă, ca în cazul în care va decide să vândă bunul său, să-i acorde beneficiarului prioritate la cumpărare la preț egal. Nici în acest caz, prin încheierea unui pact de preempțiune, proprietarul nu se obligă să vândă¹⁰.

⁹ La data de 9 decembrie 2021, Tribunalul Alba a decis sesizarea Înaltei Curți în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile cu privire la următoarea chestiune de drept: modalitatea de interpretare a dispozițiilor art. (4) din Legea nr. 17/2014 privind respectarea dreptului de preempțiune la înstrăinarea prin vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan, în cazul încheierii unor contracte de vânzare a posesiei terenurilor agricole situate în extravilan reglementate de art. 13 alin. (5) din Legea nr. 7/1996 privind cadastrul și publicitatea imobiliară în contextul deciziei nr. 3 din 2 martie 2020 emisă de Agenția Națională de Cadastru și Publicitate Imobiliară, prin care s-a statuat că prevederile Legii nr. 17/2014 sunt aplicabile și contractelor de vânzare a posesiei terenurilor agricole situate în extravilan. Potrivit deciziei Înaltei Curți nr. 58/2022 pe această chestiune, în „interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 4 alin. (1) din Legea nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării terenurilor agricole situate în extravilan și de modificare a Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăților ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului, cu modificările și completările ulterioare, și ale art. 13 alin. (5) din Legea cadastrului și a publicității imobiliare nr. 7/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare, nu este necesară respectarea dreptului de preempțiune prevăzut de art. 4 alin. (1) din Legea nr. 17/2014 la încheierea unei convenții având ca obiect înstrăinarea posesiei asupra unui teren agricol din extravilan”, reținându-se printre alte considerente și acela că prin art. 10 C. civ. interzice în mod expres analogia în privința legilor care derogă de la o dispoziție generală, care restrânge exercițiul unor drepturi civile sau care prevăd sancțiuni civile. Or, art. 4 alin. (1) din Legea nr. 17/2014 impune o anumită condiție pentru încheierea valabilă a contractului de vânzare, anume dreptul de preempțiune.”

¹⁰ A se vedea și L. Pop, *Despre negocierile precontractuale și contractele preparatorii*, în RRDP nr. 4/2008, nr. 2.3 accesat online pe www.sintact.ro.

Fie că este legal, fie că este convențional, dreptul de preempțiune nu îl obligă pe proprietarul bunului decât atunci când acesta își manifestă intenția de a înstrăina prin vânzare. Până la acest moment, proprietarul poate încheia orice act juridic cu privire la bunul său; îl poate chiar înstrăina cu titlu oneros (printr-un alt contract decât vânzarea) sau cu titlu gratuit. Dreptul de preempțiune dobândește o existență certă în momentul în care proprietarul decide să vândă, până la acest moment, el fiind o simplă eventualitate¹¹. Cu alte cuvinte, nașterea dreptului de preempțiune depinde de voința unilaterală a proprietarului. În momentul în care proprietarul decide să vândă, prinde contur obligația de a vinde preemptorului *dacă* acesta dorește să cumpere. Obligația de a vinde preemptorului nu este o obligație simplă, întrucât eficacitatea ei depinde de voința acestuia din urmă. Dacă preemptorul decide să-și exercite dreptul de preempțiune, contractul de vânzare se încheie prin exercitarea preempțiunii. În consecință, preemptorul, prin manifestarea de voință unilaterală, are puterea de a decide perfectarea sau nu a contractului de vânzare. Ca natură juridică, dreptul de preempțiune nu este nici drept real, nici de creanță, este un drept potestativ, născut fie în cadru contractual cu acordul proprietarului bunului, fie în temeiul dispoziției legii, ce are în conținutul său prerogativa de a decide perfectarea contractului de vânzare, drept cu o existență certă numai din momentul în care proprietarul decide să vândă.

Natura juridică a dreptului de preempțiune a constituit un obiect de controversă în doctrină. A fost calificat inițial ca un drept real, opozabil *erga omnes*¹², această teorie nefiind însă la adăpost de critici¹³. Majoritatea autorilor a văzut în dreptul de preempțiune un drept potestativ¹⁴, alți autori l-au considerat un drept de creanță¹⁵. Sunt și autori care au exprimat o opinie mai nuanțată, calificându-l ca un drept de creanță atunci când se exercită *ante rem venditam*, conferind titularului său dreptul de a fi preferat la preț egal, și ca drept potestativ, atunci când este exercitat *post rem venditam*, conferind titularului său dreptul de a dobândi un bun cu preferință și la preț egal¹⁶. Deși aparent dreptul de preempțiune urmează același regim juridic, indiferent de natura sa legală sau convențională, anumite dispoziții legale sunt destinate numai dreptului legal de preempțiune, iar în

¹¹ A se vedea Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Drept civil. Contracte speciale*, Traducere de Diana Dănișor, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 92.

¹² Gh. Beleiu, *Dreptul de preempțiune reglementat de Legea nr. 18/1991 a fondului funciar*, în *Dreptul nr. 12/1992*, p. 5.

¹³ E. Chelaru, *Dreptul de preempțiune reglementat de Codul silvic*, în *Dreptul nr. 6/1997*, p. 18-19.

¹⁴ V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, vol. 1, Ed. Humanitas, București, 2004, p. 335-338; D. Chirică, *Tratat de drept civil...op. cit.*, p. 202; I. Negru, D. Corneanu (I), A.G. Ilie, M. Nicolae (II), *Discuții în legătură cu natura juridică a dreptului de preempțiune*, în *Dreptul nr. 1/2004*, pp. 22-64; Fr. Deak, R. Popescu, L. Mihai, *op. cit.*, p. 75.

¹⁵ R. Dincă, *Contractele civile speciale în Noul Cod civil. Note de curs*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 71.

¹⁶ M. Nicolae, *Drept civil. Teoria generală, vol. II, Teoria drepturilor subiective civile*, Ed. Solomon, București, 2018, pp. 99-100; E. Chelaru, *Titularul dreptului de preempțiune legală –spectator sau actor?*, în *RRDP nr. 1/2020, nr. 3*, accesat online pe www.sintact.ro.

eventualitatea unui conflict între aceste drepturi cu izvor diferit, întotdeauna va triumfa dreptul legal de preempțiune.

4. Exercițarea dreptului de preempțiune

Exercițarea dreptului de preempțiune urmează aceeași procedură, indiferent că dreptul de preempțiune este legal sau convențional. Potrivit art. 1.730 alin. (3) C. civ., în momentul în care preemptorul a respins oferta de vânzare, dreptul său de preempțiune cu privire la această ofertă se stinge. Prin urmare, dreptul de preempțiune se stinge numai dacă vânzătorul nu modifică oferta de vânzare; în ipoteza unei alte oferte, dreptul de preempțiune subzistă și, credem noi, va subzista ori de câte ori vânzătorul modifică oferta de vânzare.

Respingerea ofertei de vânzare poate fi făcută de preemptor expres sau tacit prin neacceptarea acesteia în termenul legal de exercitare a dreptului de preempțiune. Termenul legal de exercitare a preempțiunii diferă în funcție de categoria bunurilor asupra cărora poartă și este de 10 zile în cazul vânzării de bunuri mobile și de 30 de zile în cazul vânzării de bunuri imobile. Termenul curge în ambele cazuri fie de la comunicarea ofertei de vânzare, fie de la comunicarea contractului de vânzare încheiat de vânzător cu un terț.

Cât privește procedura de exercitare a dreptului de preempțiune, Codul civil a recunoscut două modalități de exercitare: *ante rem venditam* și *post rem venditam*. În varianta postcontractuală, proprietarul încheie direct contractul de vânzare cu terțul, însă sub condiția suspensivă a neexercitării dreptului de preempțiune, contract care ulterior este comunicat preemptorului în vederea exercitării dreptului de preempțiune. Din momentul formării sale, contractul dintre vânzător și terț generează *obligația vânzătorului de a notifica* preemptorului cuprinsul acestui contract, obligație de a face, prin care execută obligația sa principală de a încheia contractul de vânzare cu preemptorul. Notificarea contractului încheiat poate fi făcută și de către terțul cumpărător, însă o obligație în acest sens se naște numai în sarcina vânzătorului. Din interpretarea de ansamblu a prevederilor art. 1.732 alin. (1) și (2) C. civ., considerăm că vânzătorul este obligat să notifice fie cuprinsul contractului încheiat cu terțul, fie notificarea va cuprinde mențiunea că a fost perfectat un contract de vânzare și va indica numele și prenumele vânzătorului, descrierea bunului, sarcinile care îl grevează, termenii și condițiile vânzării, precum și locul unde este situat bunul. Procedura post-vânzare servește cel mai bine interesele proprietarului deoarece, existând deja un cumpărător, dreptul de preempțiune se va exercita în raport de prețul convenit cu acesta. Însă, pe de altă parte, pentru terțul cumpărător o astfel de vânzare nu este avantajoasă, implicând incertitudine cât și o serie de cheltuieli, cu plata prețului, cu perfectarea contractului etc, care ulterior pot deveni cu ușurință sursa unui prejudiciu în cazul în care contractul său se va desființa ca efect al neîndeplinirii condiției suspensive.

A doua modalitate de exercitare a dreptului de preempțiune nu este menționată în mod expres de legiuitor, dar ea rezultă implicit din economia art. 1.730 alin. (3) C. civ.¹⁷: proprietarul bunului, decidând înstrăinarea bunului său prin vânzare, comunică oferta de vânzare preemptorului (în acest caz dreptul de preempțiune se exercită antecontractual), ofertă care va cuprinde numele și prenumele vânzătorului, descrierea bunului, sarcinile care îl grevează, termenii și condițiile vânzării, prețul vânzării precum și locul unde este situat bunul. Preemptorul poate accepta sau nu oferta de vânzare. Dacă acceptă oferta de vânzare și consemnează și prețul la dispoziția vânzătorului în termenul de exercitare a preempțiunii ori convine cu acesta din urmă o altă dată ori modalitate de plată a prețului, contractul de vânzare este încheiat între vânzător și preemptor de la data comunicării acceptării. În cazul în care preemptorul respinge oferta de vânzare expres sau tacit, dreptul său de preempțiune pentru această ofertă s-a stins, iar vânzătorul poate încheia contractul de vânzare cu orice altă persoană, contract simplu, neafectat de modalități, cât timp privește aceeași ofertă. O modificare a ofertei de vânzare inițiale obligă din nou pe vânzător la respectarea dreptului de preempțiune, fie el legal, fie convențional.

Odată comunicată preemptorului fie oferta de vânzare, fie contractul de vânzare încheiat cu terțul, acesta poate exercita dreptul de preempțiune în termenul de 30 de zile în cazul bunurilor imobile sau în termenul de 10 zile în cazul bunurilor mobile, termene care curg de la momentul comunicării ofertei de vânzare sau, după caz, a contractului de vânzare dintre vânzător și terț. Dacă dorește cumpărarea bunului, preemptorul care a primit oferta de vânzare ori după caz contractul încheiat cu terțul, va comunica vânzătorului acceptarea sa însoțită de consemnarea prețului la dispoziția acestuia din urmă. Contractul de vânzare se consideră perfectat cu preemptorul de la data comunicării acceptării sale. Potrivit art. 1.732 alin. (3) C. civ. plata prețului este o condiție pentru exercitarea dreptului de preempțiune; comunicarea acceptării neînsoțită de plata efectivă a prețului, în termenul de exercitare a preempțiunii, echivalează cu neexercitarea dreptului de preempțiune și obligația vânzătorului față de preemptor este stinsă. Deducem că etapele formării contractului de vânzare prin exercitarea preempțiunii post vânzare sunt următoarele: de îndată ce vânzătorul a încheiat contractul cu un terț, are obligația de a notifica preemptorului încheierea acestui contract. Preemptorul care dorește cumpărarea bunului va face acceptarea în formă autentică sub sancțiunea nulității absolute, ori de câte ori bunul este imobil, apoi va consemna prețul la dispoziția vânzătorului. Va comunica acceptarea și consemnarea prețului către vânzător, iar de la data comunicării contractul de vânzare este încheiat cu preemptorul, totodată desființându-se cu efect retroactiv contractul de vânzare încheiat cu terțul.

Etapele sunt altele în cazul în care dreptul convențional de preempțiune în legătură cu un imobil se notează în cartea funciară (art. 1.737 C. civ.). Dacă dreptul convențional de preempțiune a fost notat în cartea funciară pentru opozabilitate,

¹⁷ Potrivit art. 1.730 alin. (3) C. civ.: „Titularul dreptului de preempțiune care a respins o ofertă de vânzare nu își mai poate exercita acest drept cu privire la contractul ce i-a fost propus...”

contractul de vânzare încheiat de vânzător cu terț se va înscrie provizoriu, ca orice alt drept real imobiliar afectat de o condiție¹⁸. Înscrierea acestui contract se comunică de îndată preemtorului de către cartea funciară, în vederea exercitării dreptului de preempțiune, fapt ce înlocuiește obligația vânzătorului de a comunica preemtorului cuprinsul contractului ori după caz notificarea cu toate elementele prevăzute de art. 1.732 alin. (2) C. civ. Pentru ca preemtorul să poată exercita dreptul de preempțiune, comunicarea încheierii de carte funciară trebuie să cuprindă toate elementele impuse de art. 1.732 alin. (2) C. civ. Înscrierea în cartea funciară a contractului dintre vânzător și terț se face sub condiția suspensivă ca, în termen de 30 de zile de la comunicarea către preemtor a încheierii privind înscrierea dreptului terțului cumpărător, acesta să nu notifice biroului dovada consemnării prețului la dispoziția vânzătorului. Dacă preemtorul, căruia i s-a comunicat încheierea de carte funciară, dorește să își exercite dreptul de preempțiune, în virtutea art. 1737 alin. (3) C. civ., el va consemna prețul la dispoziția vânzătorului și va notifica biroului de carte funciară consemnarea prețului înăuntrul termenului de 30 de zile de la comunicarea încheierii. Totodată, în temeiul acestei notificări, preemtorul poate cere biroului de carte funciară radierea dreptului terțului și înscrierea dreptului său. Notificarea făcută în termen biroului de carte funciară înlocuiește comunicarea pe care preemtorul, în celelalte cazuri, trebuie să o facă vânzătorului cu privire la acceptarea ofertei și consemnarea prețului. Dacă preemtorul nu a adresat biroului de carte funciară notificarea privind consemnarea prețului la dispoziția vânzătorului, în termenul de 30 de zile de la data comunicării încheierii privind înscrierea dreptului terțului cumpărător, dreptul de preempțiune se stinge și se radiază din oficiu din cartea funciară, odată cu intabularea dreptului de proprietate în favoarea terțului cumpărător. Simpla comunicare către vânzător a acceptării contractului, fără plata efectivă a prețului nu produce efecte și, odată cu împlinirea termenului de 30 de zile, dreptul de preempțiune se stinge.

5. Efectele exercitării dreptului de preempțiune

Dacă vânzătorul a comunicat preemtorului oferta sa de vânzare, exercitarea dreptului de preempțiune prin acceptarea acestei oferte conduce la încheierea contractului de vânzare între vânzător și preemtor de la data comunicării acceptării. Când vânzătorul a încheiat mai întâi contractul de vânzare cu un terț, exercitarea dreptului de preempțiune după încheierea vânzării, reprezentând neîndeplinirea condiției suspensive, conduce la perfectarea vânzării între proprietar și preemtor în condițiile cuprinse în contractul acestuia cu terțul, și totodată la desființarea cu efect retroactiv a vânzării dintre proprietar și terț. Atunci când în contractul încheiat

¹⁸ Art. 898 pct. 1 C. civ.: „În afara altor cazuri prevăzute de lege, înscrierea provizorie în cartea funciară se va putea cere: 1. dacă dreptul real dobândit este afectat de o condiție suspensivă ori rezolutorie sau dacă privește ori grevează o construcție viitoare; în cazul înscrierii provizorii având ca obiect o construcție viitoare, justificarea acesteia se face în condițiile legii”.

cu terțul s-au acordat termene de plată a prețului, preemtorul nu se poate prevala de aceste termene (art. 1.736 C. civ.).

Dacă terțul cumpărător a fost de bună-credință, prevede art. 1.733 C. civ., el are dreptul la garanția pentru evicțiunea suferită prin exercitarea dreptului de preempțiune. Este terț de bună-credință atât cel care a contractat necunoscând (nefiindu-i adusă la cunoștință) existența dreptului de preempțiune, dar și cel care a încheiat contractul de vânzare cu proprietarul, cunoscând existența dreptului de preempțiune și acceptând să încheie contractul sub condiția suspensivă a neexercitării preempțiunii de către preemtor. În acest ultim caz, terțul dobânditor nu are dreptul la garanția pentru evicțiune, întrucât el a cunoscut la momentul perfectării contractului existența dreptului de preempțiune, astfel că el nu suferă o evicțiune ci suportă efectele neîndeplinirii condiției suspensive, eficacitatea contractului depinzând de îndeplinirea sau neîndeplinirea condiției.

Terțul de bună-credință¹⁹ care are dreptul la garanția contra evicțiunii de la vânzător întrucât a suferit o evicțiune este cel care la momentul încheierii contractului cu vânzătorul, nu a cunoscut existența dreptului de preempțiune, având convingerea că a dobândit un drept simplu. Necunoașterea de către terț a existenței unui drept de preempțiune presupune că acesta nu a fost informat de către vânzător asupra existenței acestui drept la momentul încheierii contractului și nici nu a putut să cunoască singur regimul juridic al dreptului transmis, ceea ce implică faptul că în contractul încheiat cu proprietarul, transferul dreptului de proprietate nu a fost afectat de condiția suspensivă a neexercitării unui drept de preempțiune. Art. 1.731 C. civ. dispune că vânzarea bunului asupra căruia poartă un drept legal sau convențional de preempțiune *se poate face* către un terț *numai sub condiția suspensivă* a neexercitării dreptului de preempțiune de către preemtor, iar art. 1.733 alin. (2) C. civ. prevede că nu produc efecte față de preemtor „clauzele contractului încheiat cu terțul având drept scop să împiedice exercitarea dreptului de preempțiune”. Printr-o interpretare de ansamblu a acestor prevederi legale, conchidem că acele clauze contractuale dintre vânzător și terț, prin care se convine transferul simplu al dreptului, fără afectarea sa de condiția suspensivă a neexercitării preempțiunii, *nu produc efecte față de preemtor. Față de preemtor*, un astfel de contract este afectat de condiția suspensivă potestativă *ex lege* din partea sa. Această condiție suspensivă născută din lege afectează contractul dintre vânzător și terț, indiferent care ar fi clauzele acestuia ori indiferent de intenția părților manifestată la încheierea actului.

Sanctiunea inopozabilității acelor clauze contractuale care ar urmări să împiedice exercitarea dreptului de preempțiune este pe deplin asigurată atunci când dreptul de preempțiune își are izvorul în lege întrucât nimeni nu se poate prevala de necunoașterea legii. În raporturile sale cu vânzătorul, terțul cumpărător rămâne însă de bună-credință întrucât vânzătorului îi revenea obligația precontractuală de

¹⁹ Cu privire la conceptul de bună-credință, a se vedea și M. Nicolae, *Buna credință și echitatea în Noul Cod civil*, în RRDP nr. 4/2020, accesat online pe www.sintact.ro.

a-l informa cu privire la existența dreptului legal de preempțiune, mai ales atunci când cunoașterea acestui drept nu era de notorietate și nici nu rezulta din registrele de publicitate²⁰, astfel că el are dreptul la garanție de la vânzător pentru evicțiunea suferită.

În cazul dreptului convențional de preempțiune, pentru ca preemptorul să se prevaleze de dispozițiile art. 1.731 și 1.733 alin. (2) C. civ. și să invoce inopozabilitatea față de el a clauzelor contractuale ce împiedică exercitarea dreptului de preempțiune cum ar fi acelea prin care părțile au intenționat un transfer simplu, imediat al dreptului de proprietate, neafectat de modalități, este necesar ca dreptul său de preempțiune să fie opozabil terțului cumpărător. Numai sub condiția opozabilității, terțul cumpărător va suporta efectele juridice care decurg din exercitarea/neexercitarea acestuia. Dacă acest drept este opozabil terțului la momentul perfectării contractului cu proprietarul, el va produce același efect precum dreptul legal de preempțiune: contractul de vânzare este încheiat *ex lege* sub condiția suspensivă a neexercitării dreptului de preempțiune, fie că părțile au convenit expres în acest sens, fie că nu au inserat în contract condiția suspensivă.

În caz contrar, dacă dreptul convențional de preempțiune nu este opozabil terților, contractul încheiat între vânzător și terțul de bună-credință (care nu a cunoscut existența dreptului de preempțiune), neafectat de condiția suspensivă a exercitării dreptului de preempțiune, nu mai poate fi desființat și terțul a dobândit dreptul de proprietate de la momentul perfectării contractului ca un drept simplu. Vânzătorul de rea-credință va răspunde față de preemptor pe temei contractual pentru prejudiciul cauzat prin nerespectarea pactului de preferință. Când dreptul convențional de preempțiune privește un bun imobil, opozabilitatea acestuia se realizează prin notarea în cartea funciară; lipsa notării dreptului de preempțiune în cartea funciară conduce la inopozabilitatea acestui drept, astfel că dreptul de proprietate dobândit de terțul de bună-credință (care s-a întemeiat pe cuprinsul cărții funciare și nu a cunoscut pe altă cale existența dreptului) este un drept simplu, neafectat de vreo condiție suspensivă, preemptorul având la dispoziție numai remediul despăgubirilor pe temeiul răspunderii contractuale a vânzătorului. Dacă dreptul convențional privește un bun mobil, buna-credință a terțului dobânditor cu titlu oneros îl apără pe acesta împotriva oricărei acțiuni a preemptorului; terțul de bună-credință a cumpărat un drept de proprietate simplu, iar preemptorul va avea și în acest caz, dreptul numai la daune-interese pentru prejudiciul suferit prin nerespectarea de către vânzător a dreptului său convențional de preempțiune.

6. Nerespectarea dreptului de preempțiune. Remediile preemptorului

De multe ori în cazul dreptului legal de preempțiune la perfectarea anumitor contracte de vânzare, actul normativ care îl reglementează stabilește și procedura de exercitare cât și sancțiunea nerespectării acestui drept, identificată nu de puține

²⁰ Fr. Deak, R. Popescu, L. Mihai, *op. cit.*, p. 74.

ori ca fiind nulitatea²¹. Ori de câte ori dreptul de preempțiune nu are un regim stabilit de norma specială, devin aplicabile prevederile Codului civil ca drept comun în materie. De vreme ce Codul civil recunoaște o dublă modalitate de exercitare a preempțiunii, ante-vânzare și post-vânzare, sancțiunea nerespectării dreptului de preempțiune nu poate fi nulitatea contractului de vânzare încheiat cu terțul cumpărător cu nerespectarea dreptului de preempțiune, ci numai inopozabilitatea acelor clauze care împiedică exercitarea dreptului post rem venditam²².

Când dreptul de preempțiune își are izvorul în lege și este supus unei anumite proceduri speciale de exercitare, este greu de imaginat o situație în care vânzarea bunului s-ar realiza cu nerespectarea dreptului de preempțiune. Și în cazul dreptului convențional de preempțiune asupra unui bun imobil ce a fost notat în cartea funciară, având în vedere rolul activ al cărții funciare în îndeplinirea procedurii de exercitare, este greu de crezut că vânzarea bunului imobil s-ar realiza cu încălcarea dreptului de preempțiune.

Alta este situația când dreptul convențional de preempțiune cu privire la un imobil a fost cunoscut efectiv de către terțul cumpărător, deși nu a fost notat în cartea funciară, cunoaștere pe care preemptorul o poate dovedi. În acest caz precum și în acelea în care proprietarul bunului a reușit vânzarea cu nerespectarea dreptului legal de preempțiune, preemptorul se va prevala de dispozițiile art. 1.733 alin. (1) C. civ. și art. 1.731 C. civ., față de el contractul încheiat de vânzător cu terțul fiind afectat de condiția suspensivă *ex lege* a neexercitării preempțiunii și aceasta întrucât, pe de o parte, vânzarea către un terț a unui bun asupra căruia poartă un drept de preempțiune, legal sau convențional, se poate face numai sub condiția suspensivă a neexercitării dreptului de preempțiune (art. 1.731 C. civ.) și, pe de altă parte, clauzele contractului încheiat cu terțul având drept scop să împiedice exercitarea dreptului de preempțiune, nu produc efecte față de preemptor. Numai în cazul în care procedura de exercitare a dreptului de preempțiune a fost îndeplinită antecontractual și preemptorul nu și-a exercitat dreptul său, contractul încheiat cu terțul poate fi un contract simplu.

Dacă vânzătorul nu a notificat mai întâi preemptorului oferta sa de vânzare pentru ca acesta să-și poată exercita dreptul de preempțiune și a încheiat direct contractul cu terțul cumpărător, în sarcina lui s-a născut obligația de a notifica

²¹ Potrivit art. 16 din Legea nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan și de modificare a Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului, înstrăinarea „prin vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan fără respectarea dreptului de preempțiune, potrivit prevederilor art. 4 și 4¹, sau fără obținerea avizelor prevăzute la art. 3 și art. 9 alin. (1) și (2) este interzisă și se sancționează cu nulitatea absolută”.

²² În art. 1.123 alin. (2) din Ordonanța nr. 131 din 10 februarie 2016 privind Reforma dreptului contractelor, legiuitorul francez a prevăzut: atunci când vânzătorul încheie contractul de vânzare cu un terț, cu violarea pactului de preferință, beneficiarul pactului poate obține repararea prejudiciului suferit. Atunci când terțul a cunoscut existența pactului și intenția beneficiarului de a se prevala de pact, acesta din urmă poate obține în egală măsură anularea contractului de vânzare ori substituția în locul terțului în contractul de vânzare încheiat cu vânzătorul.

preemptorului contractul încheiat în conformitate cu art. 1.732 alin. (1) C. civ., această notificare creând premisele pentru îndeplinirea sau neîndeplinirea condiției suspensive²³. Atât timp cât vânzătorul sau terțul cumpărător nu au notificat preemptorului contractul încheiat, dreptul de preempțiune nu poate fi exercitat, lipsind premisele ce pot conduce la îndeplinirea sau neîndeplinirea condiției suspensive. Prin urmare, vânzătorul rămâne proprietar al bunului sub condiție rezolutorie, neputând opera transferul simplu de proprietate, neafectat de modalități, către terțul cumpărător. Actele juridice efectuate de terțul cumpărător în această perioadă cu privire la bun, vor fi actele unui proprietar sub condiție suspensivă.

Obligația vânzătorului de a-l notifica pe preemptor cu privire la perfectarea vânzării cu un terț este o obligație patrimonială de a face, născută în momentul încheierii contractului cu terțul cumpărător. Dacă vânzătorul nu își execută obligația, preemptorul poate obține obligarea lui la comunicarea contractului de vânzare încheiat cu terțul cumpărător. Dreptul său la această acțiune curge de la data la care a luat cunoștință despre contractul încheiat de vânzător cu terțul cumpărător²⁴. În urma comunicării către preemptor a contractului de vânzare încheiat cu terțul, în temeiul hotărârii judecătorești, acesta poate să exercite dreptul de preempțiune în condițiile art. 1.732 C. civ.²⁵. Odată exercitat acest drept, de la data comunicării către proprietar se produc (în virtutea legii) efectele prevăzute de art. 1.733 C. civ.: încheierea contractului între preemptor și vânzător și desființarea retroactivă a contractului dintre vânzător și terț, fără ca proprietarul sau terțul să se poată opune.

Dacă dreptul de preempțiune este convențional și nu este opozabil terțului cumpărător, astfel cum menționam anterior, el nu poate produce efectele stipulate de art. 1.731 și 1.733 alin. (1) C. civ., contractul încheiat de vânzător cu terțul cumpărător de bună-credință, care nu a cunoscut existența dreptului de preempțiune, este valabil, transferând dreptul de proprietate într-un mod simplu (neafectat de condiție) către terț chiar la momentul perfectării sale. Preemptorul nu mai poate exercita dreptul său de preempțiune, ci numai dreptul la despăgubiri, răspunderea proprietarului fiind întemeiată pe contractul care a dat naștere dreptului de preempțiune. În acest caz, încălcarea dreptului convențional de preempțiune naște în patrimoniul preemptorului un drept de creanță împotriva proprietarului pentru prejudiciul suferit.

7. Pluralitatea de bunuri vândute

Dacă bunul, asupra căruia poartă dreptul de preempțiune, a făcut obiectul contractului încheiat cu terțul împreună cu alte bunuri asupra cărora nu există un

²³ Art. 1.732 alin. (1) C. civ.: „Vânzătorul este obligat să notifice de îndată preemptorului cuprinsul contractului încheiat cu un terț. Notificarea poate fi făcută și de acesta din urmă.”

²⁴ Art. 2.523 C. civ.

²⁵ În sensul că sancțiunea aplicabilă contractului de vânzare încheiat între vânzător și terț fără ca aceștia să fi introdus în contractul lor condiția suspensivă a neexercitării dreptului legal de preempțiune este nulitatea parțială, fie absolută, fie relativă, în funcție de natura interesului ocrotit prin instituirea unui astfel de drept, a se vedea R. Dincă, *op. cit.*, p. 69.

drept de preempțiune, toate vândute pentru un preț unic, exercitarea dreptului de preempțiune se va face diferit, după cum bunurile vândute împreună pot fi ori nu separate fără a-l prejudicia pe vânzător. Dacă bunul ce formează obiectul dreptului de preempțiune poate fi separat de celelalte bunuri cu care fusese înstrăinat, fără a-l prejudicia pe vânzător, dreptul de preempțiune se va exercita numai asupra bunului asupra căruia poartă, pentru o parte din preț proporțională cu valoarea acestui bun. Atunci când bunul ce formează obiectul dreptului de preempțiune nu poate fi separat de celelalte bunuri împreună cu care a fost înstrăinat, deoarece această separare ar produce proprietarului-vânzător o pagubă, exercitarea dreptului de preempțiune se va face cu privire la toate bunurile care au format obiectul contractului de vânzare încheiat cu terțul, preemtorul trebuind să consemneze prețul stabilit pentru toate bunurile vândute²⁶.

8. Concursul dintre preemtori

Art. 1.734 C. civ. prevede cu titlu imperativ preemtorul care va avea câștig în cazul în care mai mulți titulari și-au exercitat preempțiunea asupra aceluiași bun. Criteriile în funcție de care va fi determinat partenerul contractual al vânzătorului țin de izvorul și opozabilitatea dreptului de preempțiune, cât și de voința vânzătorului. Astfel:

a) vânzătorul va încheia contractul cu titularul dreptului legal de preempțiune atunci când acest drept se află în concurs cu unul sau mai multe drepturi convenționale de preempțiune;

b) vânzătorul va alege titularul dreptului legal de preempțiune cu care va încheia contractul atunci când mai multe drepturi legale de preempțiune poartă asupra aceluiași bun;

c) în caz de concurs între mai multe drepturi convenționale de preempțiune asupra unui bun imobil, vânzătorul va încheia contractul cu titularul care și-a înscris primul dreptul în cartea funciară;

d) în cazul în care mai multe drepturi convenționale de preempțiune poartă asupra unui bun mobil, vânzătorul va încheia contractul cu titularul dreptului având data certă cea mai veche.

O clauză contractuală prin care s-ar stabili o altă ordine de preferință, în cazul concursului între mai multe drepturi de preempțiune decât cea edictată de textul legal, este considerată nescrisă.

9. Caracterile juridice ale dreptului de preempțiune. Stingerea dreptului de preempțiune

Dreptul de preempțiune este indivizibil și incesibil (art. 1.739 C. civ.). Dreptul legal de preempțiune este indisolubil legat de o anumită calitate a titularului său

²⁶ Art. 1.735 C. civ.

și subzistă în persoana celui care întrunește această calitate, de care legea leagă nașterea dreptului de preempțiune²⁷. El nu poate fi înstrăinat distinct de această calitate a titularului său, față de care are un caracter accesoriu.

În cazul dreptului convențional de preempțiune, acesta nu poate fi cedat prin acte juridice *inter vivos*, având un caracter strict personal. Dreptul convențional de preempțiune constituit pe durată nedeterminată se stinge prin moartea preempătorului. Când a fost constituit pe un anumit termen, dreptul de preempțiune se stinge la împlinirea termenului. Acest termen nu poate depăși însă 5 ani, iar dacă a fost constituit pe o durată mai mare, se va reduce de drept la 5 ani²⁸.

Scurte concluzii

Dreptul legal de preempțiune a cunoscut o evoluție spectaculoasă de la prima sa reglementare și până în prezent. Se întâlnește azi în mai multe ramuri ale dreptului, fie că vorbim de Codul civil, Legea nr. 17/2014 sau de Codul silvic ori Codul administrativ. Este un mecanism juridic cu o configurație în continuă mișcare, întâlnit în acele domenii în care legiuitorul a considerat necesară intervenția pentru realizarea anumitor obiective de politică economică și socială. Reprezentând o excepție de la principiul potrivit căruia proprietarul dispune exclusiv de bunul său, normele legale ce reglementează dreptul legal de preempțiune sunt de strictă interpretare. Normele Codului civil, reprezentând dreptul comun în materia dreptului de preempțiune, se vor aplica în completarea normei speciale ori a voinței părților pentru a configura regimul juridic al acestui mecanism.

BIBLIOGRAFIE

1. V. Georgescu, O. Sachelarie, V. Șotropă, *Instituții feudale din Țările Române. Dicționar*, Ed. Academiei, București, 1988.
2. V. Georgescu, *Bizanțul și instituțiile românești până la mijlocul secolului al XVIII-lea*, Ed. Academiei, București 1980.
3. M.L. Istrătoaie, *Contracte civile speciale*, Ed. C.H. Beck, București 2017.
4. Fr. Deak, L. Mihai, R. Popescu, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, vol. I actualizat de R. Popescu, ed. a V-a, Ed. Universul Juridic, București, 2017.
5. D. Chirică, *Tratat de drept civil. Contracte speciale Vol. 1 Vânzarea și Schimbul*, Ed. Hamangiu, București, 2017.
6. L. Pop, *Despre negocierile precontractuale și contractele preparatorii*, în RRDP nr. 4/2008
7. Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Drept civil. Contracte speciale*, Traducere de Diana Dănișor, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009.

²⁷ Spre exemplu, dreptul legal de preempțiune al coproprietarilor sau proprietarului vecin care poartă asupra vânzării terenurilor forestiere se naște în persoana celui care are calitate de coproprietar sau proprietar vecin la momentul la care proprietarul decide vânzarea terenului său.

²⁸ Art. 1.740 C. civ.

8. Gh. Beleiu, Dreptul de preempțiune reglementat de Legea nr. 18/1991 a fondului funciar, în Dreptul nr. 12/1992.

9. E. Chelaru, *Dreptul de preempțiune reglementat de Codul silvic*, în Dreptul nr. 6/1997.

10. V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, vol. 1, Ed. Humanitas, București, 2004;

11. I. Negru, D. Corneanu (I), A.G. Ilie, M. Nicolae (II), *Discuții în legătură cu natura juridică a dreptului de preempțiune*, în Dreptul nr. 1/2004.

12. R. Dincă, *Contractele civile speciale în Noul Cod civil. Note de curs*, Ed. Universul Juridic, București, 2013.

13. M. Nicolae, *Drept civil. Teoria generală, vol. II, Teoria drepturilor subiective civile*, Ed. Solomon, București, 2018.

14. E. Chelaru, *Titularul dreptului de preempțiune legală – spectator sau actor?*, în RRDP nr. 1/2020.

15. M. Nicolae, *Buna credință și echitatea în Noul Cod civil*, în RRDP nr. 4/2020.

16. Decizia ÎCCJ nr. 58/2022 Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept.

ACȚIUNEA ÎNTEMEIATĂ PE ÎMBOGĂȚIREA FĂRĂ JUSTĂ CAUZA vs ACȚIUNEA ÎN RĂSPUNDERE CIVILĂ. STUDIU DE CAZ

*Asist. univ. dr. Răzvan SCAFEȘ
Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova
Avocat Baroul Dolj*

Abstract

Article 1165 Civil Code places unjust enrichment among the sources of the civil obligations, distinct from contracts or illegal legal acts, and art. 1345 C. civ. expressly regulates the restitution obligation of those who have been unjustly enriched at the expense of another. The analysis of the application of this institution must therefore start from the lack of a contractual basis for the amounts claimed, the legitimate legal fact being a basis of extra-contractual liability distinct from the basis of tortious civil liability. Also, the incident of the existence of a possible case of fault in the execution of a legal obligation, therefore of the civil offense, must be analyzed in order to also rule out the tortious liability.

Keywords: *unjust enrichment, contractual liability, tortious liability, legitimate legal fact, civil obligations.*

Starea de fapt avută în vedere se referă la încheierea de către o societate, în calitate de executant, împreună cu o autoritate contractantă¹, a unui Contract de lucrări pentru executarea unor lucrări de construcții. Având în vedere lipsa fondurilor bănești pentru autoritatea contractantă executarea efectivă a contractului s-a prelungit în timp, fiind încheiate în acest sens mai multe acte adiționale la acest Contract de lucrări. Suplimentar, între aceleași părți se încheie și un Acord-cadru de lucrări, urmat de contracte subsecvente, pentru executarea altor lucrări de construcție.

Lucrările au fost finalizate, fiind acceptate de către autoritatea contractantă prin semnarea documentației specifice (liste de cantități, procese verbale), care confirmă atât lucrările executate cât și contravaloarea acestora.

¹ În temeiul O.U.G. nr. 34/2006 privind achizițiile publice, act normativ în vigoare la data derulării procedurii de atribuire a respectivelor contracte.

În acest context, în urma unui control efectuat de Curtea de Conturi și a concluziilor raportului de control, autoritatea contractantă obține, prin hotărâre judecătorească definitivă **constatarea nulității dispozițiilor din actele juridice încheiate între părți, privind posibilitatea de actualizare a prețului contractelor în funcție de diferite criterii** reținându-se, în esență, că legislația aplicabilă contractelor de achiziții publice de lucrări, coroborată cu prevederile documentației de atribuire și cele contractuale, nu permit actualizarea prețurilor în condițiile date, astfel că orice dispoziții contractuale în acest sens sunt contrare normelor de ordine publică. Ca efect al admiterii definitive a acestei cereri, societatea este obligată la restituirea sumelor primite cu titlu de preț actualizat, în temeiul principiului *restitutio in integrum*.

Într-o astfel de situație se naște întrebarea: există un temei al obligării autorității contractante la plata sumelor de bani reprezentând diferența între lucrările achitate efectiv și contravaloarea reală a lucrărilor de care beneficiază? Practic, raportat la soluția de constatare a nulității clauzelor privind actualizarea prețurilor, se creează o situație inechitabilă în raport de obligațiile executate între părți în cadrul raportului juridic dintre acestea: prestația societății (lucrările executate) este superioară din punct de vedere al efectului patrimonial față de prestația autorității contractante (plata prețului în varianta finală, excluzând actualizările), ceea ce nu este în acord cu voința părților sau cu specificul raportului dintre părți.

De asemenea, subliniem că dat fiind momentul executării contractelor de achiziție publică de lucrări, nu au fost aplicabile prevederile O.U.G. nr. 127/2022, O.U.G. nr. 47/2022 sau a oricărui alt act normativ care să prevadă în cuprinsul acestuia posibilitatea generală de actualizare a prețurilor contractelor încheiate între autoritate și societate sau eventuale criterii ce ar trebui avute în vedere sub acest aspect.

1. Considerații generale privind aplicarea instituției îmbogățirii fără justă cauză

În opinia noastră, se poate reține aplicarea instituției îmbogățirii fără justă cauză. O astfel de soluție are în vedere împrejurarea că autoritatea contractantă a recepționat lucrări de o anumită valoare, de care a beneficiat neîntrerupt de la momentul execuției acestora, însă a achitat în realitate o valoare diminuată, ca efect al hotărârilor pronunțate în dosarul în care s-a constatat nulitatea absolută a dispozițiilor contractuale care permiteau ajustarea prețurilor. Dat fiind acest context, apreciem că **nu ar exista un temei juridic contractual pentru aplicarea unei ajustări**. Ca atare, fiind de necontestat valoarea reală a lucrărilor executate, diferența calculată inițial ca ajustare de preț și față de care s-a stabilit cu autoritate de lucru judecat că nu poate fi astfel justificată, a fost pretinsă în lipsa unei dispoziții contractuale.

Se poate aprecia astfel că solicitarea de obligare a autorității contractante la plata contravalorii diferenței de valoare a lucrărilor realizate nu poate fi valorificată pe calea unei acțiuni întemeiată pe procedura specială instituită de legislația achizițiilor publice sau o acțiune în răspundere civilă, contractuală sau delictuală.

Articolul 1.165 C. civ. plasează îmbogățirea fără justă cauză în rândul izvoarelor obligaționale, distinct față de contracte sau faptele juridice ilicite, iar art. 1.345 C. civ. reglementează expres obligația de restituire a celor care s-a îmbogățit fără justă cauză în detrimentul altuia.

Analiza aplicării acestei instituții trebuie să pornească așadar de la lipsa unui temei contractual pentru sumele pretinse, faptul juridic licit fiind un temei al răspunderii extracontractuale distinct de temeiul răspunderii civile delictuale. Sub acest aspect, s-a reținut că *„îmbogățirea fără justă cauză este privită ca un izvor de obligații, și nu ca o exigență morală, care sugerează că motivul creșterii patrimoniale nu este justificată din punct de vedere juridic, în sensul existenței unei cauze eficiente (...) din acest fapt juridic al îmbogățirii fără justă cauză ia naștere un raport obligațional prin care cel care își vede diminuat patrimonial are dreptul intentării oricărei acțiuni în justiție prin care să pretindă restituirea de la cel îmbogățit nu cu ceea ce acesta și-a mărit patrimoniul și în această limită, ci în detrimentul său”*².

De altfel, jurisprudența franceză a analizat prin hotărârea din 1892 în cauza *Patureau-Mirand*³ acțiunea *de im rem verso* ca *„derivând dintr-un principiu de echitate care interzice să te îmbogățești pe spinarea altuia și nefiind reglementată de nici un text de lege, exercițiul său nu este supus nici unei condiții determinate; este suficient, pentru a o face admisibilă, ca reclamantul să afirme sau să se ofere să stabilească că printr-un sacrificiu sau printr-o faptă personală a sa a dat naștere unui avantaj pe care l-ar fi procurat cel contra căruia face acțiunea”*.

Ca atare, relevantă este diminuarea patrimonială nejustificată (legal sau contractual), ceea ce înseamnă că în analiza condițiilor îmbogățirii fără justă cauză, prezintă deosebit interes contextul în care s-a realizat această diminuare. Cu toate acestea, *„limita sau dublul plafon care îngrădește pretențiile însărăcitului este menționată în art. 1.345 C. civ.: în limita propriei îmbogățiri înseamnă că în măsura sporului patrimonial de care a beneficiat îmbogățitul, chiar dacă însărăcirea este mai mare (...) în măsura pierderii patrimoniale, chiar dacă îmbogățirea a fost mai mare”*⁴.

Totodată, *„pentru a se constitui raportul juridic specific îmbogățirii fără justă cauză, este necesar ca, pe de-o parte, în relația dintre cele două patrimonii, astfel cum a fost prezentată mai sus, să se identifice o legătură de cauzalitate și, pe de altă parte, îmbogățirea să nu fie rezultatul unei fapte imputabile celui îmbogățit”*⁵.

² Monna-Lisa Belu Magdo, *Răspunderea extracontractuală în reglementarea Codului civil și în legislația conexă*, Ed. Hamangiu, București, 2023, p. 476.

³ Chambre des requetes, 15 iunie 1892, disponibilă în rezumat pe <https://www.manuels-de-droit.fr/chambre-des-requetes-15-juin-1892-patureau-mirand/>, consultat ultima dată la 01.06.2023 și analizată în Philippe Malaurie, Laurent Aynes, Philippe Stoffel-Munck (traducere Diana Dănișor), *Drept civil. Obligațiile*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2010, p. 606.

⁴ Călina Jugastru, *Drept civil. Obligațiile*, Ed. Hamangiu, București, 2023, p. 147.

⁵ Flavius-Antoniou Baias, Eugen Chelaru, Rodica Constantinovici, Ioan Macovei, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C. H. Beck. București, 2012, p. 1081.

2. Îndeplinirea condițiilor materiale și juridice ale îmbogățirii fără justă cauză în situația descrisă:

În ceea ce privește condițiile ce se cer a fi îndeplinite pentru a fi incidentă îmbogățirea fără justă cauză, s-a reținut că este necesară îndeplinirea unor condiții materiale și a unor condiții juridice⁶.

Cu privire la condițiile materiale:

a) Patrimoniul unei persoane să fi înregistrat o creștere a activului:

În speță, patrimoniul autorității contractante s-a mărit prin primirea unor lucrări de care aceasta beneficiază și prin serviciul de execuție a lucrărilor, deși aceasta a achitat o sumă mai mică decât valoarea respectivelor lucrări. Astfel, odată ce autoritatea contractantă a acceptat prin listele de lucrări și procesele verbale încheiate lucrările executate, de care și beneficiază efectiv, creșterea patrimonială are în vedere contravaloarea efectivă a lucrărilor care au intrat în patrimoniul său.

Cu toate acestea, între valoarea lucrărilor efectiv executate și valoarea lucrărilor achitate de către autoritate, există o diferență constând în prețul actualizat, pentru care nu mai există (efect al constatării nulității) o dispoziție contractuală care să justifice perceperea sa. Cu alte cuvinte, deși societatea a realizat lucrările în beneficiul părții la un cost superior, acestea nu au fost achitate la valoarea reală, ci la valoarea stabilită prețului inițial, fără actualizare.

De altfel, doctrina a stabilit că „*îmbogățirea poate consta în avantajele cuantificate bănești în înțelesul valoric al banilor ca instrument al plății, constând în augmentarea patrimoniului cu dobândirea unui bun, edificarea unei construcții*”⁷.

b) Patrimoniul altei persoane să fi înregistrat o micșorare:

Așa cum rezultă din cele detaliate anterior, este evident că patrimoniul societății s-a diminuat cu contravaloarea lucrărilor efectiv executate (așadar care includ și actualizarea prețului în funcție de diferite criterii). În condițiile în care societatea a executat lucrările al căror cost final a fost acceptat de autoritate, acesta reflectând o sumă superioară celei stabilită inițială, aceasta a suferit un prejudiciu reprezentat de diferența între sumele încasate efectiv și contravaloarea lucrărilor executate, care nu putea exclude actualizarea de preț.

c) Scăderea și majorarea celor două patrimonii să aibă o cauză unică, respectiv între ele să existe o corelație necesară:

În concret, această condiție se referă la o legătură de cauzalitate între mărirea patrimoniului unei persoane și diminuarea patrimoniului celeilalte persoane. Cauzalitatea există când cele două operațiuni au un izvor comun.

În speță, legătura între diminuarea patrimoniului societății și mărirea autorității este evidentă, în contextul în care aceasta beneficiază de lucrările executate pentru o valoare mai mare decât cea achitată.

⁶ Cristina Elisabeta Zamșa, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Hamangiu, București, 2023, p. 151.

⁷ Monna-Lisa Belu Magdo, *op. cit.*, p. 477.

Cu privire la condițiile juridice:

a) Creșterea patrimonială să nu fie imputabilă îmbogățitului:

O astfel de condiție se justifică deoarece într-o astfel de împrejurare, „*ar fi absorbită de problematica activării răspunderii sale delictuale*”. Cu alte cuvinte, orice culpă a îmbogățitului în situația juridică ce a dus la respectiva creștere patrimonială impune o răspundere civilă delictuală a sa.

În speță, raportat la împrejurarea care a condus la creșterea patrimonială, apreciem că nu se poate reține o culpă a îmbogățitului. În concret, autoritatea contractuală nu a acționat culpabil, în sensul încălcării unor norme (stabilite de lege sau contract), în prejudiciul societății. De altfel, îmbogățirea are într-adevăr un caracter atipic, fiind născută ulterior executării obligațiilor contractuale, ca efect al constatării nulității (și principiului efectului retroactiv al nulității).

b) Creșterea patrimonială să nu fie justificată:

Această condiție juridică rezultă expres din dispozițiile art. 1.346 C. civ., care numește cazurile limitativ prevăzute în care îmbogățirea este justificată.

În speța supusă analizei nu există un temei legal pentru îmbogățirea autorității, odată ce aceasta nu are o justificare contractuală și nici nu sunt întrunite condițiile prevăzute de art. 1346 C. civ.

În concret, îmbogățirea nu rezultă din executarea unei obligații valabile în contextul în care autoritatea a acceptat executarea lucrărilor la valoarea actualizată însă nu a achitat efectiv această valoare. În acest sens, se impune a se face distincție între obligația stabilită în sarcina societății conform hotărârilor pronunțate în dosarul prin care s-a constatat nulitatea dispozițiilor contractuale referitoare la actualizarea prețului și obligația autorității de a achita contravaloarea lucrărilor de care beneficiază. În contextul în care anterior s-a stabilit cu autoritate de lucru judecat că nu există o justificare contractuală pentru plata sumelor respective (prețul actualizat), însă că acestea reprezintă ajustarea prețurilor, rezultă că nu este incident un caz de îmbogățire justificată, odată ce îmbogățirea a rezultat dintr-o împrejurare extracontractuală. Pentru a fi în situația de excepție amintită, ar însemna ca societatea să-și fi asumat o astfel de obligație, respectiv să fi fost de acord să execute lucrările pentru un preț care nu va fi plătit integral. Odată ce nu a existat o voință exprimată în acest sens și aceasta nu poate fi dedusă indirect nici din prevederile contractuale (chiar în lipsa prevederilor privind actualizarea prețului), nu există un izvor care să creeze o obligație în sensul celor stabilite de art. 1.346 lit. a) C. civ.

De asemenea, nu suntem nici în situația neexecutării de către noi a unui drept contra părâtei [art. 1.346 lit. b) C. civ.] și nici în situația unui act îndeplinit de subscrisa în interesul nostru personal și exclusiv, pe riscul ori cu intenția de a gratifica părâta (art. 1.346 lit. c) C. civ.).

c) Să nu existe niciun alt mijloc juridic pentru recuperarea pierderii patrimoniale:

Reiterăm faptul că potrivit hotărârilor pronunțate în dosarul având ca obiect constatarea nulității absolute a prevederilor contractuale referitoare la actualizarea prețului, solicitarea de plată a diferenței între lucrările actualizate cu indicele de

inflație și cele achitate de către autoritate nu are un temei contractual. De asemenea, lucrările nu sunt executate suplimentar față de cele stabilite prin contract, astfel că nu a existat posibilitatea juridică de a solicita obligarea autorității la plata acestora în temeiul unui contract încheiat în formă simplificată pentru respectivele lucrări.

3. Probleme referitoare la aplicarea instituției îmbogățirii fără justă cauză. Analiza hotărârilor judecătorești pronunțate în speță:

Hotărârile pronunțate în litigiul având ca obiect obligarea autorității la plata diferenței de preț ridică două probleme referitoare la posibilitatea aplicării instituției îmbogățirii fără justă cauză situației descrisă anterior.

În concret, instanța de fond a reținut că „*în condițiile în care reclamanta are la îndemână o acțiune în pretenții întemeiată pe răspunderea civilă delictuală pentru facturile emise în afara cadrului contractului, prezenta acțiune întemeiată pe îmbogățirea fără justă cauză nu întrunește condițiile de admisibilitate și va fi respinsă*”⁸. Raționamentul instanței de fond are așadar în vedere dispozițiile art. 1.348 C. civ. referitoare la caracterul subsidiar al *actio de in rem verso* față de orice altă cale juridică procesuală de recuperare a pretențiilor sale, condiție juridică analizată și de noi anterior.

Îmbogățirea fără justă cauză invocată de societate are în vedere împrejurarea că autoritatea a recepționat lucrări de o anumită valoare, de care a beneficiat neîntrerupt de la momentul execuției acestora și va beneficia și în viitor, însă a achitat în realitate o valoare diminuată a acestora, tocmai deoarece nu ar exista un temei juridic contractual pentru aplicarea unor ajustări de preț.

Cu alte cuvinte, apreciem criticabilă reținerea instanței cu privire la existența unei acțiuni în răspundere civilă delictuală pentru sumele prevăzute în facturile „emise în afara contractului”, deoarece în speță nu există astfel de facturi sau lucrări aferente acestora. Astfel am arătat în prezentarea situației de fapt inițiale, solicitarea nu are în vedere lucrări executate în afara contractului (lucrări suplimentare) sau lucrări executate fără acordul autorității. În concret, fiecare factură a avut la bază situațiile de lucrări confirmate de autoritate și s-a făcut pentru prețul prevăzut în acestea (care conținea și actualizarea conform prevederilor contractuale de la acea dată).

Mai mult, instanța nu precizează nici care ar fi fapta ilicită a intimatei în cadrul presupusei răspunderi civile delictuale identificate. Astfel, teoria răspunderii civile delictuale presupune existența unui delict civil, a unei fapte juridice extracontractuale săvârșită cu vinovăție. Instanța nu a identificat o astfel de situație, ci a menționat generic existența posibilității atragerii răspunderii civile delictuale. De altfel, în aprecierea noastră nici nu există o astfel de situație, deoarece autoritatea nu a încălcat o dispoziție legală care îi impunea să acționeze într-o anumită manieră.

⁸ Tribunalul Dolj, Secția a II-a civilă, Sentința nr. 38/12.04.2022, nepublicată.

Cu această ocazie reamintim că prevederile art. 1.349 C. civ. sancționează pe cel care nu respectă „regulile de conduită pe care legea sau obiceiul locului le impune” și astfel aduce atingere „prin acțiunile sau inacțiunile sale, drepturilor sau intereselor legitime ale altor persoane”. În speță nu numai că nu s-au invocat astfel de aspect, însă nici nu s-ar putea imputa autorității eventuale nesocotiri ale acestor îndatoriri stabilite de lege, izvorul obligației de restituire (presupunând că se acceptă existența acesteia) fiind sporirea, în mod nejustificat, a patrimoniului acesteia.

În plus, trebuie avut în vedere că întregul raport derulat între cele două părți a fost unul contractual, precum și că, chiar în situația în care ar fi existat facturi emise „în afara cadrului contractual” (conform reținerilor instanței de fond), acestea ar fi generat în realitate un alt raport contractual (factura fiind documentul doveditor al acestui presupus nou raport), iar nu unul delictual cum apreciază instanța de fond.

În analiza apelului declarat față de hotărârea instanței de fond, instanța de apel, în soluția de respingere a căii de atac, a reținut: „Curtea apreciază nefondată această critică, reținând însă că ceea ce apelanta reclamantă ar fi putut avea la dispoziție pentru obținerea satisfacerii pretențiilor sale ar fi fost nu o acțiune întemeiată pe răspunderea delictuală, ci o acțiune în adaptarea contractului derivând tot din executarea contractului și întemeiată pe dispozițiile art. 1.271 C. civ., de vreme ce a fost invocată o creștere a costurilor executării obligațiilor contractuale proprii. Pe de altă parte, Curtea consideră că ambele părți litigante nu au făcut decât să își îndeplinească obligațiile contractuale, iar faptul că intimata pârâtă a recepționat lucrările contractate care, la momentul recepției, aveau o valoare superioară celei convenite contractual, nu constituie o mărire nejustificată a patrimoniului acesteia, iar această pretinsă îmbogățire este justificată întrucât rezultă din executarea unei obligații contractuale valabile. În cauză nu se regăsește situația efectuării unor lucrări suplimentare față de cele contractate, pentru ca îmbogățirea astfel pretinsă să nu aibă la bază o obligație contractuală valabilă, ci strict de executarea lucrărilor contractate, dar a căror valoare a crescut la momentul executării față de momentul contractării, ceea ce face ca raporturile juridice dintre părți să nu poată fi stabilite decât în materie contractuală, iar nu în materia faptului juridic licit⁹.

Ca atare, soluția instanței de apel infirmă teoria răspunderii civile delictuale aplicabilă situației din speță, aspect cu care suntem de acord, pentru motivele expuse anterior. În acest sens, instanța de apel apreciază că ar fi incidentă acțiunea în adaptare a contractului reglementată de art. 1.271 C. civ.

În plus, instanța de apel concluzionează că raporturile dintre părți s-au desfășurat în sfera contractuală, astfel că situația atipică dedusă judecății nu poate fi avută în vedere sub aspectul faptului juridic licit. De asemenea, apreciază instanța de apel că suntem în ipoteza situației de excludere prevăzută de art. 1.346

⁹ Curtea de Apel Craiova, Secția a II-a civilă, dec. nr. 601/06.12.2022, publicată pe <https://www.rejust.ro/juris/g8g9568e2>, consultat la data de 01.06.2023.

lit. a) C. civ., deoarece părțile și-au îndeplinit obligațiile contractuale, recepția lucrărilor de o valoare mai mare având în vedere obligația contractuală a societății de a executa lucrările la care s-a obligat.

Apreciem criticabilă și această soluție, odată ce nu are în vedere specificul situației juridice și nu lămurește efectele pe care le are, față de obligațiile contractuale deja executate, soluția definitivă de constatare a nulității clauzelor privind actualizarea prețului.

Fără a încerca o analiză extensivă a teoriei impreviziunii și a posibilității aplicării acesteia, apreciem că însăși sfera de aplicare a acesteia și principala condiție care se cere a fi întrunită contrazic raționamentul instanței de apel.

În concret, ipoteza adaptării contractului se referă la caracterul vădit disproporționat al obligațiilor cauzată de un eveniment excepțional care ar face vădit injustă obligarea debitorului la executarea obligației. Astfel, legiuitorul a urmărit să permită acest mecanism de echilibrare al contractului pentru situația în care acesta se află încă în derulare sub aspectul executării obligațiilor, raționament care emană și din formularea utilizată de legiuitor „*executarea contractului a devenit excesiv de oneroasă*”. Mai mult, reglementarea este aplicabilă „*numai pentru ipoteza în care obligația devine excesiv de oneroasă*”¹⁰, situație care nu este pretinsă în speță, odată ce se urmărește executarea echitabilă a obligațiilor de către părți în temeiul solidarismului contractual, iar nu o imposibilitate de executare deoarece obligația ar fi nejustificat de oneroasă în raport de contraprestația părții cocontractante.

În continuare, apreciem criticabilă și soluția sub aspectul reținerii situației de excepție reglementată de art. 1.246 lit. a) C. civ. Pentru a ajunge la această concluzie, instanța de apel a interpretat întreg raportul derulat între părți ca fiind unul contractual, astfel că toate obligațiile supuse analizei ar fi unele contractuale. Cu toate acestea, ceea ce se omite este tocmai faptul că ceea ce s-a asumat de către societate a fost executarea lucrărilor pentru prețul contractual stabilit. Odată ce clauza privind actualizarea acestui preț este lovită de nulitate, înseamnă că nu a existat o obligație contractuală de executare a lucrărilor conform prețului actualizat (odată ce în contractele sinalagmatice interdependența obligațiilor este fundamentală, astfel că nu se poate accepta că lipsa obligației de a achita prețul actualizat ar fi presupus totuși menținerea obligației de executare a acestor lucrări pentru respectivul preț). Ca atare, societatea executând totuși lucrări de o valoare mai mare decât cea convenită de părți (în forma finală, ce produce efecte, a contractului), înseamnă că a executat o obligație fără fundament contractual. Nu s-a pretins de către instanța de fond sau de apel că o astfel de executare ar fi trebuit să se facă în temeiul unei obligații legale, astfel că singura concluzie pe care o apreciem justă este că a existat o executare care nu își găsește corespondentul într-o obligație existentă (contractual sau legal).

¹⁰ Flavius-Antoniou Baias, Eugen Chelaru, Rodica Constantinovici, Ioan Macovei, *op. cit.*, p. 1028.

Ceea ce s-a pus în discuție nu este executarea unei obligații contractuale de către autoritate sau a unei răspunderi civil delictuale a acesteia, ci obligația de restituire a îmbogățirii sale nejustificate, rezultată din realizarea unor lucrări a căror contravaloare este superioară celei asumate contractual de părți și pentru care nu exista o obligația legală de execuție într-o asemenea modalitate.

În concluzie, apreciem justă soluția aplicării instituției îmbogățirii fără justă cauză situației descrise. Problemele reținute de instanțele de judecată cu privire la aplicabilitatea acesteia nu își găsesc, în opinia noastră, fundament juridic în limitele incidenței acestei instituții. De altfel, o importanță deosebită prezintă și caracterul atipic al dinamicii raportului dintre părți în contextul soluției de constatare a nulității prevederilor contractuale referitoare la ajustarea prețului. Apreciam că, probabil, această împrejurare este responsabilă și pentru dificultățile de încadrare a situației juridice în categoria faptului juridic licit, deși se pot reține ca fiind îndeplinite toate condițiile materiale și juridice ale instituției pusă în discuție.

ÎNREGISTRAREA ÎN REGISTRUL COMERȚULUI. ELEMENTE NOI ADUSE PRIN LEGEA NR. 265/2022

*Conf. univ. dr. Cristina Popa NISTORESCU
Universitatea din Craiova
Facultatea de Drept*

Abstract

The new law which regulates the Trade Register, Law no.265/2022, brought some amendments and additions to the regulatory framework related to the start and development of an economic activity by professional traders in Romania.

The present study analyses the most important new elements brought by Law no.265/2022, such as: setting up commercial companies through the online platform; defining the notion of goodwill; setting up limited liability companies; the registration of economic activities carried out by authorized natural persons, individual enterprises, and family enterprises; issuance of the registration certificate in electronic form.

Keywords: *Trade Register; online registration; goodwill; limited liability company; registration certificate in electronic form.*

1. Introducere

Legea nr. 265/2022 privind registrul comerțului și pentru modificarea și completarea altor acte normative cu incidență asupra înregistrării în registrul comerțului, a intrat în vigoare la data de 26 noiembrie 2022.

Noua lege a fost adoptată atât pentru a moderniza serviciile oferite de Registrul Comerțului în sensul digitalizării acestora, cât și pentru a transpune prevederile Directivei (UE) 2019/1151 a Parlamentului European și a Consiliului din 20 iunie 2019 de modificare a Directivei (UE) 2017/1132, în ceea ce privește utilizarea instrumentelor și a proceselor digitale în contextul dreptului societăților comerciale.

La data intrării în vigoare a acestor dispoziții legale, vechea lege privind registrul comerțului (Legea nr. 26/1990) a fost abrogată. De asemenea, Legea nr. 265/2022 privind registrul comerțului a adus o serie de modificări și completări atât Legii societăților nr. 31/1990, cât și O.U.G. nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale.

În consecință, vom prezenta în continuare acele elemente noi aduse prin Legea nr. 265/2022, de care profesioniștii trebuie să țină cont, atunci când iau decizia de a începe și a desfășura o afacere în România.

2. Constituirea societăților prin platforma online

Primul element nou, adus prin Legea nr. 265/2022, este procedura de constituire online. Astfel, potrivit art. 3 alin. 1 lit. c) din lege, procedura de constituire online reprezintă „procedura de constituire a unei societăți în care încheierea actului constitutiv și înregistrarea în registrul comerțului se derulează integral prin mijloace electronice”.

Pentru a beneficia de acest mecanism, Oficiul Național al Registrului Comerțului pune la dispoziția solicitanților pe pagina sa de internet și pe portalul de servicii online, formulare-tip de acte constitutive ce se utilizează în procedura de constituire online¹. Astfel, sunt puse la dispoziție atât modele de acte constitutive care cuprind clauze standard, cât și alte formulare-tip și modele de cereri, ce se utilizează în procedura de constituire online, de înregistrare și de autorizare a funcționării / desfășurării activității². Toate aceste documente pot fi completate direct prin platformă.

Potrivit art. 82 din Legea nr. 265/2022, atât cererea de înregistrare, cât și actul constitutiv / formularul-tip de act constitutiv, se semnează olograf sau cu semnătură electronică calificată. Astfel, va exista în continuare și posibilitatea clasică de a încărca pe platforma online actul constitutiv și cererea de înregistrare, scanate și semnate olograf de către fondatori sau reprezentanții convenționali ai acestora.

Introducerea procedurii de constituire online nu înlătură posibilitatea depunerii în format clasic a cererii de înregistrare și a altor tipuri de cereri. Astfel, potrivit art. 84, alin. 1, din legea nr. 265/2022, cererea de înregistrare sau, după caz, alt tip de cerere, însoțită de documentele necesare înregistrării, se depune la ghișeu sau prin transmitere prin servicii de poștă / curierat sau prin mijloace electronice la oficiul registrului comerțului în a cărui rază teritorială este situat sediul / sediul social / profesional al solicitantului.

În ceea ce privește declarațiile pe propria răspundere (cum ar fi declarația administratorilor de acceptare a mandatului, declarația pe propria răspundere cu privire la îndeplinirea condițiilor de funcționare / desfășurare a activității), Legea nr. 265/2022 prevede faptul că acestea pot avea formă de înscris sub semnătură privată și pot fi depuse la oficiului registrului comerțului sau transmise prin servicii de poștă, curierat sau prin mijloace electronice, cu semnătură electronică calificată³. Astfel, posibilitatea depunerii acestor declarații pe propria răspundere sub formă de înscris sub semnătură privată, capătă caracter permanent.

¹ Art. 42 alin. 1 din Legea nr. 265/2022 privind registrul comerțului.

² Art. 42 alin. 2 din Legea nr. 265/2022 privind registrul comerțului.

³ Art. 84 alin. 4 din Legea nr. 265/2022 privind registrul comerțului.

Cu toate acestea, legea aduce o modificare declarației pe propria răspundere cu privire la îndeplinirea condițiilor de funcționare / desfășurare a activității, în sensul că aceasta trebuie să conțină toate activitățile declarate în obiectul de activitate, potrivit actului constitutiv. Astfel, actul constitutiv va conține doar acele activități pe care societatea le desfășoară în fapt, activități pentru care va trebui să depună și declarația aferentă privind îndeplinirea condițiilor de funcționare / desfășurare.

3. Fondul de comerț

De-a lungul timpului au fost date diferite definiții fondului de comerț⁴ în doctrina dreptului comercial, dar ceea ce trebuie subliniat este faptul că fondul de comerț nu poate fi confundat cu patrimoniul. Fondul de comerț cuprinde toate bunurile afectate desfășurării activității profesionistului – comerciant. În funcție de natura lor, aceste bunuri sunt corporale sau necorporale (incorporale), mobile și imobile. Pe de altă parte, fondul de comerț nu conține drepturi și obligații, ci numai bunurile folosite de către profesionistul – comerciant în vederea desfășurării activității sale.

În aceste condiții, fondul de comerț nu se identifică cu patrimoniul. Avem în vedere, astfel, art. 31 alin. (1) C. civ., potrivit căruia „orice persoană fizică sau persoană juridică este titulară a unui patrimoniu care include toate drepturile și datoriile ce pot fi evaluate în bani și aparțin acesteia”.

Fondul de comerț nu se identifică nici cu patrimoniul de afecțatiune profesională⁵ care, potrivit art. 31 alin. 3 raportat la art. 31 alin. (1) și (2) C. civ., este reprezentat de „masele patrimoniale fiduciare, constituite potrivit dispozițiilor titlului IV al cărții a III-a, cele afectate exercitării unei profesii autorizate, precum și alte patrimonii determinate potrivit legii”.

Noțiunea „fond de comerț” a fost utilizată de către legiuitor în Codul comercial, în art. 21 și art. 42 din Legea nr. 26/1990, precum și în Titlul VI al Legii nr. 99/1999 privind unele măsuri de accelerare a reformei economice.

În același timp, noțiunea „fond de comerț” a fost definită de legiuitor în Legea nr. 11/1991, privind combaterea concurenței neloiale. Astfel, potrivit art. 1 lit. c), în prezent abrogat, „constituie fond de comerț ansamblul bunurilor mobile și imobile, corporale și necorporale (mărci, firme, embleme, brevete de invenții, vad comercial) utilizate de un comerciant în vederea desfășurării activității sale”.

Așa cum am menționat, acest articol de lege, care definea noțiunea „fond de comerț”, a fost abrogat⁶. Cu toate acestea, legiuitorul a apreciat ca fiind util și

⁴ A se vedea: St. D Cărpenaru, *Tratat de drept comercial*, Ed. Universul Juridic, București, 2019, p. 92; I. Deleanu, *Fondul de comerț – considerații generale*, în *Dreptul* nr. 4/2001, p. 73; S. Bodu, *O altă abordare a noțiunii de fond de comerț*, în *RDC* nr. 4/2005, p. 41.

⁵ S. Angheni, *Drept comercial. Tratat*, Ed. C.H. Beck, București, 2019, p. 89.

⁶ Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, a fost modificată prin Legea nr. 298/2001 (M. Of. nr. 313 din 12 iunie 2001).

absolut necesar a se reglementa conceptul „fond de comerț”, definindu-l, astfel, în Legea nr. 85/2014, introducând la art. 5 alin. (1) pct. 73 următoarele: „fondul de comerț reprezintă ansamblul bunurilor mobile și imobile, corporale și necorporale – mărci, firme, embleme, brevete de invenții, vad comercial – utilizate de un operator economic în vederea desfășurării activității sale.

S-a considerat⁷ că această definiție nu este completă pentru că omite un element esențial al fondului de comerț, și anume clientela.

Considerăm că o definiție completă a noțiunii „fond de comerț” este dată în prezent prin noua lege a registrului comerțului, Legea nr. 265/2022, în art. 3 alin. (1) lit. r), potrivit căruia fondul de comerț reprezintă „ansamblul bunurilor mobile și imobile, corporale și necorporale – mărci, firme, embleme, brevete de invenții, vad comercial – utilizate de un operator economic în vederea desfășurării activității sale și a atragerii și menținerii clientelei”.

4. Înființarea societăților cu răspundere limitată

Prima modificare adusă Legii societăților nr. 31/1990 a fost cu privire la capitalul social minim al unei societăți cu răspundere limitată. Astfel, până la modificarea adusă prin Legea nr. 223/2020⁸, fondatorii unei societăți cu răspundere limitată puteau să înființeze acest tip de societate, numai în situația în care capitalul social subscris și vărsat era de minim 200 RON. La data intrării în vigoare a Legii nr. 223/2020, această limită minimă a capitalului social a fost eliminată. Cu alte cuvinte, o societate cu răspundere limitată va putea fi înființată în mod legal indiferent de valoarea capitalului său social⁹.

O altă modificare, adusă prin Legea nr. 223/2020, este aceea că în cazul societăților cu răspundere limitată dovada efectuării vărsămintelor nu mai este necesară pentru înmatricularea societății la Registrul Comerțului.

Legea societăților nr. 31/1990 este modificată și prin noua lege a registrului comerțului, Legea nr. 265/2022, astfel că, în cazul înființării unei societăți cu răspundere limitată, asociații societății trebuie să verse 30% din valoarea capitalului social subscris nu mai târziu de 3 luni de la data înmatriculării, însă în orice caz înainte de a începe operațiuni în numele societății, iar diferența de capital social subscris va fi vărsată, pentru aportul în numerar, în termen de 12 luni de la data înmatriculării, iar pentru aportul în natură, în termen de cel mult 2 ani de la data înmatriculării.

⁷ A se vedea S. Angheni, *op. cit.*, p. 89-119.

⁸ În data de 30 octombrie 2020 Președintele României a promulgat Legea nr. 223/2020 pentru simplificarea și debirocratizarea transferului de părți sociale și a vărsării capitalului social prin modificarea Legii societăților nr. 31/1990.

⁹ Oficiul Național al Registrului Comerțului precizează printr-o comunicare publicată pe site-ul său oficial că valoarea capitalului social al unei SRL nu poate fi mai mică de 1 RON, având în vedere că acesta se divide în părți sociale egale.

Legea societăților nr. 31/1990, actualizată prin actele normative menționate anterior, a eliminat obligativitatea încheierii și depunerii unor documente care trebuiau să însoțească cererea de înmatriculare a unei societăți cu răspundere limitată. Astfel, avem în vedere următoarele documente:

1. Dovada efectuării vărsămintelor în condițiile actului constitutiv;
2. În cazul apurturilor în natură subscribe și vărsate la constituire, actele privind proprietatea, iar în cazul în care printre ele figurează și imobile, certificatul constatator al sarcinilor de care sunt grevate;
3. Actele constatatoare ale operațiunilor încheiate în contul societății și aprobate de asociați;
4. Declarația pe propria răspundere a fondatorilor și a primilor administratori că îndeplinesc condițiile prevăzute de Legea societăților nr. 31/1990 pentru a deține aceste calități;
5. Specimenele de semnătură ale reprezentanților societății;
6. Eliminarea obligației de a înregistra la ANAF documentul care atestă dreptul de folosință asupra spațiului cu destinație de sediu social, înainte de a solicita înmatricularea societății, întrucât documentul va fi transmis din oficiu de către Registrul Comerțului către ANAF.

Așa cum am precizat, declarația pe propria răspundere a primilor administratori că îndeplinesc condițiile prevăzute de Legea societăților nr. 31/1990 nu mai trebuie să însoțească cererea de înmatriculare a unei societăți cu răspundere limitată. Cu toate acestea, Legea societăților reglementează faptul că și în cazul societăților cu răspundere limitată, pentru ca numirea unui administrator să fie valabilă din punct de vedere juridic, persoana numită trebuie să o accepte în mod expres și că prin acceptarea mandatului, administratorii își asumă răspunderea pentru îndeplinirea condițiilor prevăzute de Legea nr. 31/1990 pentru a deține această funcție. De aceea, ar fi utilă în continuare semnarea și depunerea unei declarații pe propria răspundere de către administrator, declarație care să însoțească cererea de înmatriculare. Declarația pe propria răspundere privește atât acceptarea expresă a mandatului, cât și îndeplinirea de către administrator a condițiilor prevăzute de Legea nr. 31/1990 pentru deținerea acestei calități.

5. Înregistrarea activităților economice desfășurate de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale.

Legea nr. 265/2022 privind registrul comerțului aduce câteva modificări și completări O.U.G. nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale.

O dispoziție nouă, care vine în completarea art. 8 din O.U.G. 44/2008, prin introducerea unui nou alineat, alin. 4, are următorul cuprins:

„Prin semnarea cererii de înregistrare în registrul comerțului / acordului de constituire, persoanele fizice care solicită înregistrarea ca persoană fizică autorizată,

întreprindere individuală, întreprindere familială își asumă răspunderea că nu sunt incapabile și că nu li s-a interzis prin hotărâre judecătorească definitivă dreptul de a exercita calitatea de persoană fizică autorizată, titular al întreprinderii individuale, membru al întreprinderii familiale, ca pedeapsă complementară a condamnării pentru infracțiuni contra patrimoniului, infracțiuni de corupție, delapidare, infracțiuni de fals în înscrieri, evaziune fiscală, infracțiuni prevăzute de Legea nr. 129/2019, în cererea de înregistrare / acordul de constituire fiind prevăzută o clauză în acest sens”.

Practic, în cererea de înregistrare / acordul de constituire este prevăzută o clauză prin care persoana fizică autorizată / titularul întreprinderii individuale / membrii întreprinderii familiale își asumă răspunderea pentru îndeplinirea condițiilor de capacitate și compatibilitate pentru a desfășura o activitate economică în una din cele trei forme.

O altă dispoziție importantă, cuprinsă în Legea nr. 265/2022, care vine să completeze cadrul legal de desfășurare a activităților economice de către profesioniștii comercianți persoane fizice, este cea cu privire la înregistrarea în registrul comerțului de mențiuni referitoare la patrimoniul de afecțiune pentru membrii unei întreprinderi familiale, pentru persoana fizică autorizată și pentru titularul întreprinderii individuale¹⁰.

Considerăm că această dispoziție legală este de utilitate practică și vine în completarea art. 2 lit. j) din O.U.G. nr. 44/2008, potrivit căruia patrimoniul de afecțiune este masa patrimonială în cadrul patrimoniului întreprinzătorului, reprezentând totalitatea drepturilor și obligațiilor afectate, prin declarație scrisă ori, după caz, prin acordul de constituire sau printr-un act adițional la acesta, exercitării unei activități economice.

6. Eliberarea certificatului de înregistrare în formă electronică

Potrivit noilor modificări aduse de Legea nr. 265/2022, la înmatriculare / înregistrare se editează certificatul de înregistrare, conținând numărul de ordine din registrul comerțului, codul unic de înregistrare fiscală, EUID, însoțit de încheierea pronunțată de registrator, de certificatele constatatoare emise ca urmare a înregistrării datelor din declarația-tip pe propria răspundere privind autorizarea funcționării sau desfășurării activității, precum și, după caz, de alte acte prevăzute de prezenta lege¹¹.

Certificatele și celelalte documente se pot edita, potrivit opțiunii solicitantului, și în format electronic, semnate cu semnătură electronică calificată. La cerere, solicitantului i se poate elibera o copie sau o copie certificată după exemplarul emis în format letric al acestor documente, păstrat în dosarul profesionistului¹².

¹⁰ Art. 103 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 265/2022 privind Registrul Comerțului.

¹¹ Art. 110 alin. (1) din Legea nr. 265/2022.

¹² Art. 110 alin. (3) din Legea nr. 265/2022.

7. Concluzii

Legea nr. 265/2022 privind registrul comerțului și pentru modificarea și completarea altor acte normative cu incidență asupra înregistrării în registrul comerțului, intrată în vigoare la data de 26 noiembrie 2022, va reduce din formalitățile în fața Registrului Comerțului la înființarea societăților, fiind astfel adoptată din nevoia simplificării cadrului de reglementare aferent începerii și desfășurării unei afaceri în România.

CAZURILE DE EXCLUDERE A ASOCIATILOR DIN SOCIETATEA CU RĂSPUNDERE LIMITATĂ DUPĂ PRONUȚAREA DECIZIA NR. 28/2021 A ÎNALTEI CURȚI DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE PRIVIND DEZLEGAREA UNEI CHESTIUNI DE DREPT

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

Abstract

The grounds for exclusion are limitatively provided by Article 222 of Law no. 31/1990, special provisions that exclude the application of Article 1928 of the Civil Code which contains a general wording allowing the exclusion of a shareholder for good cause. Decision no. 28/2021 recognizes the possibility for the parties to extend or restrict the grounds for exclusion within the limits of their autonomy of will, following the legislator's thinking and the rationale of the institution.

Keywords: *exclusion of associate, limitative cases, good cause.*

Introducere

Cu toate că legiuitorul a reglementat excluderea și retragerea asociaților în Titlul V din *Legea nr. 31/1990*, totuși dispozițiile art. 222-225 din *Legea nr. 31/1990* care conturează regimul juridic al acestor instituții juridice nu au reușit să asigure un cadru adecvat soluționării conflictelor născute între asociați.

Principala problemă a vizat caracterul enumerării cauzelor de excludere menționate la art. 222, în condițiile în care din cele patru cazuri de excludere doar două sunt aplicabile societății cu răspundere limitată [art. 222 alin. (1) lit. a) și lit. d)], astfel că nemulțumirile sau comportamentul asociaților depășesc spectrul celor două cauze reglementate de legiuitor, neputând fi valorificate în procedura excluderii.

Acest neajuns a generat dezbateri doctrinare ori soluții jurisprudențiale neunitare privind caracterul enunțiativ sau limitativ al art. 222, iar după intrarea în vigoare a Codului civil a existat tendința de a întemeia în drept cererile de excludere pe dispozițiile art. 1928 care prevăd că „la cererea oricărui asociat, instanța

judecătorească, pentru motive temeinice, poate hotărî excluderea din societate a oricăruia dintre asociați”.

Regimul juridic al cauzelor de excludere a fost lămurit de Înalta Curte de Casație și Justiție care prin decizia nr. 28/2021 a dat o dezlegare de drept în sensul că, pe de o parte, Legea nr. 31/1990 este o lege specială astfel că se aplică art. 222, iar nu dispozițiile art. 1928 C. civ., iar, pe de altă parte, că părțile pot să extindă sau să restrângă cauzele de excludere.

Caracterul enumerării cauzelor de excludere

Cum spuneam, în doctrină nu există unanimitate de opinii cu privire la caracterul limitativ ori enunțiativ al dispozițiilor art. 222 alin. (1) lit. a)-d).

Astfel, o parte a doctrinei interbelice susținea, având la bază punctul de vedere al lui Cesare Vivante, caracterul enunțiativ al dispozițiilor în cauză considerând că asociații au posibilitatea de a adăuga și alte situații ce pot constitui temei al excluderii în măsura în care acestea sunt în spiritul legii², dându-se ca și exemplu cazul unui asociat ce a fost condamnat definitiv pentru săvârșirea infracțiunii de furt sau neîndeplinirea de către unul din asociați a obligațiilor ce-i reveneau necesare realizării obiectului de activitate al societății, astfel că excluderea acestuia se justifică pentru evitarea dezavantajelor pe care le presupune dizolvarea și lichidarea societății.

Cu toate acestea, opinia care a dominat în această perioadă atât în doctrină, cât și în jurisprudență a fost cea a interpretării limitative³. Jurisprudența interbelică a admis prin excepție că „singura extindere ce se face ar fi ca o cauză legată de dizolvare să se poată aplica și excluderii unui asociat, căci dacă o asemenea cauză poate produce un efect mai puternic, anume desființarea societății, cu atât mai mult poate fi aplicată cu un efect restrâns”⁴; în această speță punându-se în discuție dizolvarea societății pentru imposibilitatea realizării obiectului societății ca urmare a nerespectării obligațiilor asumate de unul din asociați, s-a apreciat că reprezintă un just motiv de dizolvare, astfel că în acest context cu atât mai mult instanța a considerat că aceasta constituie o cauză de excludere.

Legiuitorul a prevăzut doar patru cazuri, astfel că printr-o simplă interpretare rezultă caracterul limitativ al enumerării. Nu putem susține caracterul enunțiativ, chiar dacă legiuitorul a folosit verbul „poate”, această intenție nerezultând și din alte texte de lege sau din folosirea altor termeni ce ar conduce la a stabili caracterul enunțiativ; termenul „poate” trebuie interpretat doar în legătură directă cu ceilalți asociați sau societatea care sunt în măsură să aprecieze temeinicia promovării unei astfel de cereri în instanță. De altfel, acolo unde legiuitorul a dorit lărgirea

¹ Cu privire la analiza Deciziei nr. 28/2021 a se vedea Lucian Bercea, Excluderea asociațiilor între Codul civil, Legea societăților nr. 31/1990 și Decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 28/2021 privind dezlegarea unor chestiuni de drept, Revista Română de Drept Privat nr. 3-4/2021, p. 706-721.

² I.L. Georgescu, *Drept comercial român*, vol. II, Ed. All Beck, București, 2002 p. 176.

³ Interpretarea privea art. 188 din Codul comercial din 1887.

⁴ Trib. Ilfov, Secția I comercială, 22 mai 1945, R.D.C. 1945, p. 370, *apud* I.L. Georgescu, *op. cit.*, vol. II, p. 176.

sferei cazurilor, a făcut-o în mod expres cum este la retragere sau al dizolvare unde s-a făcut trimitere la „motive temeinice”, lăsând la latitudinea instanțelor aprecierea acestora pe baza probelor administrate⁵.

Pe de altă parte, intenția de a considera enumerarea ca fiind limitativă este în strânsă legătură cu aprecierea că excluderea poate fi dispusă doar de instanțele de judecată. Însă, chiar legiuitorul a prevăzut alte texte de lege ce permit excluderea, recunoscând astfel că aceasta nu este atributul exclusiv al instanțelor de judecată; este cazul art. 206 alin. (2) ce prevede posibilitatea asociațiilor de a exclude pe asociatul debitor. Instituindu-se o astfel de excepție și recunoscându-se „puterea” adunării generale a asociațiilor de a dispune excluderea, nu vedem de ce nu ar trebui lărgită sfera cazurilor dând posibilitate asociațiilor să stabilească în actul constitutiv și alte cauze care ar justifica o astfel de sancțiune, urmând ca instanțele să aprecieze și să dispună măsura respectivă. De altfel, exemplul dat anterior pentru a întări interpretarea restrictivă al modului de reglementare al cazurilor de dizolvare, poate constitui și un contraargument, în sensul că în privința acestei din urmă instituții juridice legiuitorul a dat posibilitate asociațiilor să prevadă în actul constitutiv și alte cauze de dizolvare [art. 227 alin. (1) lit. g)], astfel că este fără de îndoială de ce în cazul excluderii, care ca și finalitate nu conduce la dispariția persoanei juridice și are un scop sancționator, totuși legiuitorul nu a dat posibilitate asociațiilor să identifice și alte cazuri de excludere.

Situațiile ivite în activitatea comercială conduc către lărgirea sferei cazurilor de excludere, în doctrină identificându-se câteva dintre acestea⁶; spre exemplu, neînțelegerile grave dintre asociați care împiedică funcționarea societății și care ar constitui motiv de dizolvare conform art. 227 alin. (1) lit. e), pot constitui și motiv de excludere pentru asociații ce întrețin astfel de neînțelegeri sau în cazul dispariției lui *affectio societatis* soluția să nu o constituie dizolvarea societății, ci excluderea sau retragerea asociatului care a pierdut această intenție de a conlucra cu ceilalți asociați.

Poziția instanțelor de judecată cu privire la natura art. 222

În unele hotărâri pronunțate chiar de către instanța supremă se face referire la caracterul enunțiativ, cu toate că nu s-a pronunțat asupra acestei chestiuni în

⁵ Nu putem însă să nu constatăm o lipsă de unitate a reglementării materiei analizate. Că în unele situații se impune excluderea, răzbate chiar din alte dispoziții ale Legii nr. 31/1990. În acest sens aducem ca argument dispozițiile art. 6 alin. (2) în care se prevede că nu pot fi fondatori persoanele care, potrivit legii, sunt incapabile ori cărora li s-a interzis prin hotărâre judecătorească definitivă dreptul de a exercita calitatea de fondator ca pedeapsă complementară a condamnării pentru infracțiuni contra patrimoniului prin nesocotirea încrederii, infracțiuni de corupție, delapidare, infracțiuni de fals în înscrisuri, evaziune fiscală, infracțiuni prevăzute de Legea nr. 129/2019 pentru prevenirea și combaterea spălării banilor și finanțării terorismului. Or, atât timp cât legea stabilește că astfel de persoane nu pot fi fondatori, *per a contrario*, în măsura în care ulterior înmatriculării societății respectivele persoane nu mai pot avea calitatea de asociați; Legea nr. 31/1990 nu reglementează o procedură de pierdere a calității de asociat pentru astfel de cazuri, context în care soluția excluderii apare ca singura posibilă.

⁶ C. Predoiu, Gh. Piperea, în St. D. Cârpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, *Legea societăților comerciale. Comentariu pe articole*, ed. 4, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 838-810.

concret, cum este cazul, cu titlu de exemplu, Deciziei nr. 724 din 15 februarie 2007⁷, în care reține că, „deși este corectă susținerea recurentului referitoare la caracterul exemplificativ al cazurilor de excludere prevăzute de art. 222 din Legea nr. 31/1990, totuși, motivul respingerii cererii sale a constat în neîndeplinirea condițiilor prevăzute de art. 222 alin. (1) lit. a) din aceeași lege”. Dimpotrivă, în unele spețe instanțele au interpretat restrictiv chiar cazurile stabilite de art. 222; spre exemplu, prin decizia nr. 553/2002 Curtea de Apel Constanța⁸ admitând un recurs, a modificat în tot hotărârea tribunalului și a respins pe fond cererea de excludere a unui asociat deși la momentul cooptării în societate de către recurentă părțile au stabilit ca noul asociat să facă o investiție în sensul finalizării unei investiții hotel-restaurant, sens în care au menționat și o clauză în actul constitutiv că „nerespectarea acestui angajament, care constituie chiar motivația asocierii, dă dreptul asociatului persoană fizică să procedeze la excluderea asociatului persoană juridică din societate, eventual să returneze contravaloarea investiției efectuate de acesta în termen de un an de la data excluderii sau retragerii voluntare”. Pentru a admite recursul, Curtea de Apel a apreciat că excluderea asociatului este justificată din perspectiva textului enunțat doar pentru nedepunerea aportului la care s-a obligat ori, în speță, aportul a fost adus prin plata părților sociale cesionate la data cooptării. Efectuarea unor lucrări nu poate constitui aport în natură, iar obligația referitoare la executarea acestora nu poate prezenta un temei legal pentru continuarea sau încetarea societății comerciale înființate.

Înalta Curte de Casație și Justiție a hotărât că enumerarea cazurilor de excludere a asociațiilor din societatea în nume colectiv, în comandită simplă sau cu răspundere limitată, realizată de legiuitor în cuprinsul art. 222 alin. (1) din Legea nr. 31/1990 (asociatul care, pus în întârziere, nu aduce aportul la care s-a obligat; asociatul în stare de faliment sau care a devenit incapabil; asociatul cu care se amestecă fără drept în administrație ori contravine dispozițiilor art. 80 și art. 82 din lege; asociatul administrator care comite fraudă în dauna societății sau se servește de semnătura socială sau de capitalul social în folosul lui sau al altora) nu este exemplificativă, ci limitativă. În acest sens, Înalta Curte⁹ a precizat că asimilarea altor condiții care să atragă excluderea asociațiilor din societate, în afara celor prevăzute de lege, nu este posibilă întrucât în cazul neînțelegerilor dintre asociați, având un caracter grav și care împiedică funcționarea societății suntem în prezența unui caz de dizolvare a acesteia, reglementat, distinct de legiuitor în Legea nr. 31/1990.

Prezintă interes și soluțiile pronunțate prin care s-a statuat că clauza de excludere din contractul de societate care depășește cadrul legal stabilit imperativ prin dispozițiile art. 222 alin. (1) este lovită de nulitate absolută¹⁰, cum este cazul clauzei statutară prin care un acționar al societății care are și calitatea de salariat

⁷ http://www.juris.ro/jurisprudenta-detaliu/Decizia-nr-7242007--SEC354IA-COMERCIAL---

⁸ [http://www.jurisprudenta.com/Excludere-asociat-Lipsa-aportului-socia\(-l\)-Act-jurisprudenta-76818.html](http://www.jurisprudenta.com/Excludere-asociat-Lipsa-aportului-socia(-l)-Act-jurisprudenta-76818.html).

⁹ dec. nr. 2393 din 9 mai 2012 pronunțată în recurs de Secția a II-a civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție.

¹⁰ C.S.J., s. com., dec. nr. 811 din 14 noiembrie 1995, în V. Pătulea, C. Turianu, *Drept comercial. Practică judiciară adnotată*, Ed. All Beck, București, 2000, p. 506-507.

al acesteia este exclus din societate și pierde calitatea de acționar ca urmare a încetării contractului de muncă este contrară prevederilor Legii nr. 31/1990¹¹.

Curtea Supremă de Justiție¹² a reținut că excluderea se justifică în societatea cu răspundere limitată, în nume colectiv și comandită simplă numai pentru motivele enumerate limitativ de Legea nr. 31/1990. Față de faptul că nu se pot stabili și alte cauze de excludere, fiind imperative dispozițiile legii, clauza formulată în contractul de societate prin care se prevede sancționarea asociatului administrator cu excluderea în cazul în care desfășoară același fel de activități pe cont propriu este lovită de nulitate absolută, situație în care recurenta reclamantă nu o poate invoca drept temei al cererii sale.

Înalta Curte de Casație și Justiție a reținut că nu constituie motiv de excludere neparticiparea asociatului la adunările generale ale asociațiilor, cât și indiferența, nu sunt sancționate cu excluderea¹³; inițial Tribunalul Argeș prin sentința civilă nr. 278/C din 31 martie 2002 a admis cererea de excludere reținând ca motiv absența la adunarea generală având ca obiect majorarea capitalului social, însă Curtea de Apel Pitești a admis prin decizia nr. 579/A/C din 13 noiembrie 2000 apelul, a schimbat sentința și a respins cererea de excludere. De asemenea, renunțarea asociatului de a mai îndeplini funcția de administrator nu constituie motiv de excludere în temeiul art. 222 alin. (1) lit. d)¹⁴.

Inactivitatea în societate și atitudinea de indiferență a unor asociați nu pot constitui o cauză de excludere din societatea cu răspundere limitată, refuzul acestor asociați de a conlucra la bunul mers al societății atinge însăși *affectio societatis*, astfel că poate constitui doar o cauză de dizolvare a societății¹⁵.

De altfel, soluții în sensul excluderii asociatului care nu se implică în activitatea societății au mai fost pronunțate, citând în acest sens sentința Tribunalului București nr. 5608/2004¹⁶ în care se reține că este justificată sancțiunea excluderii din societatea cu răspundere limitată a asociatului care, pe parcursul mai multor ani, nu a înțeles să desfășoare nicio activitate în cadrul societății, nu s-a prezentat la nici o adunare generală și nici nu a contribuit la majorarea capitalului social.

În condițiile în care excluderea asociatului administrator poate fi dispusă doar în cazurile expres prevăzute de lege, invocarea refuzului repetat de a convoca adunarea generală pentru analiza activității consiliului de administrație nu poate constitui motiv de excludere¹⁷.

¹¹ C.S.J., s. com., dec. nr. 519/1997, în V. Pătulea, C. Turianu, Drept comercial. Practică judiciară adnotată, All Beck, București, 2000, p. 488.

¹² dec. nr. 811 din 14 noiembrie 1995, în R.D.C. nr. 7-8/1996, p. 151.

¹³ C.S.J., Secția comercială, dec. nr. 1325 din 26 februarie 2002, R.R.D.A. nr. 3/2004, p. 129.
<http://www.scj.ro/SE%20rezumate%202002/SE%20r%201325%202002.htm>.

¹⁴ Curtea Supremă de Justiție, Secția comercială, dec. nr. 813/2001, în Pandectele Române, nr. 2/2002, p. 87.

¹⁵ Curtea de Apel Iași, Secția comercială și de contencios administrativ, dec. nr. 128/1999, în Curtea de Apel Iași, *Culegere de practică judiciară pe anul 1999*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 78.

¹⁶ C. Cucu, M.-V. Gavriș, C.G. Bădoiu, C. Haraga, *op. cit.*, p. 508.

¹⁷ Curtea de Apel Constanța, dec. nr. 269/Com/2004, *Buletinul Jurisprudenței. Culegere de practică judiciară pe anul 2004*, Ed. Lumina Lex, București 2005, p. 44.

În practica judiciară instanțele sunt chemate în multe situații să distingă pe baza probelor administrate între cauzele care constituie motiv de excludere în temeiul art. 222 alin. 1 lit. d și cele de dizolvare a societății comerciale în temeiul art. 227 alin. (1) lit. e), adică dizolvarea pentru motive temeinice, precum neînțelegeri grave dintre asociați, care împiedică funcționarea societății .

În speță având în vedere că nu s-a făcut dovada că pârâțul-reclamant ar fi dispus măsuri exclusive în detrimentul societății, că înscrisurile depuse nu dovedesc aspectele legate de folosirea patrimoniului în interes personal, ci dimpotrivă concluziile raportului de expertiză sunt în sensul că acesta nu a prejudiciat societatea, instanța de control judiciar¹⁸ a apreciat că în mod corect instanța de fond a respins cererea de excludere a pârâtului-reclamant și a admis cererea reconvențională dovedindu-se existența unei stări conflictuale între asociați.

Reținându-se că într-o cauză „s-au invocat și dovedit neînțelegeri grave între asociați, deoarece este nejustificat ca asociatului care nu are și calitatea de administrator să i se refuze consultarea evidențelor contabile ori a actelor constitutive ale societății, informarea cu privire la activitatea acesteia ori accesul în sediu prin schimbarea încuietorilor, după cum nu se poate accepta nici însușirea de către un asociat a diverselor bunuri găsite în sediul societății. Aceste neînțelegeri sunt grave și împiedică funcționarea societății, sunt provocate de ambii asociați, dar semnifică dispariția instanței de a conlucra în vederea funcționării societății (dispariția lui *affectio societatis*), astfel încât constituie motiv temeinic de dizolvare și nu de excludere”¹⁹.

În schimb, în măsura în care neînțelegerile sunt rezultatul atitudinii unuia dintre asociați nu se poate reține ca fiind aplicabile dispozițiile art. 227 alin. (1) lit. e) acest text de lege condiționând ca neînțelegerile să provină de la toți asociații și să fie de natură a împiedica funcționarea societății, astfel că soluția excluderii se impune față de asociatul care nu predă parolele necesare operării sistemului serviciilor de Internet, ca se opune constant majorării capitalului social sau săvârșește acte de concurență neloială²⁰.

Jurisprudența cu privire la aplicarea art. 1928 C. civ.

O primă sentință identificată care ne-a atras atenția a fost sentința 110 din 21 ianuarie 2013 (nepublicată) pronunțată de Tribunalul Timiș în dos. nr. 9794/30/2012 în care temeiul excluderii l-a constituit art. 1.928 C. civ. dar soluția nu a fost apelată, lipsind astfel filtrul instanței de control judiciar. În același sens, într-o altă speță, Curtea de Apel Timișoara a motivat că „Prin raportare la cel de-al doilea

¹⁸ Curtea Supremă de Justiție, Secția comercială, dec. nr. 909 din 14 februarie 2003 în Revista de drept comercial nr. 7-8/2003, p. 343-345.

¹⁹ Curtea de Apel Craiova, Secția comercială, dec. nr. 18 din 25 ianuarie 2007 în Revista de drept comercial nr. 9/2007, p. 118-120 (Dr. Nicoleta Țăndăreanu, Practică judiciară a Curții de Apel Craiova).

²⁰ Curtea Supremă de Justiție, Secția comercială, dec. nr. 2723/2001 în Pandectele Române, nr. 4/2002, p. 73.

temei de drept invocat de apelant, art. 1.928 C. civ., se observă că textul Codului prevede o diferențiere față de textul menționat supra, în sensul lărgirii categoriei de persoane față de care se poate îndrepta o atare cerere. Astfel, la cererea unui asociat, instanța judecătorească, pentru motive temeinice, poate hotărî excluderea din societate a oricăruia dintre asociați. În acest context, nici nu mai există finele de neprimire al cumulării calității de asociat cu aceea de administrator al societății, fiind suficientă dovedirea primei, coroborată cu probarea motivelor temeinice. În această din urmă categorie, folosirea fără drept a bunurilor societății, în mod constant, a afirmării calității de reprezentant în scopul realizării de foloase materiale pentru sine se constituie în suficiente fapte încadrabile în categoria motivelor temeinice”.

Cu toate că unele instanțe de judecată au dat **eficiență dispozițiilor art. 1928 C. civ.**, dispunând excluderea unui asociat pentru motive temeinice²¹, **totuși majoritatea au interpretat și aplicat restrictiv art. 222 din Legea nr. 31/1990, apreciind caracterul expres și limitativ al cauzelor de excludere**, cu motivarea că legea societăților este o lege specială și se completează cu Codul civil numai în măsura în care nu conține prevederi în materia respectivă, așa încât inclusiv în cazul excluderii nu poate fi invocat art. 1.928 C. civ. pentru a se solicita excluderea asociaților dintr-o societate cu răspundere limitată.

De altfel, poziția instanțelor de judecată este exemplificată și în cadrul deciziei 28/2021, după cum urmează

a) unele instanțe²² apreciază că situațiile de excludere a asociatului prevăzute de art. 222 din Legea nr. 31/1990 nu se completează cu dispozițiile art. 1.928 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, întrucât art. 1.890-1.954 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil reglementează o formă specifică de societate simplă, fără personalitate juridică, având deci caracter special în raport cu Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare, astfel că sunt de strictă interpretare și aplicare doar la acest gen de societăți.

b) abordarea opusă²³, potrivit căreia cazurile reglementate în art. 222 din Legea nr. 31/1990, se completează cu dispozițiile art. 1.928 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, fundamentată pe concepția noului Cod civil asupra dreptului privat, are în vedere prevederea expresă din art. 291 din Legea nr. 31/1990 și faptul că art. 222 din Legea nr. 31/1990 are un câmp mai restrâns de aplicare decât art. 1.928 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, aplicabil tuturor formelor societare reglementate de art. 1.888 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil; se consideră că enumerarea de la art. 222 din Legea nr. 31/1990, republicată, cu

²¹ C. Ap. Timișoara, s. a II-a civ., dec. nr. 273/A din 25 martie 2016 în C.D. Falcan, *Excluderea și retragerea asociaților din cadrul societăților*, Ed. Universul Juridic, București, 2021, p. 40.

²² Acest punct de vedere a fost exprimat de către magistrații curților de apel Alba Iulia, Bacău, București, Galați și, în majoritate, cei ai Curții de Apel Timișoara, de către judecătorii tribunalelor Neamț, Hunedoara, Ialomița, Ilfov și Giurgiu și de o parte dintre judecătorii Tribunalului Timiș.

²³ Punct de vedere a fost exprimat de către magistrații curților de apel Brașov, Cluj și Craiova, de judecătorii tribunalelor București, Teleorman, Constanța, Galați, Vrancea, Caraș-Severin, Arad și, în majoritate, de cei ai tribunalelor Suceava și Timiș.

modificările și completările ulterioare, nu exclude aplicarea principiului din legea generală, în alte situații decât cele prevăzute de legea specială, în măsura în care faptele imputate sunt apreciate de instanța judecătorească ca putând fi încadrate în „motive temeinice” de excludere.

În acest context în doctrină²⁴ s-a apreciat că în lipsa unor modificări legislative care să modernizeze regimul juridic al excluderii, fie prin reconceptualizarea integrală a instituției, fie chiar și parțial, prin extinderea cazurilor prevăzute de art. 222 alin. (1) din Legea societăților, care ar fi imediat urmată de jurisprudență, foarte receptivă la astfel de modificări, o soluție viabilă pentru rezolvarea litigiilor dintre asociați ar putea-o reprezenta interpretarea flexibilă de către instanțele de judecată a prevederilor legale actuale, prin adoptarea unei concepții funcționale asupra excluderii, care să aibă la bază criteriul remediului în locul culpei, evitându-se însă extinderea cazurilor de excludere prin analogie²⁵, propunându-se crearea unei instituții flexibile, în care asociații să poată insera în mod valabil clauze de excludere în actul constitutiv însă doar pentru motive temeinice, clauze care să poată fi supuse controlului judecătoresc atât în ceea ce privește legalitatea lor, cât și în ceea ce privește temeinicia motivelor invocate²⁶.

Soluția Înaltei Curți de Casație și Justiție

Decizia 28/2021 fiind obligatorie, efectele vor fi de reorientare a practicii nu numai în materia cazurilor de excludere, nu se rezumă decât la caracterul limitativ al art. 222 din Legea nr. 31/1990, ci în toate celelalte ipoteze în care soluțiile își găsiseră temeiul pe tărâmul Codului civil.

Astfel, instanța supremă a stabilit că ipotezele de excludere a asociatului prevăzute de art. 222 din Legea nr. 31/1990 nu se completează cu prevederile art. 1.928 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, astfel că numai cazurile enumerate restrictiv de art. 222 pot conduce la excluderea asociatului. Așadar, a fost tranșat definitiv caracterul enumerării cazurilor de excludere, dispozițiilor art. 222 având caracter limitativ.

Însă, decizia nr. 28/2021 conduce la concluzia că nici sub alte aspecte condițiile prevăzute de art. 222 din Legea nr. 31/1990 pot fi interpretate extensiv, cum este cazul dublei calități de asociat și administrator pentru a putea fi pronunțată excluderea pe temeiul art. 222 alin. 1 lit. d). În speța respectivă, asociatul care a fost exclus nu era și administrator social, condiție cumulativă prevăzută de art. 222 alin. (1) lit. d), ci era administrator de fapt. Cu privire la acest aspect trebuie subliniat că practica judiciară cu greu ajunsese la excluderea administratorului de

²⁴ C.D. Falcan, *Excluderea și retragerea asociaților din cadrul societăților*, Ed. Universul Juridic, București, 2021, p. 46.

²⁵ R. Catană, *Excluderea asociaților din societățile comerciale*, Studia Universitatis Babeș-Bolyai, nr. 2/2001, p. 99.

²⁶ O opinie asemănătoare a fost formulată de R. Catană, *op. cit.*, p. 118.

fapt, preferând astfel extinderea sferei excluderii și la administratorul de fapt²⁷, respectiv la acea persoană care, având calitatea de asociat, exercită în fapt administrarea societății, fără a fi numită în acest sens, justificat de împrejurarea că activitatea administratorului de fapt este o imixtiune în atribuțiile administratorului statutar prin efectuarea în mod independent a unor acte de administrare. Pe de altă parte, un argument utilizat în sprijinul extinderii sferei noțiunii este *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, dispozițiile legale nefăcând vreo distincție între administratorul de drept și cel de fapt²⁸

Totodată, instanța supremă a considerat utile și următoarele:

a) textul în discuție se referă, în mod expres, la asociatul administrator care comite fraudă în dauna societății sau se servește de semnătura socială sau de capitalul social în folosul lui sau al altora, iar sancțiunea excluderii îi poate fi aplicată atunci când revocarea este considerată insuficientă nu numai pentru abuzul de putere și încălcarea limitelor mandatului, ci pentru orice acțiune sau inacțiune frauduloasă în dauna societății, așadar nu doar pentru fraudă pe care este în măsură să o comită în considerarea ocupării poziției de administrator, ci pentru orice delict intenționat săvârșit în dauna societății;

b) reglementarea, în acest mod, a cazului de excludere din art. 222 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 31/1990 vine să protejeze, în mod distinct, încrederea de care trebuie să se bucure titularul funcției de administrator;

c) așa fiind, asociatul care nu deține calitatea de administrator nu poate fi exclus pentru categoria generală a fraudelor în dauna societății, prevăzută de art. 222 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 31/1990;

d) argumentele prezentate mai sus impun concluzia că situațiile de excludere a asociatului prevăzute de art. 222 din Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare, nu se completează cu prevederile art. 1.928 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil;

e) desigur, în limitele autonomiei de voință, urmând gândirea legiuitorului și rosturile instituției, părțile au dreptul să înmulțească ori să restrângă contractual cauzele de excludere;

Observăm că Decizia nr. 28/2021 aduce o noutate din perspectiva cauzelor de excludere, instanța reținând că părțile pot să înmulțească cauzele de excludere pe cale convențională, soluție care pare salvatoare la prima vedere, în realitate este un dar otrăvit, care va avea efecte negative, odată ce astfel de clauze trebuie să justifice pierderea calității prin prisma interesului social afectat, instanțele urmând să se pronunțe asupra valabilității lor. Sub acest aspect s-a susținut în doctrină²⁹ că este greu de conciliat regimul special și derogatoriu al excluderii cu recunoașterea în același timp a posibilității extinderii cazurilor de excludere prin voința părților și cu negarea aptitudii Codului civil de a acționa ca drept comun.

²⁷ Curtea de Apel Craiova, dec. nr. 521/2016.

²⁸ C.D. Falcan, *op. cit.*, p. 71.

²⁹ Lucian Bercea, *op. cit.*, p. 717.

Menținerea actualului cadru legislativ pentru societățile cu răspundere limitată este contraproductiv, în ciuda aparentului beneficiu adus de posibilitatea extinderii cazurilor de excludere, astfel că singura soluție este formularea unor propuneri legislative adecvate, care să reprezinte adevărate supape de detensionare a raporturile dintre asociați.

THE LEGAL PERSON HOLDING THE RIGHT TO DIGNITY

Drd. Maria Irina BUDICĂ-IACOB (IACOB)¹

*Faculty of Law
University of Craiova,*

Abstract

Dreptul la demnitate, drept nepatrimonial aparținând drepturilor personalității este recunoscut ca o valoare supremă a ființei umane, drept inerent persoanei, ceea ce, la prima analiză poate conduce la ideea că persoana juridică nu poate deține un asemenea drept. Recunoașterea personalității persoanelor juridice și evidențierea conținutului dreptului la demnitate va schimba cu siguranță percepția inițială. Principalele elemente care alcătuiesc demnitatea: onoarea, elementul subiectiv prin care fiecare persoană își atribuie calități sie înseși și reputația, elementul obiectiv ce constă în părerea pe care și-o formează colectivitatea despre o persoană conduc la recunoașterea persoanei juridice ca titulară a dreptului la demnitate. Soluțiile jurisprudențiale, inclusiv anterioare actualei legislații sunt favorabile ideii că persoana juridică are dreptul la onoare și reputație. Noul Cod Civil a înlăturat orice dubiu cu privire la aptitudinea persoanei juridice de a fi titulară a drepturilor personalității și îi conferă aceleași măsuri de protecție de care se bucură și persoana fizică.

The right to dignity, a non-patrimonial right belonging to the rights of the personality is recognized as a supreme value of the human being, an inherent right to the person, which, at the first analysis can lead to the idea that the legal person cannot have such a right. The recognition of the personality of the legal entities and highlighting the content of the right to dignity will certainly change the initial perception. The main elements that constitute the dignity: the honour, the subjective element by which each person attributes his/her own qualities and good name, the objective element that consists in the opinion that the community forms about a person leads to the recognition of the legal person as the holder of the right to dignity. The case law solutions, including prior to the current legislation, are favourable to the idea that the legal person has the right to honour and good name. The new Civil Code has removed any doubts about the legal person's ability to be the holder of the personality rights and gives them the same protection measures that the natural person enjoys.

Keywords: *dignity, honour, good name, legal person, personality.*

¹ iacobmariairina@yahoo.com.

1. Short considerations regarding the legal person

Article 25 paragraph 1 of the Civil code lists the topics of the civil law: the natural persons and the legal persons, and in the following paragraphs it defines the natural person as being the human, viewed individually, and the legal person is any form of organization that fulfils the legal conditions. Both topics are similar in that they have civil rights and obligations, aspect that determines the importance of their study in the civil matters. What sets them apart is the legal nature: the legal person is a collective subject² which assumes a form of organization of some people, but which acquires an autonomous existence compared to that of the persons who compose it. This aspect implies that the confusion must be avoided between the natural persons or even the natural person who composes the legal person and ensures its structure according to the conditions of the law and the legal person itself. They have distinct rights and obligations: the natural persons who constitute the legal person will have rights and obligations arising from their existence and the legal relationships they belong to, and the legal person will have rights and obligations arising from his / her capacity of holder of the rights and obligations and will participate on its own behalf in the civil circuit.

In the doctrine, the legal person has been defined as „the subject of civil law represented by a form of human organization distinct from the natural persons who compose it, who, meeting the conditions required by law, is entitled to subjective rights, liberties and civil obligations in their own name”³. He/she enjoys the legal personality, just as a natural person, which gives his/her the ability to acquire rights and to undertake obligations⁴.

The legal person presents the following constituent elements: self-organization, own heritage, lawful and moral purpose in accordance with the general interest⁵. The self-organization is understood as the „body” of the legal person, that is, its structure of human organization form⁶.

The structure may be composed of one person or of many people, but always distinct from the natural person who constitutes it. Its own organization also gives the legal person a will, which will be manifested by its representatives. The own patrimony of the legal person includes his/her patrimonial rights and obligations and is distinct from that of its members. The purpose of the legal person shows

² Gheorghe BELEIU, *Romanian civil law. Introduction to civil law. Subjects of civil law*, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2007, p. 433.

³ Marian Nicolae, Vasil Bîcu, George-Alexandru Ilie, Radu Rizoiu, *Civil law. The persons*, Universul Juridic Publishing House, Bucharest., 2016, p. 258.

⁴ Ovidiu Ungureanu, Cornelia Munteanu, *Civil law. The persons in the regulation of the new Civil Code, 3rd Edition*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2015, p. 402.

⁵ Gabriel Boroî, Mona Maria Pivniceru, Carla Alexandra Anghelescu, Bogdan Nazat, Ioana Nicolae, Tudor-Vlad Rădulescu, *Civil law sheets*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2018, p. 240-241

⁶ Marian Nicolae, Vasil Bîcu, George-Alexandru Ilie, Radu Rizoiu, *Civil law. The persons*, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2016, p. 276

the object of his/her activity and sets the limits of the capacity of use in the case of legal persons with a non-profit purpose.

The legal personality of the legal person is an aptitude that closely resembles with the capacity of use, but without totally coinciding, since the content is different as it is about a natural or legal person. It is designed for natural person and includes attributes that are not specific to the legal entity⁷.

The capacity of use of the legal person is, according to the article 205 of the Civil Code that his/her ability to have subjective civil rights and civil obligations, and the article 206 expresses the typology of these rights: „any civil rights and obligations, except those which, by their nature or according to the law, can belong only to the natural person”. Article 26 of the Civil Code ensures the protection and guarantee of the civil rights and freedoms for both natural persons, as well as for the legal persons. In the case of the legal person, both the patrimonial rights are protected according to the article 31 of the Civil Code, but also the non-patrimonial ones according to the article 257 of the Civil Code. To the legal person must be granted all the rights necessary to defend the collective interests with which he/she is entrusted. Thus, the legal person will benefit from all the rights referred to in the article 252 of the Civil Code, except those which are of the essence of the human being such as the right to physical and mental integrity, health, which by their content can belong only to the human being. The right to dignity belongs to the legal person from the moment he/she acquires the capacity of use, and his/her existence is not conditioned by any material or legal act or fact.

In order to establish the rights that fall within the content of the capacity of use, in addition to the criterion shown above, the character or nature of the legal person that will influence the rights that constitute the capacity of use, but also of the principle of the capacity of use in the case of the legal persons with a non-profit purpose must be taken into consideration. The right to dignity belongs to the legal person irrespective of the nature or character of the holder, since to any person, natural or legal, the dignity is protected according to the article 72 of the Civil Code that does not distinguish between the natural person and the legal person, or between different types of legal person.

In the case of legal persons with a non-profit purpose, the principle of the specialty of the capacity of use is incidental which allows them to have only those rights and to assume only those obligations that are necessary for the realization of the object of activity. We appreciate that the right to dignity does not fall within the scope of this principle and its existence will not be conditioned by the object of activity of the legal person with a non-profit purpose, being a right that the legal person acquires from his/her „birth” and which he/she holds without a manifestation of will to be needed in this regard throughout his/her existence.

⁷ Ovidiu Ungureanu, Cornelia Munteanu, *Civil law. The persons in the regulation of the new Civil Code, 3rd Edition*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2015, p. 422.

The exercise capacity is the possibility of the legal person to acquire subjective civil rights and to assume and fulfil civil obligations by signing legal documents in his/her own name, by his/her administrative bodies⁸. This cannot be more extensive than the capacity of use. Taking into account that the dignity is acquired with the capacity of use, the manifestation of the legal person's exercise capacity in this matter will be incidental in the case of the legal report after the violation of the right to dignity when he/she can sign legal documents to restore the obtained right, such as actions for the protection of the law, agreements to repair the damage and so on.

2. Summary view on the content of the right to dignity

The content of civil subjective law contains a series of prerogatives expressed directly or indirectly by law⁹. The substantive and the procedural element are included in the content of civil subjective law. The substantive element of the right to dignity, starting from paragraph 2 of the article 72 of the Civil Code refers to honour and good name, and the procedural element considers how to protect the substantial element of the right to dignity, namely the right to legal action and the typology of actions that can be exercised.

Both the honour and dignity are concepts that make the connection between self and society. While each of them refers to the individual in a very personal way, only in the individual's relations with the other people, we can say that the two concepts are fulfilled, interchanged, maintained or under a threat. Both require a deliberate effort of the will to be sustained – the human being must strive for them, often against the malicious opposition of others - and thus the honour and dignity become the goals of a moral society. Losing them, which is always a possibility, has important consequences for itself¹⁰.

The means of control of the two circumstances of the dignity, namely the feeling of self-worth and respect for the dignity of other people, may differ depending on the status recognized to the people by the society and the nature of the social institutions. Thus the question arises regarding to the type of interpersonal and institutional structures that our dignity demands¹¹. Basically, the two circumstances of the right to dignity are, in the acceptance of the civil code, the honour (the feeling of self-worth) and the good name (the respect for the dignity of other people).

⁸ Gabriel Boroï, Mona Maria Pivniceru, Carla Alexandra Anghelescu, Bogdan Nazat, Ioana Nicolae, Tudor-Vlad Rădulescu, *Civil law sheets*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2018, p. 248.

⁹ Ion Dogaru, Nicolae Popa, Dan Cladiu Dănișor, Sevastian Cercel, *The basis of civil law. vol. 1. General Theory*, Ch. Beck Publishing House, Bucharest, 2008, p. 386.

¹⁰ Peter Berger, *On the obsolescence of the concept of honour*, Revisions: Changing Perspectives in Moral Philosophy, 1983, p. 177.

¹¹ Barbara A Misztal, *The idea of dignity: Its modern significance*, European Journal of Social Theory, 16(1), 2012, p. 102.

The dignity can be viewed from a double point of view: subjective (individual), in relation to each individual and objective (social), in relation to the social relations that a person establishes with other persons¹².

From a subjective point of view, the dignity appears as a feeling of its own, intimately connected with the own consciousness of each human being, inherent to the human being and arising from the quality of human being, a superior human being. It is a natural feeling that is in the inner forum of each person and appears as an indispensable condition of human being existence. From this point of view, the dignity is that innate attribute which is the honour to which other ethical features acquired during the life of each can be added, viewed without regard to any special position of the individual in society. In this subjective side, the dignity is a personal feeling of moral appreciation, self-respect, determined by the appreciation that each one has about himself/ herself¹³.

From an objective point of view, the dignity appears as a social value and at the same time a condition for the proper development of the relationships between people¹⁴. It consists in the moral appreciation that others give to a person, the opinion that others form about their morality, behaviour, merits, appreciation that can be manifested by the esteem, consideration and respect of others. In other words, it is the good name of the person, his/her good name that he/she enjoys in society. This time it is about a moral heritage agonized by a person, that is, the esteem, the consideration, the respect and the appreciation that he/she has endeavoured to acquire and that he/she enjoys in relation to his/her peers¹⁵. The term good name cannot be defined *stricto sensu* because the notion is abstract and evolves over time; the meaning of words can evolve or devolve, a linguistic neutral expression can be transformed into insult or even blasphemy¹⁶.

The honour is innate, but the good name is formed over time depending on the individual's behaviour in the private and social life. Good name may vary from person to person, it is not innate, but is most often acquired through the exemplary way in which the person behaves in the private or social life¹⁷. The honour disappears with the individual, but the good name remains even after the person has ceased life¹⁸. The honour is both an individual element, but also a

¹² C. Turianu, *Offenses against the dignity of the person*, Stiintifica Publishing House, Bucharest, 1974, p. 18-21.

¹³ Constantin Barbu, *Protection of the person in the criminal law of the Socialist Republic of Romania*, Scrisul Romanescu Publishing House, Craiova, 1977, p. 237.

¹⁴ Constantin Barbu, *Protection of the person in the criminal law of the Socialist Republic of Romania*, Scrisul Romanescu Publishing House, Craiova, 1977, p. 23.

¹⁵ Vintila Dongoroz, Siegfried Kahane, Ion Oancea, Rodica Stanoiu, Iosif Fodor, Nicoleta Iliescu, Constantin Bulai, Victor Rosca, *Theoretical explanations of the Romanian Penal Code, Special Part, vol. III*, Academiei Romane Publishing House, All Beck Publishing House, Bucharest, 2003, p. 343.

¹⁶ Magdalena Roibu, *Freedom of expression and its criminal limits*, CH Beck Publishing House, Bucharest, 2013, p. 126.

¹⁷ Decision 838 from September 20th, 2012, Ilfov Tribunal, <http://portal.just.ro/93/SiteAssets/SitePages/informatii/Sentinta%20civila%20in%20dosarul%20497-93-2012.doc>

¹⁸ Dumitru Corneanu, *The passive subject of crimes against dignity*, Dreptul Magazine no. 9 from year 2000, p. III.

social element (the perception that a human being has about the way in which he/she is seen in society). The feeling of honour implies a minimum consolidation of moral personality, and the good name implies a minimal relationship about the life in relation to the social environment¹⁹.

It is difficult to establish a border between honour and good name, they are rather two sides of the law, than two distinct elements²⁰. If there is a close connection between the two rights, the opinion was expressed that there is a fundamental distinction between the two. On the one hand, we have the claim of the individual to have protected the right to dignity and honour as part of his/her personality in a world in which he/she has to live in society with his/her peers. On the other hand, we have the same individual's claim to have protected the right to good name as part of his/her essence (substance), in the sense that in a world where the good name plays such an important role, the trust and respect of one's peers can be a valuable attribute²¹.

In order to establish the content of the right to dignity, the European Convention on Human Rights that protects the moral integrity of the human being as part of the right to respect the private and family life guaranteed by the article 8, paragraph 2, but also the right to a good moral reputation that constitutes a limit of the freedom of expression provided in the article 10, paragraph 2²².

We observe in the article 72 paragraph (2) the synonymous meaning that the legislator grants on the one hand the right to the dignity and on the other hand to the honour and the good name, without referring more about the object of these intrinsic values of the human being.

In the content of the right to dignity, the legislator includes the honour and good name, but it is much wider and impossible to make a limiting enumeration. By dignity we mean the honour, good name, prestige, consideration, honesty, esteem, good faith, probity, fairness, honesty, respect, appreciation that a person enjoys, that is, his/her moral integrity, the moral side of his/her personality²³.

The dignity content is evolutionary, diversified and sometimes uncertain. The vagueness of the notion of dignity „comes to confer a blank signature to the judiciary power and causes the civil law to be abandoned to a notion marked by personal judgments and often dubious moral conceptions”²⁴. The dignity sums up the qualities and qualities born or acquired and developed throughout the life. In addition to the honour and good name, expressly provided by the code, in the

¹⁹ Corneliu Turianu, *Insult and slander through the press*, All Beck Publishing House, 2000, p. 37.

²⁰ Eugen Chelaru, *Personality rights in the regulation of the New Civil Code*, Dreptul Magazine no. 10/2011, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2011, p. 54.

²¹ Roscoe Pound, *Interest of personality*, Harvard Law Review, vol. XXVIII, NR.5, 1915, p. 447.

²² Eugen Chelaru, *Personality rights in the regulation of the New Civil Code*, Dreptul Magazine no. 10/2011, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2011, p. 54.

²³ Constantin Barbu, *Protection of the person in the criminal law of the Socialist Republic of Romania*, Scrisul Romanescu Publishing House, Craiova, 1977, p. 237.

²⁴ Ovidiu Ungureanu, Cornelia Munteanu, *The right to dignity in the conception of the Civil Code*, Română de Drept Privat Magazine no. 1/2016, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2016, p. 23.

content of the dignity must also be integrated: the fairness, honesty, moral authority, the quality of being conciliated, of not being humiliated, the prestige and other such qualities and attributes of a moral and social nature²⁵.

The content of the right to dignity should also be included the right to autonomy, a right that derives from human dignity, but which cannot be exercised in a way that violates the dignity of another person²⁶.

3. Recognition of the legal person as the holder of the right to dignity

If from a legal point of view, the legal personality is the common characteristic of the natural and legal persons, in this case the delicate question arises regarding the extent to which the legal person can claim, in his/her turn, to be recognized the rights of the personality. The spectrum of anthropomorphism plans on this question. It is true that, at a first analysis, the personality meant to be protected by these rights refers to individuals as real human beings of flesh and bones.

They are designed to protect different aspects of a person's personality; the personality rights are inherent to the individual. Even if not every person holds a real right (for example, not all people own a beneficial interest) or a debt claim, each person holds the rights meant to protect their personality. This is clear from the formulation of the Article 58 of the Civil Code, which states that „every person has the right to life, health, physical and mental integrity, to dignity, self-image, to respect the private life, and other such recognized rights by the law”.

On the one hand, it can be argued that the legal persons do not possess personality rights since the personal suffering that a natural person normally feels as a result of the violation brought to his/her personality rights is something that an abstract legal entity, such as, for example a university, cannot live in his/her turn. On the other hand, it is claimed that since the damage brought to the personality can exist objectively, without the victim being subjectively confronted with the experiences that result from the prejudices brought to his/her feelings and since the legal persons have a legitimate interest to protect certain personality rights, such as the good name, it is not only theoretically possible, but also realistic and fair to recognize that the legal persons are the holders of certain personality rights.

Of course, the legal persons can only have those rights that are compatible with their nature or that apply to them naturally. These rights of personality are the rights to good name, private life and identity, which can be prejudiced without the victim to be aware of it. Therefore, the legal persons should not be able to claim compensation for the death of a natural person, as happened, for example, in Italy. It is also understood that the legal persons do not have a physical body

²⁵ Dumitru Lupulescu, Ana-Maria Lupulescu, *Subjects of the civil law*, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2017, p. 78.

²⁶ Conor O'Mahony, *There is no such thing as a right to dignity*, <http://icon.oxfordjournals.org>, 1 * CON (2012), Vol.10 No. 2, p. 569.

and therefore cannot have the right to physical and moral integrity or to physical (movement) freedom. In Germany, the names, dignity and private life of legal persons are, in their turn, protected, but they cannot claim compensation in this regard, as they cannot enjoy the equivalent satisfaction for the damage suffered. The same approach is followed in the United Kingdom regarding the defamation of legal persons. However, in various other countries, the courts allow a legal person (in Belgium even to the state) to claim compensation for the non-patrimonial damages suffered as a result of the violation of his/her right to good name. Although a claim for non-patrimonial damages filed by the legal persons is not unusual in Austria, its scope is extremely limited²⁷.

If the legal persons have a personality in the legal sense of the term (the personality being considered their capacity to hold rights), it may be, in their case, about a personality in the sense that the term has in the expression „personality rights”, that is, a moral personality or, perhaps, more precisely, as regards to the legal persons, a social personality? This question is becoming more and more frequent; its frequency being accentuated by a context in which there are anthropomorphizing tendencies, a fact confirmed by the criminal responsibility attributed to legal entities.

However, long before the criminal liability of legal persons to be recognized and included in the Penal Code, the issue of protecting the legal person was already raised in the doctrine in the same way that the protection of natural persons was already implemented. In the early 1970s, Kayser²⁸ claimed that the moral personality is already considered a reality that, however, is different from the legal personality of human beings. The legal persons therefore have similar rights to the rights of the personality attributed to human beings. They are thus deprived only of those rights whose existence depends on the personality of the human being. But, only after the end of the 1990s, at a time that coincided with the increasing of the importance and notoriety of personality rights, the doctrine came to consider, in a more systematic way, the possibility of assigning rights to legal persons²⁹.

Some authors have declared themselves against the recognition of the rights regarding the personality of legal persons, bringing in the discussion the argument of the dignity, which is a concern of humanity. Thus, Loiseau³⁰ affirmed that the human being is the one who, unlike things, has a dignity from which appears the respect that he/she bears. Therefore, considering the fact that the humanity is a fact that is inscribed in the biological structure of every human

²⁷ Johann Neethling, *Personality rights: a comparative overview*, The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, vol. 38, no.2, 2005, p. 244-245.

²⁸ P. Kayser, *Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques*, RTD civ., Dalloz, 1971, p. 445.

²⁹ N. Mathey, *Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé*, RTD civ., Dalloz, 2008, p. 205.

³⁰ G. Loiseau, *Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français*, Rev. dr. McGill, 1997, p. 319.

being, it determines the recognition of the rights of the personality of all human beings, that is, of human beings only. To this argument pertaining to the dignity of the human being is added the one based on the idea of personality, respectively everything that determines or expresses the individuality or uniqueness of each human being. To remove from the discussion the possibility of recognizing the rights of personality of the legal persons, it is stated that the personality corresponds to a double perception report: the perception that the individual has in relation to his/her identity and the perception that other people have in relation to the identity of the same individual.

Personality rights are meant to protect the individuality of a person, that is, what differentiates it from other people. In this sense, the personality can be psychological - the person perceives himself/herself- but can also include a social dimension - the person is also perceived by society. Well, this perception may be unclear in terms of both natural persons and legal persons. In the 1970s, this was already made public by an author who mentioned that under the condition that each individual has a complex personality, since it is at the same time physical, psychological or social, and that it defines him/her, personally, we must recognize that the legal persons, even under the conditions in which they have a less complex personality, since they do not have a body, a psychological personality and more so a social one, thus gain their right to be protected³¹.

The idea was also expressed³² that the legal persons benefit from certain non-patrimonial rights, but only those with no patrimonial purpose can enjoy the protection of the right to honour and good name. It was considered that the reference to the extra-patrimonial rights as personality rights is not entirely adequate as all the subjective rights are attached to the personality and constitute its attributes. The difference from the patrimonial ones is that they belong especially to the natural person, but some rights, among which also the right to honour and good name belong to the legal persons, especially those with no patrimonial purpose. However, most of the extra-patrimonial rights belong only to the individual.

The issue of recognizing the personality rights of legal persons depends on determining the possible circumstances in which they may suffer moral damage, if any. Regarding the latter issue, the case law considers that the legal persons can suffer moral damages from several points of view. The recognition, in this case, of the possibility of the existence of a moral injury does not necessarily coincide with the recognition of the personality rights regarding the legal persons. If the legislation is, for some time, in agreement with the reparation of the moral damage brought to a legal person who was the victim of a defamation act, then it

³¹ Agathe Lepage, *Droits de la personnalité, Répertoire de droit civil*, Dalloz, Paris, 2009, p. 38.

³² Christian Larroumet, *Droit civil. Tome 1. Introduction à l'étude du droit privé. 3^e édition*, Ed. Economica, Paris, 1997, p. 264.

also admits, in a systematic and independent way of any personality right, that the acts of unfair competition prejudice the society that is a victim of them, even if it is only about a moral injury. But, when he/she accepts the possibility of a moral injury brought to the legal persons, the case law clearly proves that he/she recognizes the existence of a personality of the legal persons, whose nature is not exclusively legal³³.

The economic damages brought to a legal person are represented by all that he/she loses from the assets that he/she holds, and the moral damage consists in any prejudice brought to his/her existence. This prejudice refers to everything that represents the specificity of the legal person concerned, to everything that defines his/her identity: his/her culture, values, emblems, image and so on. Or, it is obvious that a legal person can have, without any doubt, these elements: there are legal persons with a certain history, culture, good name, briefly a personality in the sociological sense of the term. Taking into account the distinction that is made between the extra-patrimonial and patrimonial elements of a person, the moral damage brought to a legal person is, therefore, evaluated according to the damages brought to the elements from which his/her „being” is constituted, and to the elements that transform he/she into what he/she is.

This analysis is also valid regarding the discussion about the personality rights. The legal persons have an individuality that is perceived by third parties, so they have the right to try to protect it against the damages that could cause them prejudice. In fact, in the recent years, several authors have declared themselves to be in favour of recognizing the personality rights - or at least some of them - for the benefit of legal persons. Another author argued that there is no major disadvantage in recognizing the personality rights for the benefit of legal persons, but not including the right to respect for dignity in question because a legal person cannot claim to have been the victim of torture or that has undergone to inhuman and degrading treatment³⁴. We do not agree with the view that dignity cannot be protected for the legal person as long as its content is also part of the good name. The legal person enjoys the good name, the reputation, the way in which he/she is seen by the public to whom he/she is addressed and once the good name is erased he/she can lose the confidence of the clients and he/she can even lose his/her existence.

Starting from the content of the right to dignity, it is obvious that the dignity, understood strictly under his/her subjective aspect as a value inherent to the human being cannot belong to the legal person, but it should not be omitted that the legal person, through his/her representatives, has a certain appreciation regarding to his/her existence and the quality of the legal relationships in which he/she is involved, which is why it can be stated that a legal person has honour,

³³ Agathe Lepage, *Droits de la personnalité, Répertoire de droit civil*, Dalloz, Paris, 2009, p. 38.

³⁴ N. Mathey, *Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé*, RTD civ., Dalloz, 2008, p. 214.

as an element of dignity. It is about the consideration that the legal person has regarding to the respect due to his/her activity.

In the case of the legal entity, that is, the name from which he/she enjoys among the target group, but also of the competitors in the market, is an essential element that allows it to exist, to compete with other competitors, to retain its customers and to acquire new ones. The reputation or good name of a person represents the perception, respect and esteem that he/she enjoys in society; his *innere Ehre*, as opposed to the self-esteem in the case of honour³⁵. Any statement or behaviour that affects or undermines the good name of a person in society prejudice his/her name and endangers his/her existence.

4. Conclusion: case-law solutions

In the present case³⁶, the court was notified with an application based on the criminal civil liability regulated by the articles 998-999 of the Civil code from 1865 to oblige a former rector of the plaintiff University, who had filed a criminal complaint against the members of the Senate of the plaintiff University for association in order to commit crimes to pay moral damages.

The criminal complaint was settled with a non-commencement resolution of the criminal prosecution. The court admitted the application and forced the defendant to pay moral damages in favour of the University. To keep this in mind, the court analysed the conditions of the criminal civil liability and started from the premise that the protection of dignity is guaranteed to legal persons, pursuant to article 30, paragraph 6 of the Constitution, which provides that „The Freedom of expression cannot prejudice the dignity, honour, private life of the person nor the right to one's own image”, from which results the legislator's will to protect and defend the dignity of the person arises, without distinction between the natural person and the legal person, as a supreme value, guaranteed by the fundamental law.

The defendant's fact of making a criminal complaint against the members of the University Senate is an unlawful fact due to the harmful result for the university, which consisted in achieving the public's credibility in the moral environment of the university staff and affected the image of this educational institution. The court considered that the condition of the moral damage caused to the plaintiff was also fulfilled. Thus, according to the statements of the witnesses heard in this case, it was found out about the existence of this complaint among the professors and among the students, and by spreading the news, the reaction of the professors was justified by the right to reply, materialized by publishing an open letter in the local newspaper. Even if the accusation was not made public by the plaintiff, the court found that it cannot be exempted from liability having in mind that it is

³⁵ Johann Neethling, *Personality rights: a comparative overview*, The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, vol. 38, no.2, 2005, p. 230.

³⁶ <https://www.jurisprudenta.com/jurisprudenta/speta-h6xplfl/>.

possible to become liable for the easiest fault. Moreover, because of this situation, the university was rated poorly in a top of the Universities. The court also recalls the judicial practice according to which, in similar situations, the proof of the unlawful act leads to the presumption of the moral damage and the causal link, which is why it is no longer necessary to prove the damage. The causal link results from the unlawful act itself, considering that the obligation not to prejudice the rights and interests of another person is an obligation of the result.

Considering that the conditions of criminal liability are fulfilled, the court obliged the defendant to pay moral damages established by appreciation, based on criteria regarding the importance of the injured values and the extent to which they were prejudiced, the negative consequences suffered and the intensity with which they were perceived. The damages settled must establish a reasonable ratio of proportionality with the prejudice brought so as not to reach an unjustified enrichment of the person claiming moral damages and to be mentioned the case of Tolstoy Miloslovsky against United Kingdom in the case law of the European Court of Human Rights (ECHR). Although the plaintiff claimed moral damages of 200,000 lei, the court considered that this amount was disproportionate considering the fact that she could request the publication of the court decision, an adequate measure for restoring the good name, and therefore proposed only 10,000 lei.

The solution was appealed by both parties and the Court showed that although the moral damage is more often caused among the natural persons, these aspects do not preclude the possibility of a moral damage and legal persons. It was recognized the existence of moral damages in order to establish a way to repair the physical sufferings suffered by a person or of the damages brought to the honour, dignity, good name, prestige of a person. Even though „these attributes are generally specific to natural persons, some of them can also be assigned to the legal entities. Thus, in this case taking about a higher education institution, a university, the good name and prestige are moral values inherent to it and which, together with the quality of the educational document that it offers, gives it a certain position in the university hierarchy. „The appeals were rejected, and the parties appealed: the plaintiff requested the award of moral damages in the requested amount, and the defendant requested that the decision to be cancelled on the grounds that the conditions of the criminal civil liability were not fulfilled.

The court dismissed the plaintiff's appeal and admitted the defendant's appeal on the grounds that from the documents filled there is no evidence of the conditions of the criminal civil liability. Thus, the fact of filing a criminal complaint cannot be considered an unlawful act as this is a constitutional right that the defendant exercised in good faith, an attitude which is also proved by the decision of the contentious administrative court that found the illegal revocation of the defendant and ordered his job reintegration and payment of moral damages. Moreover, the defendant did not publicize the existence of these complaints, but even the management of the University within an open letter addressed to the former

rector. Regarding the moral damage, the Court of Appeal considered that the existence of a moral damage consisting in the prejudice of the good name and image of the University is not excluded, but even if it existed, it is not due to the defendant, but to the University that chose to make the conflict public. For all these aspects, the court of appeal admitted the defendant's appeal and totally rejected the request for trial.

This case is eloquent for the attitude of the courts regarding the legal person as the holder of the right to dignity. We thus observe that all the courts, including the one of appeal, have recognized the right of the legal person to good name and to repair the moral damage suffered by reaching it. It is observed that the provisions of the old Civil Code and of Decree 31/1954 regarding the natural and legal persons who recognised the right to honour and the right to good name were incidental. The right to dignity is an update of the Civil Code. Thus, under the empire of the old code, undertaking the responsibility of the criminal civil liability for the own deed of a person could be realized under the conditions of the article 998-999 of the Civil Code, if the guilty act was proven to be an unlawful act that caused an injury to a person, between the unlawful act and the injury there is a causal report, the first court legally retaining the fulfilment of these conditions and making a correct assessment of the damages due to the plaintiff.

The solution to award moral damages for the damage suffered by the legal persons as a result of the prejudice brought to the dignity was adopted by other courts, even if the injured person was a legal person with a non-profit purpose, and the unlawful act was the publication on Facebook, YouTube and two online publications of a slanderous memorandum³⁷. We also find the opposite practice, the one in which the moral damages to a legal person for the prejudice of the image were refused, understood as „good professional name”, on the grounds that this right does not belong to the category of non-patrimonial rights protected by the article 257 of the Civil code, but is part of the goodwill and is assessable pecuniary³⁸. The solution was invalidated by the appeal court, which considered that the good name is a right that does not belong exclusively to a natural person, it can also belong to a legal person, therefore, related to the provisions of the article 257 of the Civil Code and a legal person may request the defence of his/her good name in the event of any damage to his/her image³⁹.

A solution to reject the possibility of the legal person to obtain moral damages for the prejudice of non-patrimonial rights we find also in the Decision

³⁷ <https://www.juridice.ro/256275/pot-fi-acordate-daune-morale-unei-persoane-juridice-in-cadrul-actiunii-civile-exercitate-in-procesul-penal.html>; <https://www.clujjust.ro/daune-morale-pentru-ca-a-terfelit-pe-facebook-youtube-si-in-publicatii-online-o-cunoscuta-asociatie-din-cluj/>.

³⁸ Civil sentence no. 1454 of June 5th, 2018, Odorheiu Secuiesc Court, <https://www.legal-land.ro/imposibilitatea-obtinerii-de-catre-o-societate-comerciala-unor-daune-morale-pentru-pentru-incalcarea-dreptului-la-imagine/>.

³⁹ Civil Decision no. 866 of November 14th, 2018, Harghita Tribunal, <http://www.legal-land.ro/daune-morale-pentru-atingeri-aduse-imaginii-unei-persoane-juridice/>.

373/2016⁴⁰ pronounced by the High Court of Cassation and Justice, 11nd Civil Section, which showed that the field of non-patrimonial rights recognized to the people legal is limited to the subjective rights that a legal person can have according to the law and the legal person cannot receive moral damages for the injury of any non-patrimonial right because „the moral damage consists in the prejudice brought to the values that define the human personality, values that refer to the physical existence of the person, the health and the bodily integrity, to the feelings of affection, to honesty, dignity, honour, professional prestige and other similar values. It is true that, although these attributes are generally specific to natural persons, some of them can be attributed to legal persons, but in these cases, the legislator has expressly acknowledged the possibility of granting moral damages to the legal person - for example for acts of unfair competition. (Article 9 of the Law no. 11/1991). „This analysis of the supreme court is objectionable in terms of ignoring the judicial practice influenced by the old Civil Code, but it cannot be omitted that the court had to apply the provisions of the old regulations because the deed was committed prior to the entry into force of this Code, and the previous provisions did not contain a direct reference to the legal person as the holder of the right to good name.

Defending the dignity means allowing the person, whether natural or moral, to defend himself/herself in the face of an accusation that affects his/her good name or that slanders him/her. Proceeding in favour of an action brought by the legal persons under these provisions is justified by the fact that they have a good name that they must defend, as well as the natural persons, therefore a legal person will be able to request the defence of the right to good name⁴¹, including legal person with a non-profit purpose (an association)⁴².

Article 257 of the Civil Code regulates the defence of the non-patrimonial rights of the legal person under the same conditions in which they are protected also for the natural persons. However, not all personality rights can be recognized to the legal person. For example, the right to physical integrity, the right to health cannot be conceived in the case of legal persons. Instead, the right to good name, an element of dignity, must be recognized. In the absence of some norms established by the legislative body, the case law is essentially the one that decides on the recognition – of some – of the rights of the personality for the benefit of the legal persons.

⁴⁰ <https://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=130642>.

⁴¹ In this case the court forced the defendant to post on the Facebook page, where he had committed the harmful fact, and in a local newspaper a message apologizing for denigrating the legal person. Civil Decision no. 866 of November 14th, 2018, Harghita Tribunal, <http://www.legal-land.ro/daune-morale-pentru-atingeri-aduse-imaginei-unei-persoane-juridic/>.

⁴² <https://www.clujjust.ro/daune-morale-pentru-ca-a-terfelit-pe-facebook-youtube-si-in-publicatii-online-ocunoscuta-asociatie-din-cluj/>.

In the French system, the Defamation Law is traditionally cited as a mark of the extension, for the benefit of legal persons, of the protection provided by the legislative bodies for „a person”, without other details. Both the criminal and civil case-law consider, consequently, the fact that the article 29 of the law from July 29th, 1881 applies equally to legal persons as well as to natural persons. In its turn, the Court of Cassation established that a legal person may be the victim of a slanderous denunciation. The value protected by the accusations of defamation and slanderous denunciation is the honour. After the honour, the personality is then the protected one, and the case law does not hesitate to treat equally both natural and legal persons, in a way that reflects the best way of interpreting the concept of personality⁴³.

Also the case law of the European Court of Human Rights is in favour of recognizing the good name right of legal persons. In Marunić case against Croatia, the court analysed the need to defend the legal person's good name, but considered that publishing an interview of an employee contradicting the employer's critical report is not likely to affect the legal person's good name to such an extent that to result in the dismissal of the employee on a summary basis. Moreover, the legal person of public law has the right to the protection of the honour: the Pinto Pinheiro Margues case against Portugal; the case of Rodriguez Ravelo against Spain in which it is about a court whose good name must be protected; the Ana Ioniță case against Romania in which a notary public was disciplinary sanctioned for criticizing the Union and the Chamber in a television show, and the ECHR considered that the sanction was necessary to defend the good name of these entities; Kharlamov case against Russia about the good name of a university; Frisk and Jensen case against Denmark, the ECHR considered that the measures imposed by the state were proportional to the interest of preserving the good name of a doctor and the hospital in which he worked, and therefore the freedom of expression was not violated⁴⁴.

In the case of Uj against Hungary, the ECHR makes a distinction between the prejudice brought to a person's good name in terms of his/her social status, with the consequences he/she can have on the dignity and commercial good name of a company, which has no moral dimension. The Court expresses directly and concretely the right of a company to defend itself against defamatory statements in order to defend the public success and competitiveness on the market for the benefit of the owners but also of the consumers and of the whole economy⁴⁵.

In the American system, a company can sue for defamation if an article is published in which it is accused of not providing quality services to customers or committing a crime. In this situation, the company must prove that the image, the good name of the company, and not the individual one has been prejudiced.

⁴³ Agathe Lepage, *Droits de la personnalité, Répertoire de droit civil*, Dalloz, Paris, 2009, p. 39.

⁴⁴ https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Reputation_ROM.pdf.

⁴⁵ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-105715%22%5D%7D> } pct 22.

Also, an American company that is publicly accused of manufacturing or promoting products capable of endangering public health or safety may win a defamation trial. The Brown & Williamson Company won \$ 3.5 million as damages as a result of some allegations by a TV commentator that the company was trying to sell Viceroy cigarettes to minors. The journalist had claimed that Viceroy's strategy was to convince young people that smoking is an „unlawful pleasure” like alcohol, marijuana or sexual activity. It was also argued against the cigarette company that it presented smoking as a way of initiation into the adult world, a declaration of independence. In the trial, the television man tried to prove that the company was lying when it claimed that it was not trying to promote cigarettes among young people, but the courts found that his statements were slanderous and sanctioned him for the damage to the company. In another case, the owner of a shop that developed the films was sanctioned for denigrating a company by accusing a competing company through an advertisement that misleads customers and produces poor quality photos⁴⁶.

BIBLIOGRAPHY

1. Constantin Barbu, *Protection of the person in the criminal law of the Socialist Republic of Romania*, Scrisul Romanescu Publishing House, Craiova, 1977.
2. Gheorghe Beleiu, *Romanian civil law. Introduction to civil law. Subjects of civil law*, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2007.
3. Peter Berger, *On the obsolescence of the concept of honour*, Revisions: Changing Perspectives in Moral Philosophy, 1983.
4. Gabriel Boroi, Mona Maria Pivniceru, Carla Alexandra Anghelescu, Bogdan Nazat, Ioana Nicolae, Tudor-Vlad Rădulescu, *Civil law sheets*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2018.
5. Eugen Chelaru, *Personality rights in the regulation of the New Civil Code*, Dreptul Magazine no. 10/2011, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2011.
6. Dumitru Corneanu, *The passive subject of crimes against dignity*, Dreptul Magazine no. 9 from year 2000.
7. Ion Dogaru, Nicolae Popa, Dan Claduiu Dănișor, Sevastian Cercel, *The basis of civil law. Vol. 1. General Theory*, Ch. Beck Publishing House, Bucharest, 2008.
8. Vintila Dongoroz, Siegfried Kahane, Ion Oancea, Rodica Stanoiu, Iosif Fodor, Nicoleta Iliescu, Constantin Bulai, Victor Rosca, *Theoretical explanations of the Romanian Penal Code, Special Part, vol. III*, Academiei Romane Publishing House, All Beck Publishing House, Bucharest, 2003.
9. P. Kayser, *Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques*, RTD civ., Dalloz, 1971.

⁴⁶ Kent R. Middleton, Robert Trager, Bill F. Chamberlin, Ioan Stanomic, *Legislation of public communication*, Polirom Publishing House, Iași, 2002, p. 65.

10. Christian Larroumet, *Droit civil. Tome 1. Introduction à l'étude du droit privé*. 3^e édition, Ed. Economica, Paris, 1997.
11. Agathe Lepage, *Droits de la personnalité, Répertoire de droit civil*, Dalloz, Paris, 2009.
12. G. Loiseau, *Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français*, Rev. dr. McGill, 1997.
13. Dumitru Lupulescu, Ana-Maria Lupulescu, *Subjects of the civil law*, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2017.
14. N. Mathey, *Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé*, RTD civ., Dalloz, 2008.
15. Kent R. Middleton, Robert Trager, Bill F. Chamberlin, Ioan Stanomic, *Legislation of public communication*, Polirom Publishing House, Iași, 2002.
16. Barbara A Misztal, *The idea of dignity: Its modern significance*, European Journal of Social Theory, 16(1), 2012.
17. Johann Neethling, *Personality rights: a comparative overview*, The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol. 38, no.2, 2005.
18. Marian Nicolae, Vasil Bîcu, George-Alexandru Ilie, Radu Rizoiu, *Civil law. The persons*, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2016.
19. Conor O'mahony, *There is no such thing as a right to dignity*, <http://icon.oxfordjournals.org>, 1 * CON (2012), Vol.10 No. 2.
20. Roscoe Pound, *Interest of personality*, Harvard Law Review, vol. XXVIII, NR.5, 1915.
21. Magdalena Roibu, *Freedom of expression and its criminal limits*, CH Beck Publishing House, Bucharest, 2013.
22. C. Turianu, *Offenses against the dignity of the person*, Stiintifica Publishing House, Bucharest.
23. Corneliu TURIANU, *Insult and slander through the press*, All Beck Publishing House, 2000.
24. Ovidiu Ungureanu, Cornelia Munteanu, *Civil law. The persons in the regulation of the new Civil Code, 3rd Edition*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2015.
25. Ovidiu Ungureanu, Cornelia Munteanu, *The right to dignity in the conception of the Civil Code*, Română de Drept Privat Magazine no. 1/2016, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2016.
26. Decision 838 from September 20th, 2012, Ilfov Tribunal, <http://portal.just.ro/93/SiteAssets/SitePages/informatii/Sentinta%20civila%20in%20dosarul%20497-93-2012.doc>
<https://www.jurisprudenta.com/jurisprudenta/speta-h6xplfl/>
27. <https://www.juridice.ro/256275/pot-fi-acordate-daune-morale-unei-persoane-juridice-in-cadrul-actiunii-civile-exercitate-in-procesul-penal.html>;
28. <https://www.clujust.ro/daune-morale-pentru-ca-a-terfelit-pe-facebook-youtube-si-in-publicatii-online-o-cunoscuta-asociatie-din-cluj/>
29. Civil sentence no. 1454 of June 5th, 2018, Odorheiul Secuiesc Court, <https://>

www.legal-land.ro/imposibilitatea-obtinerii-de-catre-o-societate-comerciala-unor-daune-morale-pentru-pentru-incalcarea-dreptului-la-imagine/

30. Civil Decision no. 866 of November 14th, 2018, Harghita Tribunal, <http://www.legal-land.ro/daune-morale-pentru-atingeri-aduse-imaginii-unei-persoane-juridice/>

31. <https://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=130642>

32. <https://www.clujjust.ro/daune-morale-pentru-ca-a-terfelit-pe-facebook-youtube-si-in-publicatii-online-o-cunoscuta-asociatie-din-cluj/>

33. https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Reputation_ROM.pdf

34. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-105715%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-105715%22]}) pct 22

ÎNTRERUPEREA ACTIVITĂȚII PROFESIONISTULUI ÎN CONTEXTUL INDEMNIZAȚIEI REGLEMENTATĂ DE O.U.G. NR. 30/2020. STUDIU DE CAZ

dr. Mihaela-Cătălina SCAFES
Avocat Baroul Dolj

Abstract

In order to take measures to help the categories of people who had to stop their activity, the legislator regulated the granting of an allowance during the period in which the state of emergency was decreed in Romania, such as those established by O.U.G. no. 30/2020. In the context in which it was held by the public authority, through a subsequent analysis, that the conditions for granting the mentioned compensation are not met because the agricultural crops have been maintained, the national court was called to interpret the notion of interruption of the activity, used by the legislator in O.U.G. nr. 30/2020. The analysis involves identifying the purpose pursued by the legislator when enactment of the norm, establishing the purpose of carrying out the activity and the legitimate expectations created by the public authority.

Keywords: *state of emergency, compensation, legitimate expectations, public interest, interruption of activity.*

Limitările impuse de pandemia Covid-19 și măsurile dispuse de autorități în contextul acesteia au cauzat, la nivelul anului 2020, situații în care profesioniștii și-au întrerupt activitatea. Cu o astfel de împrejurare s-au confruntat, de exemplu, acei profesioniști care exploatau întreprinderi cu profil agricol, fiind organizați sub forma persoanelor fizice autorizate, a întreprinderilor individuale sau a întreprinderilor familiale². Cu scopul de a întreprinde măsuri de întrajutorare a categoriilor de persoane care au fost nevoite să își întrerupă activitatea, legiuitorul a reglementat acordarea unei indemnizații pe perioada în care în România a fost decretată starea de urgență. În acest sens a fost emisă O.U.G. nr. 30/2020 pentru modificarea

¹ În sensul prevăzut de art. 3 C. civ., respectiv orice persoană care exploatează o întreprindere.

² Înființate conform O.U.G. nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale.

și completarea unor acte normative, precum și pentru stabilirea unor măsuri în domeniul protecției sociale în contextul situației epidemiologice determinate de răspândirea coronavirusului SARS-CoV-2, care stabilea beneficiarii acestei indemnizații.

În acest context, parte din persoanele care au beneficiat de indemnizația prevăzută de O.U.G. nr. 30/2020³, au ales să beneficieze totodată și de ajutorul *de minimis* acordat conform H.G. nr. 248/26.03.2020 privind aprobarea schemei „Ajutor de minimis pentru aplicarea programului de susținere a produsului tomate în spații protejate” pentru anul 2020, depunând în acest sens documentele prevăzute de actul normativ, printre care și dovezi privind menținerea culturilor în perioada aprilie-mai 2020.

Situația litigioasă s-a născut ca urmare unor decizii emise de către Agenția Județeană pentru Plăți și Inspecție Socială⁴ prin care s-a dispus recuperarea sumelor achitate ca și indemnizație conform O.U.G. nr. 30/2020 pentru acele persoane despre care s-a constatat că au beneficiat de ajutorul *de minimis* acordat conform H.G. nr. 248/2020. În esență, s-a considerat de către autoritatea publică faptul că ar exista o incompatibilitate între cele două măsuri de sprijin, respectiv că necesitatea îndeplinirii condiției menținerii culturilor în perioada aprilie-mai 2020 pentru a beneficia de ajutorul prevăzut de H.G. nr. 248/2020 ar exclude îndeplinirea condiției de a beneficia de indemnizația prevăzută de O.U.G. nr. 30/2020, respectiv întreruperea activității.

Fiind sesizată cu analiza recursului într-o cauză având ca obiect anularea actului administrativ emis de Agenția Județeană pentru Plăți și Inspecție Socială conform celor arătate anterior, Curtea de Apel Craiova a realizat și o interpretare a noțiunii de întrerupere a activității: „*Prin Decizia nr. 29 din 16 mai 2022, referitoare la interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. XV alin. (1) raportat la art. XV alin. (1) din O.U.G. nr. 30/2020, ICCJ, cu privire la chestiunea de drept supusă dezlegării, în paragraful 38 și următoarele arată că „ actul normativ, devenit parte a ordinii de drept începând cu data de 21 aprilie 2020, instituie măsuri de protecție socială, legiuitorul optând pentru a repara eventualele prejudicii cauzate de limitarea sau întreruperea unor activități socioeconomice, pe perioada pandemiei (...) 40. Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 30/2020 a fost adoptată având ca bază Comunicarea privind „Răspunsul economic coordonat la epidemia de COVID-19“ (52020DC0112), fiind stabilit un set măsuri de protecție (ajutoare de stat) ce intră în sfera de aplicare a art. 107 alin. (3) lit. b) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE).41. În partea relevantă, Comisia Europeană a constatat că sunt necesare măsuri specifice pentru a atenua impactul asupra ocupării forței de muncă pentru persoanele fizice și pentru sectoarele cele mai afectate și a permis acordarea unor ajutoare de stat, cu respectarea art. 107 alin. (2) lit. b) din TFUE, în sensul existenței, în cazul fiecărui beneficiar, a unei legături de cauzalitate*

³ În concret, facem referire la persoanele care exploatează întreprinderi cu profil agricol.

⁴ Instituția care a realizat plata indemnizațiilor prevăzute de către O.U.G. nr. 30/2020 pentru categoria de beneficiari avuți în vedere în această analiză.

directă între ajutorul acordat și prejudiciul rezultat din evenimentul extraordinar și a limitării eventualelor ajutoare la ceea ce este necesar pentru repararea pagubelor. Rezultă așadar, că nu e suficient argumentul intimatelor potrivit cărora recurentul nu avea dreptul, în interpretarea legii, să beneficieze de indemnizația acordată pentru întreruperea activității, în condițiile în care alte persoane cărora doar li s-a redus activitatea au beneficiat de respectiva indemnizație în aceeași perioadă. Pe de altă parte, **cerința întreruperii activității trebuie privită în sensul larg, economic, al scopului pentru care a fost edictată norma, respectiv al folosului material urmărit de „profesionist”, prin comercializare, scop care nu a putut fi realizat prin închiderea piețelor, afectarea activității de comerț, iar nu în sensul strict, al activității de întreținere a culturii.** Din interpretarea dispozițiilor legale se observă că **temeiul pentru juridic pentru acordarea indemnizației conform art. XV alin. (1) din O.G. nr. 30/2020 are un caracter excepțional, generat de imposibilitatea desfășurării activității economice și nu poate fi confundat cu ajutorul de minimis acordat conform H.G. 248/2020, acest ajutor fiind acordat pentru susținerea produsului tomate.** Pentru toate considerentele expuse, Curtea apreciază că nu se justifică privarea recurentului-reclamant de acordarea indemnizației lunare în temeiul art. XV alin. (1) din O.U.G. nr. 30/2020, în considerarea faptului că a obținut o altă subvenție, pe de o parte, deoarece textul legii nu prevede această restricție/condiție obligatorie, iar unde legiuitorul nu dispune, nici interpretul nu trebuie să o facă, iar **situațiile de excepție trebuie reglementate expres de lege, iar pe de altă parte încasarea subvenției nu poate fi reținută ca reprezentând dovada continuării neîntrerupte a activității, pentru argumentele expuse anterior.** În concluzie, Curtea constată că reclamantul a beneficiat în mod legal de indemnizația prevăzută de art. XV alin. (1) din O.U.G. nr. 30/2020. Pentru aceste motive, constatând incidente dispozițiile art. 488 alin. (1) pct. 8 C. pr. civ., în temeiul art. 496 C. pr. civ., Curtea va admite recursul, va casa sentința și va admite cererea de chemare în judecată⁵.

Practic, analiza instanței are în vedere dispozițiile art. XV alin. (1) din O.U.G. nr. 30/2020 prin raportare la art. 5 alin. (2) din H.G. nr. 248/2020, cu luarea în considerare a scopului urmărit de legiuitor la instituirea facilităților prevăzute de O.U.G. nr. 30/2020.

1. Analiza sintagmei „întreruperea activității” utilizată de legiuitor în cuprinsul O.U.G. nr. 30/2020:

Conform art. XV alin. 1 din O.U.G. nr. 30/2020: „ *Alți profesioniști, astfel cum sunt reglementați de art. 3 alin. (2) din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată, cu modificările ulterioare, precum și persoanele care au încheiate convenții individuale de muncă în baza Legii nr. 1/2005 privind organizarea și funcționarea*

⁵ Curtea de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal, dec. nr. 950/26.04.2023, disponibilă pe <https://www.rejust.ro/juris/23e75ee92>, consultat la data de 03.05.2023.

cooperăției, republicată, cu modificările ulterioare, care întrerup activitatea ca urmare a efectelor coronavirusului SARS-CoV-2, pe perioada stării de urgență instituite prin Decretul nr. 195/2020 privind instituirea stării de urgență pe teritoriul României, beneficiază, din bugetul de stat, în baza declarației pe propria răspundere, de o indemnizație lunară de 75% din câștigul salarial mediu brut prevăzut de Legea bugetului asigurărilor sociale de stat pentru anul 2020 nr. 6/2020”.

În primul rând, se impune a se arăta, ca și argument suplimentar celor reținute de instanță, faptul că această formă a textului de lege este cea care include modificarea adusă, la 9 zile de la intrarea sa în vigoare, respectiv la 30.03.2020 prin O.U.G. nr. 32/2020. Anterior, forma inițială a textului s-a referit la „întrerup activitatea, total sau parțial”. Forma finală a textului de lege s-a referit așadar la o întrerupere, fără a distinge dacă totală sau parțială, rezultând că o condiție a acordării indemnizației era întreruperea, de orice fel, totală sau parțială, a activității economice.

Se impune să subliniem faptul că nu există o definiție legală a sintagmei „întreruperea activității”. Dispozițiile art. 5 alin. (2) lit. 1) din Normele Metodologice privind modul de ținere a registrelor comerțului, de efectuare a înregistrărilor și de eliberare a informațiilor (aprobat prin Ordinul Ministrului Justiției 2594/C din 10 octombrie 2008) fac referire la suspendarea activității urmată de reluarea acesteia.

Așadar, rezultă că legiuitorul nu s-a referit la întreruperea activității ca fiind aceeași situație cu cea a suspendării activității, rezultând că regimul „*întreruperii*” este unul distinct, condiții în care nu se pot aplica normele referitoare la suspendarea activității.

Împărtășim raționamentul instanței în sensul că interpretarea dată de autoritatea publică, respectiv că activitatea profesionistului nu a fost întreruptă deoarece pe perioada stării de urgență ar fi aplicat tratamente pentru recolta de tomate, acestea fiind menționate într-un registru transmis de noi către autoritatea de management care gestionează finanțarea *de minimis*, conform H.G. nr. 248/2020, este eronată. În concret, pentru a putea obține finanțarea acordată aferentă acestui program, legumicultorii au obligația de a prezenta dovada aplicării tratamentelor uzuale de susținere a producției. Acestea se aplică, în mod logic, în perioada de creștere și dezvoltare a produselor, care se suprapune calendaristic perioadei în care în România a fost declarată starea de urgență în anul 2020. Confirmând această interpretare, instanța de fond a apreciat greșit că întreruperea activității nu a existat în contextul în care s-a solicitat finanțarea conform H.G. nr. 248/2020, deoarece aceasta ar presupune derularea unor activități de întreținere a culturii.

Ca atare, modul de interpretare al acestei noțiuni trebuie să se refere la beneficiul urmărit de profesionist prin activitatea sa, în mod uzual. În contextul în care în perioada stării de urgență nu au fost realizate venituri din activitatea a cărei întrerupere a declarat-o profesionistul și nici nu au fost întreprinse demersuri în vederea obținerii de venituri (prezentarea produselor, oferirea acestora spre vânzare etc.), activitatea a fost în mod real întreruptă.

De altfel, „activitatea” reținută de autoritatea publică în perioada în care a fost acordată indemnizația constă în aplicarea de către titularul formei de exploatare a întreprinderii a unor tratamente pe culturi (aceste aspecte reies din actele analizate de AJPIS, respectiv înscrisurile – registre de tratament depuse la Direcția pentru Agricultură). Aplicarea tratamentelor s-a făcut pentru întreținerea recoltei, în considerarea faptului că aceasta ar putea totuși să fie valorificată la un moment dat (în funcție de evoluția restricțiilor impuse sau încetarea stării de urgență) sau chiar să fie utilizată pentru consumul propriu, dacă restricțiile impuse nu ar fi fost ridicate. Astfel, aceste operațiuni nu pot fi încadrate, ținând cont și de contextul extraordinar existent (starea de urgență, incertitudinea reglementărilor ulterioare) ca operațiuni derulate în cadrul funcționării obișnuite a unei întreprinderi, ci cel mult ca operațiuni de întreținere a unor bunuri din patrimoniul profesionistului (recolta fiind un bun viitor aflat în proprietatea sa, astfel că prin lipsa de acțiune acesta nu s-ar mai fi realizat, producându-i acestuia un prejudiciu).

2. Scopul urmărit de legiuitor la edictarea normelor O.U.G. nr. 30/2020:

Totodată, conform expunerii de motive a O.U.G. nr. 30/2020: *„având în vedere evoluția situației epidemiologice internaționale determinată de răspândirea coronavirusului SARS-CoV-2 la nivelul a peste 150 de țări, în care aproximativ 160.000 de persoane au fost infectate și peste 5.800 au decedat, precum și declararea „Pandemiei” de către Organizația Mondială a Sănătății la data de 11.03.2020, luând în considerare experiența țărilor grav afectate de evoluția virusului și măsurile care au avut impact pozitiv în limitarea răspândirii acestuia și care au vizat acțiuni în planul sănătății publice, concomitent cu limitarea sau întreruperea activităților socioeconomice, în contextul măsurilor adoptate la nivelul statelor europene, în scopul prevenirii răspândirii comunitare a infecției, luând act de evoluția situației epidemiologice pe teritoriul României și de evaluarea riscului de sănătate publică pentru perioada imediat următoare, care indică o creștere masivă a numărului de persoane infectate cu coronavirusul SARS-CoV-2, ținând cont de faptul că neluarea unor măsuri urgente, cu caracter excepțional, în domeniul social și economic ar aduce grave prejudicii cu efecte pe termen lung asupra angajaților și a beneficiarilor unor măsuri de asistență socială, aceste elemente vizează un interes public și constituie o situație extraordinară, a cărei reglementare nu poate fi amânată și impune adoptarea de măsuri imediate pe calea ordonanței de urgență, pentru stabilirea mijloacelor și procedurilor necesare pentru siguranța socială și economică a populației, precum și reglementarea unor măsuri de protecție socială pe perioada stării de urgență decretate”.*

Ca atare, împărtășim raționamentul instanței de recurs, conform căruia legiuitorul a urmărit acordarea unor facilități bănești pentru acei profesioniști care au fost afectați de instituirea măsurilor din timpul stării de urgență, respectiv acei agenți economici care nu și-au putut derula activitatea generatoare de venituri în

respectiva perioadă. Soluția instanței de judecată este justificată și de regula de interpretare istorico-teleologică a textului de lege. Interpretul unui text de lege trebuie să stabilească „*sensul unei dispoziții legale, ținând seama de finalitatea urmărită de legiuitor la adoptarea acelei norme, eventual, într-un context istoric dat*”⁶.

O astfel de interpretare este justificată și de considerentele Deciziei nr. 29/2022 ale Înaltei Curți de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept: „39. Trebuie reținut că legiuitorul, elaborând textul O.U.G. nr. 30/2020, a stabilit sfera de aplicare a măsurilor de protecție socială reglementate, pe durata stării de urgență, începând cu 16 martie 2020. 40. O.U.G. nr. 30/2020 a fost adoptată având ca bază Comunicarea privind „Răspunsul economic coordonat la epidemia de COVID-19” (52020DC0112), fiind stabilit un set de măsuri de protecție (ajutoare de stat) ce intră în sfera de aplicare a art. 107 alin. (3) lit. b) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE). 41. În partea relevantă, Comisia Europeană a constatat că sunt necesare măsuri specifice pentru a atenua impactul asupra ocupării forței de muncă pentru persoanele fizice și pentru sectoarele cele mai afectate și a permis acordarea unor ajutoare de stat, cu respectarea art. 107 alin. (2) lit. b) din TFUE, în sensul existenței, în cazul fiecărui beneficiar, a unei legături de cauzalitate directă între ajutorul acordat și prejudiciul rezultat din evenimentul extraordinar și a limitării eventualelor ajutoare la ceea ce este necesar pentru repararea pagubelor”⁷.

Legiuitorul a subliniat că necesitatea adoptării măsurilor de sprijin amintite vizează un **interes public**, astfel că luarea acestora trebuie analizată din această perspectivă, iar interpretarea dată textului de lege trebuie să ia în considerare rațiunea expusă anterior. În concret, acordarea indemnizației a fost justificată de protecția social economică acordată profesioniștilor care nu și-au putut derula activitatea, direct sau indirect, ca urmare a măsurilor luate de autorități. Cu alte cuvinte, profesionistul nu a putut să realizeze operațiunile din care obține venituri (în speță, vânzarea recoltei), fiind deci nevoit să înceteze activitatea, deoarece măsurile impuse de autorități au limitat sau interzis derularea acesteia sau a altor activități esențiale pentru realizarea acesteia.

În acest context, se impune a se observa că un producător de legume, nu și-a putut desfășura activitatea generatoare de venituri obișnuită în contextul stării de urgență, odată ce: (i) Ansamblul de acte normative emise la momentul respectiv, cu o frecvență foarte mare, prin care se instituiau și se modificau limitări privind deplasarea persoanelor, accesul în centrele comerciale, piețe agroalimentare, a condus în mod evident la crearea unei stări de incertitudine cu privirea la posibilitatea derulării activității de către profesionist; (ii) Prin Ordonanța Militară nr. 1/2020,

⁶ Gabriel Boro, Carla Alexandra Angheliescu, *Curs de drept civil. Partea Generală. ed. a 3-a, revizuită și adăugită*, ed. Hamangiu, București, 2021, p. 51.

⁷ Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, dec. nr. 29/16.05.2022, disponibilă pe <https://www.iccj.ro/2022/09/20/decizia-nr-29-din-16-mai-2022-2/>, consultat la 03.05.2023.

nr. 2/2020, nr. 3/2020 etc. s-au impus limitări privind circulația persoanelor și, automat, a transportului de bunuri, astfel că toate actele normative menționate mai sus prevedeau, cu titlu de exemplu, *Se interzice circulația tuturor persoanelor în afara locuinței/gospodăriei, cu următoarele excepții.* O astfel de măsură, care, deși nu privește în mod direct activitatea profesionistului, în mod indirect a afectat veniturile realizate, ca urmare a circulației restrictive a persoanelor.

3. Încălcarea principiului securității juridice și al protecției intereselor legitime ale persoanei implicată în proceduri administrative:

Suplimentar față de argumentele reținute de instanță și pe care le împărtășim conform motivelor expuse anterior, apreciem că prin emiterea unor decizii ulterioare prin care se dispune restituirea unor sume acordate în urma unor verificări administrative inițiale, se încalcă principiul securității juridice și al protecției intereselor legitime.

Sub acest aspect, respectarea principiului legalității activității desfășurate de organele administrației publice, consacrat în art. 1 alin. (5) din Constituție⁸ nu înseamnă numai conformitatea actelor administrative cu legile interne, ci și cu normele de drept european, precum și cu principiile generale ale dreptului administrativ.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) a afirmat astfel principiul securității juridice, de pildă, în cauzele C-201/08 și C-144/14, precum și principiul încrederii legitime, de pildă, în cauzele C-846/19 și C-43/75. Astfel, în optica CJUE, principiul încrederii legitime are prioritate asupra interesului instituțiilor publice de a reveni asupra propriilor decizii, recomandând statelor membre să nu revoce actele administrative legale care au conferit drepturi subiective persoanelor interesate tocmai pentru a ocroti încrederea acestora în stabilitatea drepturilor dobândite (CJUE, C-7/56 și 3-7/57). De altfel, s-a arătat în doctrina de specialitate că: „Majoritatea cazurilor în care a fost invocat principiul așteptărilor legitime se referă la diferitele piețe agricole și la industria siderurgică. Aceasta este, per total, deloc surprinzător din punct de vedere economic. Atât sectorul agriculturii, cât și cel al oțelului se caracterizează printr-un nivel ridicat de reglementare”⁹. Sub acest aspect, s-a reținut că „orice comerciant în privința căruia o instituție a dat naștere unor speranțe justificate se poate baza pe principiul protecției încrederii legitime”¹⁰.

⁸ Art. 1 alin. 5 din Constituția României: „În România, respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor este obligatorie”.

⁹ Eleanor Sharpston, *European Community Law and the Doctrine of Legitimate Expectations: How Legitimate, and for Whom*, Northwestern Journal of International Law&Business, vol. 11, ed. 1, 1990, p. 90, disponibil pe <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1312&context=njilb>, consultat la 03.05.2023.

¹⁰ Cauza 265/85 Van den Bergh en Jurgens BV and Van Dik Food Products (Lopik) BV v. Commission, citată în Eleanor Sharpston, *European Community Law and the Doctrine of Legitimate Expectations: How Legitimate, and for Whom*, Northwestern Journal of International Law&Business, vol. 11, ed. 1, 1990, p. 90, disponibil pe <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1312&context=njilb>, consultat la 03.05.2023.

De asemenea, CCR a statuat cu privire la obligativitatea aplicării principiului încrederii legitime: „*principiul încrederii legitime nu poate dobândi semnificația unei interdicții pentru legiuitor de a interveni în sensul modificării condițiilor de acordare a unor drepturi pentru viitor în conformitate cu politica adoptată de stat, cu atât mai mult cu cât condițiile și cuantumul indemnizației nu sunt prevăzute și nici garantate de dispozițiile Legii fundamentale și nu sunt afectate drepturi câștigate în trecut*”¹¹, respectiv „*libertatea de care dispune legiuitorul în sensul modificării condițiilor de acordare a unor drepturi pentru viitor în conformitate cu politica adoptată de stat nu poate fi privită ca o încălcare a principiului protecției așteptărilor legitime*”¹².

În situația supusă analizei, încrederea a fost formată și a fost legitimă prin faptul că printr-un act normativ al statului s-au prevăzut condițiile de acordare a indemnizațiilor, iar o autoritate a statului din teritoriu, în speță autoritatea care a emis ulterior deciziile de recuperare a sumelor, a validat inițial eligibilitatea profesionistului la primirea indemnizației prevăzute de O.U.G. nr. 30/2020, încuviințând acordarea acestuia prin decizii particulare.

¹¹ Curtea Constituțională a României, dec. nr. 765/15.05.2011 referitoare la obiecția de neconstituționalitate a dispozițiilor Legii pentru aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 111/2010 privind concediul și indemnizația lunară pentru creșterea copiilor, disponibilă pe <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocumentAfis/129850>, consultat la 03.05.2023.

¹² Curtea Constituțională a României, dec. nr. 400/18.06.2020 dec. nr. 400/2020 referitoare la respingerea excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. I pct. 1 și ale art. II din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 55/2017 pentru modificarea și completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 111/2010 privind concediul și indemnizația lunară pentru creșterea copiilor, disponibilă pe <https://lege5.ro/gratuit/gm4dmmzha2a/decizia-nr-400-2020-referitoare-la-respingerea-excepției-de-neconstituționalitate-a-dispozițiilor-art-i-pct-1-si-ale-art-ii-din-ordonanta-de-urgenta-a-guvernului-nr-55-2017-pentru-modificarea-si-compl>, consultat la 03.05.2023.

SCURTE CONSIDERAȚII REFERITOARE LA TERMENUL DE PREAVIZ ȘI ÎNCETAREA CONTRACTULUI INDIVIDUAL DE MUNCĂ PRIN DEMISIE – STUDIU DE CAZ

*dr. Raluca Laura DORNEAN PĂUNESCU**
Facultatea de Drept și Științe Administrative
din cadrul Universității de Vest din Timișoara

Abstract

The present study aims to analyze how to calculate the notice term established by art. 81 of the Labor Code, respectively to rule if the first day of the notice period is considered the date of registration of the resignation or the date when the employee maintains that he/she wishes to cease his activity. Moreover, the possibility of integrating the provisions of the Labor Code with the provisions of the civil legislation is investigated, in the sense of determining whether dies ad quo and dies ad quem enter the determination of the notice period.

The study also addresses the legality of the dismissal decision issued by the employer, assuming that the employment relationship has already ceased by resignation, taking into account that the disciplinary deviations committed by the employee, prior to the request for resignation or during the term of notice, can be sanctioned only if the disciplinary sanction decision is issued before the termination of the individual employment contract, following the resignation of the employee.

Keywords: *term of notice, resignation.*

1. Aspecte introductive

Potrivit art. 81 alin. (4) din Codul muncii, termenul de preaviz este cel convenit de părți în contractul individual de muncă sau, după caz, cel prevăzut în contractele colective de muncă aplicabile și nu poate fi mai mare de 20 de zile lucrătoare pentru salariații cu funcții de execuție, respectiv mai mare de 45 de zile lucrătoare pentru salariații care ocupă funcții de conducere.

* Asistent universitar, în regim de plată cu ora, în cadrul Facultății de Drept – Universitatea de Vest din Timișoara; asistent universitar, în regim de plată cu ora, în cadrul Facultății de Științe Politice, Filosofie și Științe ale Comunicării – Universitatea de Vest din Timișoara; cercetător postdoctorand al UVT – Facultatea de Drept; avocat Baroul Timiș; raluca_laura_paunescu@yahoo.com.

Definiția legală a termenului de preaviz în cazul demisiei este neîndestulătoare, întrucât prevederile antecitate trebuie să fie coroborate cu dispozițiile art. 81 alin. (1) din Codul muncii, care atestă că prin demisie se înțelege actul unilateral de voință a salariatului care, printr-o notificare scrisă, comunică angajatorului încetarea contractului individual de muncă, după împlinirea unui termen de preaviz.

În doctrină¹ s-a statuat că din interpretarea logico-gramaticală a prevederilor legale în materie, noțiunea de preaviz are semnificația unui termen, respectiv a unui interval de timp care, în mod evident, are un moment de început, cât și un moment de final.

În același sens, se învederează² că termenul de preaviz este statuat de Codul muncii pentru evitarea încetării intempestive a contractului individual de muncă, cât și pentru a se evita eventualele prejudicii posibil a fi suferite de către angajator.

În atare condiții, termenul de preaviz reprezintă acea perioadă de timp necesară și utilă angajatorului, întrucât acesta are nevoie de timp să găsească un înlocuitor, care este stipulată fie în contractul individual de muncă, fie în contractul colectiv de muncă, de maximum 20 de zile lucrătoare sau de 45 de zile lucrătoare, ținând cont de funcția de execuție sau de conducere deținută de salariat.

Chiar și în ipoteza în care salariatul nu menționează expres și explicit termenul de preaviz în actul unilateral al demisiei, durata acestuia va fi cea convenită de părți în contractul individual de muncă, ori cea prevăzută în contractul colectiv de muncă aplicabil, întrucât părțile pot stabili un termen mai mic de 20 de zile lucrătoare, respectiv mai mic de 45 de zile lucrătoare, legea instituind caracter imperativ duratei maxime. Astfel, termenul de preaviz, fiind instituit prin lege, operează în virtutea legii și independent de mențiunile concrete din demisie.

În altă ordine de idei, se impune să precizăm că nerespectarea înregistrării demisiei și implicit a termenului de preaviz de către angajat dă posibilitatea angajatorului de a antrena răspunderea disciplinară a salariatului pentru absențe nemotivate de la locul de muncă, întrucât pe durata preavizului contractul individual de muncă continuă să își producă toate efectele [în conformitate cu art. 81 alin. (5) din Codul muncii], iar angajatul este ținut să presteze activitatea sa în aceleași condiții ca până la momentul înregistrării demisiei, deci să respecte obligațiile care decurg din contractul individual de muncă. Într-o atare situație, angajatorul poate obține daune interese pentru prejudiciul cauzat de către salariat ca urmare a încetării intempestive a contractului individual de muncă și nerespectarea clauzelor contractuale.

Revenind la identificarea noțiunii de termen de preaviz, considerăm oportun să iterăm și prevederile art. 81 alin. (7) și (8) din Codul muncii care atestă că un contract individual de muncă încetează la data expirării termenului de preaviz sau

¹ A. Țiclea, *Tratat de dreptul muncii – Legislație. Doctrină. Jurisprudență* – ed. a X-a, actualizată, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 805, *apud* Curtea de Apel București, Secția a VII-a civilă și pentru cauze privind conflicte de muncă și asigurări sociale, dec. nr. 4182/A/2015, în *Revista română de dreptul muncii* nr. 11/2015, p. 134.

² M.C. Preduț, *Codul muncii comentat*, ed. a II-a, completată și revizuită, Ed. Universul Juridic, București, 2019, p. 245.

la data renunțării totale ori parțiale de către angajator la termenul respectiv, salariatul putând demisiona fără preaviz dacă angajatorul nu își îndeplinește obligațiile asumate prin contractul individual de muncă³.

Rezultă indeniabil că nu doar angajatorul poate să decidă în mod unilateral cu privire la renunțarea totală sau parțială a termenului de preaviz instituit în favoarea sa, manifestare de voință care trebuie să facă obiectul unei decizii scrise, ci și angajatul, care va putea să decidă în mod unilateral cu privire la inexistența termenului de preaviz strict în situația vădită în care angajatorul nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale, spre pildă întârzierea sau neplata drepturilor salariale, neplata contribuțiilor la asigurările sociale sau asigurările sociale de sănătate, neluarea măsurilor pentru respectarea sănătății și securității în muncă⁴.

În doctrină⁵ se consideră că fie după expirarea termenului de preaviz, fie la data renunțării exprese la termenul de preaviz în mod total sau parțial, contractul individual de muncă va înceta prin demisie, fără necesitatea emiterii unei decizii de încetare a contractului individual de muncă de către angajator, întrucât aceasta este materializată prin demisia salariatului, care a fost înregistrată la angajator.

Într-o altă opinie⁶, s-a apreciat că pornind de la practica Inspectoratelor Teritoriale de Muncă s-a instituit în mod greșit necesitatea emiterii unei decizii de încetare a contractului individual de muncă, act unilateral prin care angajatorul va lua act de demisia salariatului.

2. Calculul termenului de preaviz și (in)aplicabilitatea legislației civile

În doctrină⁷ s-a statuat că termenul de preaviz începe să curgă de la comunicarea sa, fără să se includă și ziua comunicării, apreciindu-se⁸ totodată că în

³ În vederea transpunerii conceptului de flexisecuritate, în doctrina recentă se apreciază că încetarea contractului individual de muncă reprezintă o temă de mare interes. A se vedea R. Dumitriu, în Al. Athanasiu, în Al. Athanasiu (coord.), Ș. Belișteanu, O. Ținca, C. Costea, L. Dima, O. Cazan, R. Dumitriu, M. Volonciu, M. Țichindelean, T. Tunsoiu, M. Balabuti, *Modificările Codului muncii și ale Legii dialogului social*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 122.

⁴ A se vedea Decizia civilă nr. 3486 din data de 05 iulie 2016 pronunțată de Curtea de Apel Craiova disponibilă pe http://www.avocat-dreptul-muncii.eu/jurisprudenta_muncii.php?id=415 (consultat la 29.10.2019) în care se argumentează că în situația în care se demisionează fără preaviz, salariatul trebuia să indice obligațiile nerespectate de către angajator, arătând motivul pentru care nu respectă obligația impusă de Codul muncii de a se prezenta la locul de muncă pe perioada preavizului, întrucât doar în acest mod angajatorul ar fi în măsură să cunoască intenția salariatului și de a lua măsurile necesare pentru ca activitatea să nu fie perturbată.

În același sens, a se vedea Decizia civilă nr. 24 din data de 18 ianuarie 2016 pronunțată de Curtea de Apel București citată în M.C. Preduț, *op. cit.*, p. 246,, în care se atestă că indiferent de divergențele existente între angajat și angajator anterior demisiei, cu privire la obligațiile neîndeplinite de către acesta din urmă, prezumția că obligațiile ce au format obiectul divergenței sunt cele pentru a căror neîndeplinire s-a înregistrat demisia fără preaviz nu este în măsură să înlăture obligația salariatului de a indica în mod explicit în cuprinsul demisiei care sunt obligațiile neîndeplinite de angajator.

⁵ M.C. Preduț, *op. cit.*, p. 246.

⁶ D. Brezeanu, *Regimul juridic al nulității în raporturile de muncă*, Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 145.

⁷ I.T. Ștefănescu, *Tratat teoretic și practic de drept al muncii*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 466.

⁸ A. Țiclea, *op. cit.*, p. 805. Ș.-D. Cîrstea, *Dreptul la preaviz*, 27.12.2017, în <https://www.juridice.ro/554291/dreptul-la-preaviz.html>.

calculul termenului de preaviz nu vor intra alte zile calendaristice, decât cele lucrătoare, cât nici cele declarate de Guvern ca fiind nelucrătoare.

În practică⁹ s-a precizat că raportat la inexistența unor prevederi exprese în Codul muncii cu privire la modalitatea efectivă de calcul a termenului de preaviz, întrucât potrivit prevederilor art. 278 C. muncii, care învederează că dispozițiile legislației civile se aplică în completarea dispozițiilor Codului muncii, concluzia este aceea că în privința calculului termenului de preaviz urmează a se aplica prevederile art. 2.553 C. civ., care reglementează modul de calcul al termenelor stabilite pe zile. Prin urmare, calculul termenului de preaviz se efectuează potrivit sistemului zilelor libere, în sensul că nu se iau în calcul nici prima (*dies ad quo*) și nici ultima zi a termenului (*dies ad quem*).

Per a contrario, în opinia noastră, s-ar impune să învederăm în integralitate prevederile art. 278 din Codul muncii intitulat marginal „caracterul de dreptul comun al Codul muncii care prevede că *„dispozițiile prezentului cod se întregesc cu celelalte dispoziții cuprinse în legislația muncii și, în măsura în care nu sunt incompatibile cu specificul raporturilor de muncă prevăzute de prezentul cod, cu dispozițiile legislației civile”*.

Or, considerăm că o astfel de interpretare regăsită în jurisprudență este în incompatibilitate cu specificul raporturilor de muncă prevăzute în Codul muncii, întrucât în ipoteza în care termenul de 20 de zile lucrătoare s-ar calcula pe sistemul zilelor libere, (aplicabil zilelor calendaristice), angajatorul ar fi obligat să respecte un termen de preaviz de 22 de zile lucrătoare, respectiv să lucreze efectiv încă 22 de zile lucrătoare până la încetarea de drept a contractului individual de muncă, întrucât noțiunea de zile calendaristice este incompatibilă cu specificul raporturilor de muncă.

În același sens, o astfel de interpretare este în mod clar contrară spiritului legii și ca urmare a faptului că în perioada de preaviz, angajatorul are obligația de a plăti venitul salarial, iar salariatul are obligația de a fi prezent la locul de muncă.

Cu alte cuvinte, înregistrarea actului unilateral de voință reprezentat de demisie determină începerea termenului de preaviz de 20 de zile lucrătoare, întrucât salariatul i-a adus la cunoștință angajatorului în acea zi despre intenția de a demisiona, acesta din urmă neputând invoca faptul că demisia produce efecte juridice din ziua următoare înregistrării/comunicării ei angajatorului.

Mai mult, calculul pe zile libere ar determina nerespectarea prevederilor art. 81 alin. (4) din Codul muncii întrucât ar obliga salariatul să lucreze efectiv o perioadă de 22 de zile lucrătoare, pentru ca cele 20 de zile lucrătoare să fie cuprinse în

⁹ A se vedea Curtea de Apel București, secția a VII-a pentru cauze privind conflicte de muncă și asigurări sociale, Decizia civilă nr. 601/A din 26 februarie 2015, selecție și comentariu de judecător Petrică Arbănaș, în Revista română de dreptul muncii nr. 5/2015. A se vedea Secția litigii de muncă și asigurări sociale, Decizia civilă nr. 1293 din 18 octombrie 2016, rezumată de judecător dr. Carmen Părvulescu în Curtea De Apel Timișoara - Decizii Relevante Secția Litigii de Muncă și Asigurări Sociale, Trimestrul al IV-lea 2016 - Selecția și prelucrarea spețelor a fost realizată de: Judecător dr. Carmen Părvulescu, Grefier-documentarist Floare Nyiredi.

termenul de preaviz, luând în considerare că ziua de lucru se sfârșește la sfârșitul programului de lucru¹⁰.

Raportat la caracterul univoc și clar al prevederilor art. 181 alin. (2) lit. b) C. pr. civ., care statuează că *termenele, în afară de cazul în care legea dispune altfel, se calculează după cum urmează: 2. când termenul se socotește pe zile, nu intră în calcul ziua de la care începe să curgă termenul, nici ziua când acesta se împlinește*; precum și al prevederilor art. 2.553 alin. (1) C. civ. care învederează că atunci *când termenul se stabilește pe zile, nu se ia în calcul prima și ultima zi a termenului*, se impune să învederăm că prevederile art. 81 alin. (40 din Codul muncii fac referire concretă la noțiunea de „zile lucrătoare” și nu la noțiunea de „zile”, pentru a fi incidente prevederile 278 din Codul muncii și implicit necesitatea întregirii legislației muncii cu legislația civilă și procedural civilă¹¹.

O atență și coroborată lectură a acestor prevederi vor determina aprecierea conform căreia prevederile Codului muncii constituie norme speciale, care derogă de la normele generale de drept comun ce formează Codul civil. În concret, acest caracterul special este dat de regulile, principiile, normele care stau la baza nașterii unui raport juridic de dreptul muncii și care conțin elemente suplimentare față de principiile dreptului comun.

În ceea ce privește aplicarea prin analogie a prevederilor din Codul de procedură civilă, în aceeași linie de gândire arătăm că termenul de 20 de zile lucrătoare este un termen substanțial, specific dreptului material al muncii, și nu un termen de procedură, care are rolul de stabili acel interval de timp în interiorul căruia sau până la care se poate exercita fie dreptul la acțiune sau se poate îndeplini un anumit act procedural.

Un alt aspect care accentuează provocator problematica modalității de calcul a termenului de preaviz îl reprezintă data de începere a preavizului în situația în care salariatul precizează în cererea de demisie data concretă la care dorește să își înceteze activitatea.

În opinia noastră, acest aspect este o pseudoproblemă de interpretare, având în vedere că potrivit art. 81 alin. (1) din Codul muncii prin demisie se înțelege

¹⁰ În susținerea argumentelor noastre, în vederea combaterii susținerilor jurisprudențiale care atestă sistemul de calcul pe zile libere, arătăm că în ipoteza în care, în 01.09.2019, la începutul programului de lucru, un angajat își depune demisia iar termenul de preaviz este de 20 de zile lucrătoare, termenul de preaviz ar înceta la sfârșitul programului din data de 26.09.2019 (când s-ar împlini cele 20 de zile efectiv lucrate) și nu la sfârșitul programului din data de 30.09.2019, dacă vom avea în vedere neinclusiunea *dies ad quo* și *dies ad quem*. *Mutatis mutandis*, în situația în care angajatorul ar renunța parțial la termenul de preaviz, statuând că în speță termenul de preaviz va fi de 1 zi, ar rezulta, potrivit jurisprudenței antecitate, că salariatul ar trebui să stea în preaviz 3 zile lucrătoare, respectiv *dies ad quo* în care a înregistrat demisia, ziua de preaviz precum și *dies ad quem*. Prin acceptarea acestui sistem, considerăm că jurisprudența a adăugat la lege, respectiv la termenul imperativ de maxim 20 de zile lucrătoare. În corolar, se impune *de lege ferenda* indicarea modalității de calcul a termenului de preaviz în Codul muncii.

¹¹ În consens cu o asemenea poziție, a se vedea dec. nr. 402/2016 pronunțată de Curtea de Apel București la data de 26-01-2016 în dosarul nr. 402/2016 <https://legeaz.net/spete-dreptul-muncii-curtea-de-apel-bucuresti-2016/contestatie-decizie-de-concediere-decizia-26-01-2016-2vv> accesat la 29.10.2019.

actul unilateral de voință a salariatului care, printr-o notificare scrisă, comunică angajatorului *încetarea* contractului individual de muncă, *după împlinirea unui termen de preaviz*, sens în care salariatul ar trebui să învedereze prin cererea de demisie data efectivă de încetare a contractului individual de muncă după expirarea termenului de preaviz¹².

Astfel, în ipoteza în care salariatul menționează în cuprinsul cererii de demisie o dată concretă la care dorește să își înceteze activitatea, angajatorul trebuie să verifice dacă termenul de preaviz este indicat în mod corect, iar în ipoteza contrară să statueze care este ziua corectă de încetare efectivă a contractului individual de muncă, or să accepte în scris modificarea termenului de preaviz.

4. Legalitatea și temeinicia deciziei de concediere emisă în perioada de preaviz

Potrivit art. 81 alin. (7) din Codul muncii, contractul individual de muncă încetează la data expirării termenului de preaviz sau la data renunțării totale ori parțiale de către angajator la termenul respectiv.

Întrucât pe durata preavizului contractul individual de muncă continuă să își producă toate efectele, în ipoteza în care salariatul nu respectă termenul de preaviz și nu se prezintă la locul de muncă pentru îndeplinirea activităților, angajatorul poate demara procedura de cercetare disciplinară în vederea concedierii pentru absențe nemotivate.

Astfel, prevederile art. 61 lit. a) din Codul muncii prevăd că angajatorul poate dispune concedierea pentru motive care țin de persoana salariatului în situația în care salariatul a săvârșit o abatere gravă sau abateri repetate de la regulile de disciplină a muncii ori de la cele stabilite prin contractul individual de muncă, contractul colectiv de muncă aplicabil sau regulamentul intern, ca sancțiune disciplinară.

Desigur, angajatorul poate suspenda contractul individual de muncă, iar în situația în care în perioada de preaviz contractul individual de muncă este suspendat, termenul de preaviz va fi suspendat corespunzător¹³. Astfel, în conformitate cu art. 51 alin. (2) din Codul muncii, contractul individual de muncă *poate* fi

¹² În același registru cu exemplul dat anterior, salariatul care și-a înregistrat demisia la începutul programului în data de 01.09.2019, ar trebui să învedereze că în speță contractul individual de muncă încetează prin demisie la data 26.09.2019, respectiv după împlinirea termenului de preaviz de 20 de zile lucrătoare. În practică însă, salariații arată că doresc să își înceteze activitatea într-una din zilele ulterioare înregistrării demisiei, iar angajatorul începe să calculeze termenul de preaviz începând cu acea zi și nu cu ziua înregistrării demisiei. În corolar, salariatul ar putea să precizeze în demisie și o zi îndepărtată (după câteva luni sau ani) care să reprezinte data încetării contractului individual de muncă prin demisie, iar angajatorul va constata încetarea contractului de muncă la data respectivă, termenul de preaviz de 20 de zile fiind în mod evident cuprins într-o astfel de perioadă îndelungată și scopul reglementării termenului de preaviz, respectiv finalitatea acestuia fiind atinsă.

¹³ Reamintim faptul că potrivit art. 52 alin. 1 din Codul muncii, contractul individual de muncă poate fi suspendat din inițiativa angajatorului în următoarele situații: a) pe durata cercetării disciplinare prealabile, în condițiile legii, normă declarată neconstituțională prin Decizia Curții Constituționale nr. 261/2016.

suspendat în situația absențelor nemotivate ale salariatului, în condițiile stabilite prin contractul colectiv de muncă aplicabil, contractul individual de muncă, *precum și* prin regulamentul intern.

Observăm cu interes posibilitatea angajatorului de a suspenda contractul individual de muncă în situația absențelor nemotivate ale salariatului, însă strict în ipoteza în care această posibilitate este indicată în contractul individual de muncă, contractul colectiv de muncă, cât și în regulamentul intern.

În concret, apreciem ca legiuitorul a prevăzut posibilitatea suspendării contractului individual de muncă doar în condițiile stabilite cumulativ prin contractul colectiv de muncă, contractul individual de muncă și regulamentul intern, întrucât este uzitată conjuncția compusă „*precum și*”, nu conjuncția „*sau*”, astfel cum apare în art. 61 lit. a) din Codul muncii.

În ceea ce privește legalitatea și temeinicia deciziei de concediere emisă în intervalul termenului de preaviz, apreciem că demisia determină încetarea de drept a contractului individual de muncă la expirarea termenului de preaviz, angajatorul neavând posibilitatea legală să emită o decizie de concediere disciplinară după expirarea perioadei de preaviz.

Învederăm că această opinie nu este doar una doctrinară, ci și una jurisprudențială, întrucât în practică¹⁴ s-a statuat că instanța judecătorească este îndrituită să analizeze decizia de concediere din perspectiva legalității și temeiniciei doar în ipoteza în care va constata că raportul de muncă dintre părți nu a încetat prin demisia angajatului. Argumentul principal a fost acela conform căruia abaterile disciplinare comise de angajat anterior înregistrării cererii de demisie, or în perioada termenului de preaviz, vor putea fi sancționate doar în situația în care decizia de sancționare disciplinară este emisă anterior încetării de drept a contractului individual de muncă, ca urmare demisiei angajatului.

Concluzii

Suma summarum, apreciem că termenul de preaviz este o perioadă de timp de maximum 20 de zile lucrătoare, care trebuie împlinită până la data încetării contractului individual de muncă prin demisie. Cu privire la modalitatea de calcul a termenului de preaviz, apreciem că în această perioadă intră atât *dies ad quo*, ziua înregistrării demisiei, cât și *dies ad quem*, cea de-a 20 zi lucrătoare în care salariatul a prestat activitatea sa în temeiul contractului individual de muncă.

În lumina celor expuse, subliniem nelegalitatea și netemeinicia emiterii unei decizii de concediere pe motive disciplinare după împlinirea termenului de preaviz și implicit după încetarea contractului individual de muncă prin demisie.

¹⁴ Curtea de Apel Timișoara, Secția litigii de muncă și asigurări sociale, decizia civilă nr. 457 din 14 mai 2014, în Curtea de Apel Timișoara – Decizii Relevante Secția Litigii de Muncă și Asigurări Sociale - Trimestrul Al II-lea 2014, selecția și prelucrarea spețelor au fost realizate de: Judecător Dr. Carmen Pârvulescu, Grefier-Documentarist Floare Nyiredi.

Studiu de caz

Prin acțiunea introductivă de instanță, contestatorul a solicitat anularea Deciziei de suspendare a contractului individual de muncă nr. x/12.09.2018 ca nelegală și netemeinică, anularea Deciziei de încetare a suspendării nr. y/08.10.09.2018 ca nelegală și netemeinică, anularea Deciziei de concediere nr. x/08.10.2018 emisa de angajator, ca nelegală și netemeinică, acte de dreptul muncii comunicate prin mail la 09.10.2018.

În susținerea contestației, contestatorul a arătat că a înțeles să conteste Decizia de suspendare a contractului individual de muncă nr. x/12.09.2018 comunicată prin mailul din 09.10.2018, care are același număr și aceeași dată cu cea comunicată prin mailul din 14.09.2018.

În concret, reclamantul a apreciat că prima Decizie de suspendare (comunicată la 14.09.2018) reprezintă un veritabil act inexistent, devreme ce este întemeiată pe art. 52 alin. (1) lit. a) din Codul muncii, prevederi care au fost declarate neconstituționale prin Decizia Curții Constituționale nr. 261/2016, apreciind că se impune să conteste Decizia de suspendare comunicată prin mailul din 08.10.2018, care are același număr și dată cu prima decizie de suspendare, însă s-a corectat veritabila eroare de drept a temeiului și s-a menționat că temeiul legal este art. 51 alin. (2) din Codul muncii.

În ceea ce privește Decizia de încetare a suspendării s-a invocat principiul *accessorium sequitur principalae*, cât și faptul că în cuprinsul acestei decizii emise la 08.10.2018 s-a statuat că începând cu 08.09.2018 încetează suspendarea contractului individual de muncă al salariatului.

În altă ordine de idei, s-a învederat vătămarea provocată de neindicarea concretă a instanței de judecată la care se introduce contestația împotriva Deciziei de concediere, întrucât în acest act se arată că „*raportat la dispozițiile legale expuse și la domiciliul salariatului cercetat disciplinar apreciem că în speță competența aparține Tribunalului în a cărei circumscripție aveți domiciliul*”.

Prin întâmpinarea depusă în termenul legal de către angajator, s-a solicitat respingerea cererii de chemare în judecată ca nefondată și s-a invocat excepția tardivității cererii de anulare a Deciziei de suspendare, considerând că Decizia de suspendare trimisă prin mailul din 14.09.2018 își produce efecte juridice, întrucât aceasta a fost corectată sub aspectul erorii materiale a indicării greșite a temeiului de drept.

Cu referire la neprecizarea în concret a instanței competente să judece contestația împotriva Deciziei de concediere, angajatorul a învederat că salariatul nu are nevoie de angajarea unui avocat sau de studii juridice pentru a ști în care județ domiciliază, ci doar cunoștințe de ciclul primar de geografie.

Se susține că inclusiv în Regulamentul intern se atestă că un contract individual de muncă poate fi suspendat unilateral din inițiativa societății pe durata cercetării disciplinare.

Prin Sentința civilă pronunțată în cauză, Tribunalul Timiș a admis excepția tardivității, reținând că termenul de 30 de zile calendaristice de la data la care s-a comunicat Decizia de suspendare prin mailul din 14.09.2018 s-a împlinit.

Pe fondul cauzei a admis în parte contestația formulată în sensul în care a menționat că Decizia de încetare a suspendării se impune a fi anulată întrucât instanța este în imposibilitatea identificării cauzei încetării suspendării contractului individual de muncă, având în vedere că angajatorul dispune încetarea suspendării contractului începând cu data de 08.09.2018.

Cu privire la decizia de concediere, instanța constată că aceasta a fost emisă cu respectarea obligațiilor impuse de art. 247 și urm. din Codul muncii, fiind respectate dispozițiile privind cercetarea disciplinară prealabilă, precizând că angajatorul, chiar dacă nu a precizat în concret denumirea instanței, reclamantul a putut identifica instanța de judecată competentă să soluționeze contestația formulată, neexistând dovada unei vătămări a unui drept al reclamantului prin lipsa denumirii instanței de judecată în actul contestat.

Referitor la modul de calcul al termenului de preaviz, instanța a reținut prevederile Codului civil, texte de lege aplicabile în lipsa unor norme speciale prevăzute de legislația muncii, astfel încât contractul individual de muncă a încetat în data de 09.10.2018 întrucât salariatul a precizat în demisia înregistrată la 06.09.2018 că dorește să își încheie activitatea începând cu data de 10.09.2018.

Prin apelul formulat în cauză de către salariat, s-a solicitat modificarea în parte a sentinței atacate și s-a insistat în indicarea corectă a naturii juridice a actului reprezentat de Decizia de suspendare trimisă pe mailul din 14.09.2018 ca fiind un veritabil act inexistent care nu produce efecte juridice.

În privința Deciziei de concediere, s-a învederat că aceasta este nelegală întrucât este emisă după încetarea contractului prin demisie, respectiv după împlinirea termenului de preaviz, ca urmare a faptului ca termenul de preaviz se calculează începând cu data înregistrării și nu cu data la care angajatul menționează în cerere că ar dori efectiv să își înceteze activitatea.

Prin apelul formulat în cauză de către angajator, s-a menționat că au sesizat eroarea materială din cuprinsul Deciziei de încetare a suspendării odată cu lectura hotărârii judecătorești, întrucât nici salariatul nu a observat acest viciu, sens în care a emis o decizie de rectificare a erorii materiale.

Prin Decizia pronunțată de Curtea de Apel Timișoara, instanța admite apelul salariatului, schimbă în parte sentința apelată, în sensul că respinge excepția tardivității formulării contestației împotriva Deciziei de suspendare, admite în parte contestația reclamantului și dispune anularea Deciziei de suspendare a contractului individual de muncă al reclamantului și a Deciziei de încetare a suspendării, însă menține soluția primei instanțe în ce privește respingerea cererii de anulare a deciziei de concediere.

Pentru a pronunța o astfel de decizie, curtea a reținut că decizia de suspendare modificată, întemeiată pe prevederile art. 51 alin. (2) din Codul muncii, este cea

care respectă reala manifestare de voință a angajatorului și este aptă să producă efecte juridice, fiind cea care face obiectul cererii de chemare în judecată. Astfel, instanța apreciază că măsura suspendării contractului individual de muncă a fost dispusă cu nedeplinirea premiselor la care face referire textul art. 51 alin. (2) din Codul muncii, având în vedere faptul că unitatea nu a negociat cu salariatul, prin contractul individual sau colectiv de muncă, o procedură clară de suspendare pentru absențe nemotivate. În ceea ce privește decizia de încetare a suspendării, instanța face aplicarea principiului *accessorium sequitur principalae* și consideră că și această decizie este nelegală.

Referitor la calculul termenului de preaviz, instanța apreciază că în ipoteza în care salariatul nu menționează o dată anume la care dorește încetarea contractului, termenul de preaviz va începe să curgă de la momentul înregistrării demisiei, iar în ipoteza în care salariatul a menționat expres o dată de la care dorește să înceteze raporturile de muncă, care nu coincide cu momentul expirării termenului de preaviz negociat de părți sau prevăzute de lege, termenul de preaviz curge de la data aleasă, întrucât se presupune că manifestarea de voință a fost în sensul încetării contractului individual de muncă fără preaviz, iar angajatorul poate să decidă dacă renunță sau nu la acest termen.

BIBLIOGRAFIE

I. Cursuri, tratate și monografii

1. Al. Athanasiu (coord.), Ș. Beligrădeanu, O. Ținca, C. Costea, L. Dima, O. Cazan, R. Dumitriu, M. Volonciu, M. Țichindelean, T. Tunsoiu, M. Balabuti, *Modificările Codului muncii și ale Legii dialogului social*, Ed. Universul Juridic, București, 2011.
2. D. Brezeanu, *Regimul juridic al nulității în raporturile de muncă*, Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 145.
3. I.T. Ștefănescu, *Tratat teoretic și practic de drept al muncii*, Ed. Universul Juridic, București, 2010.
4. A. Țiclea, *Tratat de Dreptul Muncii – Legislație. Doctrină. Jurisprudență* – Ediția a X-a, actualizată, Ed. Universul Juridic, București, 2016.

II. Articole, studii de specialitate

1. Ș.-D. Cîrstea, *Dreptul la preaviz*, 27.12.2017 în <https://www.juridice.ro/554291/dreptul-la-preaviz.html>

III. Legislație și jurisprudență

1. M.C. Preduț, *Codul muncii comentat*, ed. a II-a, completată și revizuită, Ed. Universul Juridic, București, 2019.
2. Curtea de Apel București, Secția a VII-a civilă și pentru cauze privind conflicte de muncă și asigurări sociale, decizia nr. 4182/A/2015, în Revista română de dreptul muncii nr. 11/2015, p. 134.

3. Decizia civilă nr. 3486 din data de 05 iulie 2016 pronunțată de Curtea de Apel Craiova disponibilă pe http://www.avocat-dreptul-muncii.eu/jurisprudenta_muncii.php?id=415 (consultat la 29.10.2019).

4. Decizia civilă nr. 24 din data de 18 ianuarie 2016 pronunțată de Curtea de Apel București citată în M.C. Preduț, *Codul muncii comentat, ed. a II-a, completată și revizuită*, Ed. Universul Juridic, București, 2019, p. 246.

5. Curtea de Apel București, secția a VII-a pentru cauze privind conflicte de muncă și asigurări sociale, decizia civilă nr. 601/A din 26 februarie 2015, selecție și comentariu de judecător Petrică Arbănaș, în *Revista română de dreptul muncii* nr. 5/2015.

6. Decizia nr. 402/2016 pronunțată de Curtea de Apel București la data de 26-01-2016 în dosarul nr. 402/2016 <https://legeaz.net/spete-dreptul-muncii-curtea-de-apel-bucuresti-2016/contestatie-decizie-de-concediere-decizia-26-01-2016-2vv> accesat la 29.10.2019.

7. Secția litigii de muncă și asigurări sociale, Decizia civilă nr. 1293 din 18 octombrie 2016, rezumată de judecător dr. Carmen Pârvulescu în Curtea de Apel Timișoara - decizii relevante secția litigii de muncă și asigurări sociale Trimestrul al IV-lea 2016 Selecția și prelucrarea spețelor a fost realizată de: Judecător dr. Carmen Pârvulescu Grefier-documentarist Floare Nyiredi.

8. Curtea de Apel Timișoara, Secția litigii de muncă și asigurări sociale, decizia civilă nr. 457 din 14 mai 2014, în Curtea de Apel Timișoara - decizii relevante secția litigii de muncă și asigurări sociale Trimestrul al II-lea 2014, Selecția și prelucrarea spețelor au fost realizate de: Judecător dr. Carmen Pârvulescu Grefier-documentarist Floare Nyiredi

STUDIU PRIVIND AUTONOMIA DREPTULUI COMERCIAL ÎN LUMINA NOULUI COD CIVIL

Drd. Bianca STROE
Auditor de Justiție
Institutul Național al Magistraturii

Abstract

With the entry into force on 1 October 2011 of Law No 287/2009 on the Civil Code, the issue of the autonomy of commercial law has reappeared, a long-standing topic in the legal literature. An analysis of the opinions expressed recently in various studies and public conferences leads to the observation that the dominant note is a form of scepticism regarding the new configuration of the commercial law, which is still considered a subject in its own right.

Keywords: *commercial law, civil law, professionals, enterprise, obligations.*

Introducere

Prin prisma specificului raporturilor comerciale, s-a concretizat necesitatea unor reglementări ale acestor raporturi și subsecvent, apariția unei subramuri a dreptului privat, având denumirea de „drept comercial”. Crearea dreptului comercial sub forma unei subramuri a dreptului privat este determinată de codificarea raporturilor comerciale, însă, încă din prima jumătate a secolului al XX-lea, a devenit de actualitate discuția privind autonomia dreptului comercial. Subiectul a devenit astringent mai ales în urma abrogării Codurilor comerciale de către unele state, printre care și Țările scandinave, Olanda, Italia, Elveția, și implicit a adoptării de Coduri civile care au încorporat și o parte din raporturile specifice activității comerciale¹.

În continuare vom exemplifica succint cele mai relevante argumente atât în detrimentul, cât și în favoarea autonomiei dreptului comercial.

I. Argumentele invocate în favoarea unității dreptului privat

Au fost aduse mai multe argumentele în scopul susținerii unității dreptului privat²:

¹ V. Nemeș, *op. cit.*, p. 4.

² A se consulta St. D. Cărpenu, *op. cit.*, p. 16.

a) Scindarea dreptului privat în atât în drept civil, cât și în drept comercial, a generat dificultăți de sensul interpretării, întrucât existau anumite instituții juridice, cum ar fi contractul de vânzare, care se aflau sub guvernarea a două categorii de norme juridice: unele integrate în cadrul Codului civil, iar altele încorporate în Codul comercial. Această diviziune îngreuna activitatea instanțelor judecătorești în sensul stabilirii naturii juridice, respectiv dacă aceasta era civilă ori comercială cu privire la litigiul dedus judecății;

b) O reglementare unitară consolidează protecția necomercianților, deoarece are aplicabilitate în privința tuturor participanților la raportul comercial;

c) Deoarece enumerarea faptelor de comerț este cu titlu enunțiativ, există pericolul aplicării legii comerciale și în segmentul activității desfășurate de necomercianți și, subsecvent, de a impune acestora obligațiile specifice comercianților;

d) Ramura dreptului comercial nu beneficiază de principii generale proprii, motiv pentru care, în situațiile în care se impune calificarea unor instituții, se face trimitere la regulile aplicabile dreptului civil, respectiv la explicațiile acestora, cum ar fi: contract *sui generis*, excepție de la dreptul comun. Mai mult decât atât, în materia dreptului comercial se operează cu noțiuni juridice identice cu cele din dreptul civil, cum ar fi: obligație, prescripție, contract, persoană juridică;

e) În contextul recunoașterii uzurilor (obiceiurilor) ca fiind izvoare de drept în materie comercială, se asistă la o delegare a atribuțiilor legislative comercianților, întrucât uzurile iau naștere cu precădere din practica comercianților;

f) În unele state cum ar fi, Olanda, Italia, Elveția, țările scandinave, s-a creat o „comercializare a dreptului civil”, motiv pentru care nu mai există o reglementare autonomă a dreptului comercial³.

II. Argumentele prezentate în favoarea autonomiei dreptului comercial

La fel ca în cazul susținerii unității dreptului privat, există și în favoarea autonomiei dreptului comercial o multitudine de argumente⁴:

a) Necesitatea aplicării legii comerciale cu privire la unele raporturi juridice dintre comercianți și necomercianți derivă din nevoia unei reglementări unitare a raportului juridic comercial. Un aspect important de avut în vedere este acela că este supus dispozițiilor legii comerciale numai raportul juridic, nu și persoana care îl săvârșește, adică necomerciantul;

b) Dificultățile generate de scindarea dreptului privat în drept civil, respectiv drept comercial nu constituie un factor hotărâtor, întrucât astfel de dificultăți se manifestă și în cadrul altor ramuri ale dreptului, cum ar fi dreptul familiei, dreptul muncii sau dreptul transporturilor;

³ A se vedea V. Nemeș, *op. cit.*, p. 5, *apud* Gheorghe Piperea, *Drept comercial*, vol. 1, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 10.

⁴ St. D. Cârpenaru, 2009, *op. cit.*, p. 17.

c) Problemele care intervin privind determinarea sferei de aplicabilitate a dreptului comercial, cât și de calificare juridică a operațiunilor comerciale, pot fi eliminate prin intermediul enumerării limitative a faptelor de comerț;

d) În cadrul dreptului comercial, de principiu, uzurile sunt reglementate cu caracter excepțional, acestea având un rol preponderent interpretativ, și anume de a facilita interpretarea voinței părților contractante. Totuși, uzurile sunt utilizate și de dreptul civil, nu numai de dreptul comercial. Codul civil prevede tocmai în cadrul primului articol că reprezintă izvoare ale dreptului civil „legea, uzanțele și principiile generale ale dreptului”⁵. În situațiile care nu beneficiază de acoperire legală, capătă aplicabilitate uzanțele, iar în absența acestora, dispozițiile legale referitoare la situații similare, iar în lipsa unor asemenea dispoziții, principiile generale ale dreptului;

e) Raporturile juridice comerciale și civile nu prezintă omogenitate în privința scopului și a naturii, după cum afirmă adepții unității dreptului privat. Încă nu s-a atins un grad de uniformizare a activității comercianților și necomercianților, în așa fel încât activitățile lor să facă obiectul aceleiași reglementări juridice⁶. Cu titlu exemplificativ pot fi precizate operațiunile de vânzare-cumpărare; în vreme ce comerciantul achiziționează cu intenția de a revinde ulterior având scopul de a obține profit, consumatorul cumpără cu unicul scop de a-și satisface nevoile proprii sau ale familiei sale.

Lipsă de concordanță la nivel de natură și scop se poate identifica și între o întreprindere ce este organizată de un liber profesionist, comparativ cu o întreprindere organizată de către un comerciant. Spre exemplu, avocatul, medicul, executorul judecătoresc sau notarul public își organizează activitatea în așa fel încât se prezintă ca o veritabilă întreprindere în accepțiunea art. 3 C. civ.⁷, iar cei care întreprind astfel de activități sunt de asemenea percepuți ca fiind profesioniști în viziunea aceluiași articol, cu precizarea că activitatea și, implicit scopul

⁵ Art. 1, Cod civil: Izvoarele dreptului civil:

(1) Sunt izvoare ale dreptului civil legea, uzanțele și principiile generale ale dreptului.

(2) În cazurile neprevăzute de lege se aplică uzanțele, iar în lipsa acestora, dispozițiile legale privitoare la situații asemănătoare, iar când nu există asemenea dispoziții, principiile generale ale dreptului.

(3) În materiile reglementate prin lege, uzanțele se aplică numai în măsura în care legea trimite în mod expres la acestea.

(4) Numai uzanțele conforme ordinii publice și bunelor moravuri sunt recunoscute ca izvoare de drept.

(5) Partea interesată trebuie să facă dovada existenței și a conținutului uzanțelor. Uzanțele publicate în culegeri elaborate de către entitățile sau organismele autorizate în domeniu se prezumă că există, până la proba contrară.

(6) În sensul prezentului cod, prin uzanțe se înțelege obiceiul (cutuma) și uzurile profesionale.

⁶ St. D. Cârpenaru, *op. cit.*, p. 17.

⁷ Art. 3. Aplicarea generală a Codului civil:

(1) Dispozițiile prezentului cod se aplică și raporturilor dintre profesioniști, precum și raporturilor dintre aceștia și orice alte subiecte de drept civil.

(2) Sunt considerați profesioniști toți cei care exploatează o întreprindere.

(3) Constituie exploatarea unei întreprinderi exercitarea sistematică, de către una sau mai multe persoane, a unei activități organizate ce constă în producerea, administrarea ori înstrăinarea de bunuri sau în prestarea de servicii, indiferent dacă are sau nu un scop lucrativ.

unor astfel de întreprinderi, se diferențiază în mod substanțial de cele aferente întreprinderilor comerciale.

Activitățile care sunt specifice întreprinderilor liberale nu prezintă caracter economic, așa cum este cazul în privința întreprinderilor comerciale.

De asemenea, specificul activităților întreprinderilor liberale nu presupun un scop lucrativ sau speculativ.

Prin intermediul desfășurării activității în cadrul unei întreprinderi liberale nu se urmărește obiectivul de a se obține profit, așa cum este cazul în privința întreprinderilor comerciale, ci se au în vedere activități ce prezintă un profund caracter social, iar în subsecvent beneficiarul plătește o remunerație⁸.

Așadar, diferența principală rezidă în faptul că, deși activitatea întreprinderii liberale nu are caracter dezinteresat (cu titlu gratuit), ci există o obligație de plată a unei remunerații pentru serviciul prestat, totuși activitatea respectivă nu are caracter lucrativ, având în vedere că nu se urmărește obținerea de profit.

Întreprinzătorului întreprinderii liberale nu îi revine obligația de a fi înregistrat în registrul comerțului. Acesta nu își organizează întreprinderea în aceeași parametri ca și comerciantul, adică în vederea obținerii de profit, ci pentru a-și pune la dispoziția publicului larg, abilitățile și cunoștințele dobândite în domeniul în care își are specializarea.

Întreprinderea liberală este indisolubil legată de profesia întreprinzătorului, în vreme ce întreprinderea comercială nu implică o astfel de specializare a celor care o organizează. De exemplu, persoanele care decid să se asocieze în vederea constituirii unei societăți comerciale ce are ca obiect de activitate domeniul construcțiilor, nu trebuie neapărat să fie de profesie ingineri sau constructori, pe când notarii, avocații sau medicii nu își pot desfășura activitatea în cadrul unei întreprinderi liberale dacă nu dețin o calitate specifică activității pe care urmează să o presteze.

III. Concluzii

Specificitatea dreptului comercial nu poate fi pusă la îndoială, iar dovada vitalității acestuia o constituie tocmai experiența din statele care au realizat din punct de vedere formal, unificarea dreptului privat⁹.

De altfel, dreptul comercial ca ramură de drept și ca obiect de studiu în universități, continuă a exista și în țările ce au adoptat un cod unic, precum Italia, în ciuda adoptării Codului civil din 1942¹⁰. Totodată, mare parte din instituțiile juridice ce țin de știința dreptului commercial vor continua să fie reglementate de legislația specială.

⁸ V. Nemeș, *op. cit.*, p. 6.

⁹ I.L. Georgescu, *op. cit.*, p. 73.

¹⁰ Mai mult decât atât, legiuitorul nu se poate dezice de cuvântul „comercial”; cu titlu exemplificativ, art. 945 alin. (2) în care se face referire la „bunurile cu valoare comercială”.

Deși în noua reglementare s-a renunțat la fundamentele originale ale dreptului comercial, pilonii de rezistență ai acestei structuri, și anume faptele de comerț și comerciantul, așa cum s-a reținut și în doctrină¹¹, rămân definitorii elementele ce conferă specificitate dreptului comercial, respectiv: rolul dominant al persoanei comercianților, celeritatea operațiunilor comerciale, instituția aparenței, respectiv importanța și securitatea creditului.

Dreptul comercial prezintă un caracter mult mai pragmatic, în comparație cu dreptul civil, acest aspect transpare din lipsa de preocupare pentru conturarea unei teorii generale¹², prevalând interesul pentru oferirea comercianților a unor tehnici concise, rapide, eficiente și, în același timp, sigure.

¹¹ Y. Guyon, *Droits des affaires*, Ed. Economica, Paris, 1998, p. 4-5.

¹² Y. Guyon, *op. cit.*, p. 4-5.

DESPRE CARACTERUL UNITAR AL ACTULUI ADMINISTRATIV UNILATERAL REȚINUT ÎN JURISPRUDENȚĂ

*Mihai BĂEȘU**

Școala Doctorală,

Facultatea de Drept a Universității din București

Abstract

In a relatively constant jurisprudence, national courts maintain that unilateral administrative acts have a unitary character, so that they can only be qualified as a whole, either as individual or as normative, so not in a nuanced way, depending on the particularities of each manifestation of will from within them. Regarding the lack of legal or doctrinal consecration of this feature, the present work contains some critical observations regarding the jurisprudential considerations that refer to the unitary character of the unilateral administrative act.

Keywords: *administrative act, traits*

I. Aspecte introductive

În practica instanțelor naționale de contencios administrativ se reține în mod frecvent că încadrarea actului administrativ unilateral în cadrul dihotomiei individual/normativ nu se poate realiza prin „decuparea” unor dispoziții din cuprinsul actului întrucât un astfel de demers ar afecta caracterul „unitar” al actului administrativ unilateral¹. În concret, aceste considerente jurisprudențiale vizează actele administrative unilaterale care încorporează în structura lor mai multe manifestări de voință ale autorității publice emitente, dintre care, unele specifice actelor administrative individuale, iar altele specifice actelor administrative normative.

De pildă, ne putem imagina o hotărâre de Guvern prin care se stabilește că orice operator economic care exploatează flora spontană din zona parcurilor naționale este obligat să ia măsuri pentru conservarea perimetrului pe care îl exploatează. Totodată, această hotărâre de Guvern nominalizează și trei operatori economici care, datorită experienței prelabile, sunt autorizați să monitorizeze și

* mihai.baesu@drept.unibuc.ro

¹ A se vedea Secțiunea a II-a de mai jos.

să raporteze autorităților competente măsurile de conservare luate de ceilalți operatori economici. Este această hotărâre de Guvern, în ansamblul său, un act administrativ individual sau normativ? Ori s-ar putea considera că, sub aspectul autorizării celor trei operatori economici, hotărârea de Guvern este un act individual, pe când, sub aspectul regulii referitoare la măsurile de conservare, hotărârea este un act administrativ normativ?

Implicațiile practice ale acestor întrebări sunt importante, referindu-se, în mod evident, la stabilirea corectă a regimului juridic al atacării actului administrativ unilateral în fața instanțelor de contencios administrativ.

Așa cum anticipam mai sus, jurisprudența analizată propune calificarea „în bloc” a unui astfel de act administrativ unilateral, fie ca individual, fie ca normativ.

În materialul de față, vom expune câteva observații critice la adresa acestor considerente jurisprudențiale, pledând în final pentru o calificare nuanțată a actului administrativ unilateral, în funcție de natura fiecărei manifestări de voință pe care acesta o include în structura sa.

II. Prezentarea jurisprudenței

Hotărârea judecătorească ce „a dat tonul” jurisprudenței pe care o criticăm aparține Înaltei Curți de Casație și Justiție.

În concret, instanța supremă a fost investită cu soluționarea cererii de recurs împotriva unei sentințe a Curții de Apel Alba Iulia prin intermediul căreia fusese respinsă ca tardivă cererea de anulare parțială a H.G. nr. 349/2005 privind depozitarea deșeurilor² (în continuare, „H.G. nr. 349/2005”) sub aspectul sistării activității de depozitare a deșeurilor pe un teren aflat în proprietatea operatorului economic reclamant. Pentru a decide astfel, prima instanță a reținut că, deși conține mai multe prevederi normative, H.G. nr. 349/2005 este un act administrativ individual sub aspectul sistării activității operatorului economic reclamant. Astfel, dată fiind depășirea termenului de 6 luni pentru formularea acțiunii în fața instanței de contencios administrativ, s-a impus respingerea ca tardivă a acțiunii formulate.

Cu toate acestea, Înalta Curte de Casație și Justiție a considerat ca fiind nelegală această soluție reținând că: „[?]ncadrarea unui act infralegislativ într-una dintre cele două categorii mai sus arătate nu se realizează prin „decuparea” unor dispoziții din acel act, afectând în acest mod caracterul unitar al acestuia, ci prin examinarea integrală a conținutului său, prin prisma trăsăturilor fiecăreia dintre categoriile în discuție (acte normative și acte individuale). Cu alte cuvinte, un act administrativ este fie normativ, fie individual, în funcție de întinderea efectelor juridice pe care le produce ca întreg, indiferent de conținutul concret al unei părți (de exemplu al unei anexe) a acestuia.” (s.n.)³

² Publicată în M. Of. nr. 394 din data de 05.10.2005.

³ ÎCCJ, s. cont. adm., dec. nr. 1718 din 26.02.2013, disponibilă pe portalul www.scj.ro, accesat la data de 29.09.2021.

Într-o altă speță, Curtea de Apel Târgu Mureș a apreciat că hotărârea care conținea atât aprobarea modalității de gestiune a unui serviciu public în termeni generali, cât și delegarea gestiunii către un anumit operator economic determinat, reprezintă un act administrativ individual, în virtutea următoarelor considerente relevante: *„încadrarea unui act infralegislativ într-una dintre cele două categorii mai sus arătate nu se realizează prin „decuparea” unor dispoziții din acel act, afectând în acest mod caracterul unitar al acestuia, ci prin examinarea integrală a conținutului său, prin prisma trăsăturilor fiecăreia dintre categoriile în discuție – acte normative și acte individuale (...). Așadar, contrar abordării recurentului, analiza, din perspectiva menționată, a H.C.L. nr. 19/26 martie 2015, cu finalitatea încadrării în una din cele două categorii, nu poate fi realizată doar prin raportare la art. 1, respectiv la dispoziția de aprobare a modalității de gestiune delegate pentru activitățile de colectare și transport al deșeurilor (...) Curtea constată că prin hotărârea atacată nu s-au stabilit norme juridice cu caracter general, neconținând reguli generale, de aplicabilitate repetată, iar destinatarii acestuia nefiind un număr indeterminat de subiecți, ci hotărârea conține dispoziții având ca efect nașterea, modificarea sau stingerea unor raporturi juridice concrete, ca urmare a aprobării atribuirii contractului de delegare a gestiunii către societatea (...)”⁴ (s.n.).*

Astfel, Curtea de Apel Târgu Mureș și-a însușit ca atare, în această speță, considerentele Înaltei Curți de Casație și Justiție prezentate anterior.

Într-o manieră similară, Tribunalul București a certificat caracterul de act administrativ normativ al unei hotărâri de consiliu local prin intermediul căreia fuseseră aprobate mai multe planuri de urbanism de detaliu, respingând astfel ca inadmisibilă excepția de nelegalitate invocată împotriva sa, în baza următoarelor considerente relevante: *„[î]ncadrarea unui act infralegislativ într-una dintre cele două categorii mai sus arătate nu se realizează prin „decuparea” unor dispoziții din acel act, afectând în acest mod caracterul unitar al acestuia, ci prin examinarea integrală a conținutului său, prin prisma trăsăturilor fiecăreia dintre categoriile în discuție (acte normative și acte individuale). Cu alte cuvinte, un act administrativ este fie normativ, fie individual, în funcție de întinderea efectelor juridice pe care le produce, indiferent de conținutul concret al unei anexe a aceluia act.(...) Față de cele reținute, tribunalul constată că Hotărârea Consiliului Local al S_1 București nr. 146/27.08.2015 este un act administrativ normativ, întrucât prin aceasta s-au aprobat mai multe planuri urbanistice de detaliu, iar Planul Urbanistic de Detaliu pentru, avizat sub nr. 10/17/30.07.2015, care reprezintă doar o anexă la această hotărâre, chiar dacă se referă la un imobil individualizat, nu poate schimba natura actului administrativ normativ.”(s.n.)⁵*

⁴ Curtea de Apel Târgu Mureș, s. cont. adm., *decizia 702/19.10.2016*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021.

⁵ Tribunalul București, s. cont. adm., *sentința nr. 5594/24.09.2018*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021.

Se observă că, similar Curții de Apel Târgu Mureș, și Tribunalul București și-a însușit ca atare aprecierile Înaltei Curți de Casație și Justiție prezentate mai sus.

În alte spețe, în virtutea considerentelor Înaltei Curți de Casație și Justiție referitoare la imposibilitatea „decupării” unui act administrativ și, respectiv, al caracterului unitar al actului administrativ unilateral, instanțele naționale au reținut că:

- Hotărârea de consiliu local având ca obiect aprobarea unui plan urbanistic zonal are caracter normativ⁶, soluție confirmată în cursul acestui an prin intermediul Deciziei nr. 12 din data de 28 iunie 2021 pronunțată de către completul pentru soluționarea recursului în interesul legii din cadrul Înaltei Curți de Casație și Justiție⁷;

- Hotărârea de consiliu local având ca obiect aprobarea unui plan urbanistic zonal are caracter individual⁸;

- Hotărârea de consiliu local având ca obiect aprobarea nivelului unor taxe pentru eliberarea, completarea și modificarea avizelor de funcționare pentru desfășurarea unor activități economice, a autorizațiilor de funcționare pentru unități de alimentație publică, precum și a autorizațiilor pentru executarea serviciului de transport în regim de taxi are caracter normativ⁹;

- Hotărârea de consiliu local având ca obiect aprobarea unui regulament privind organizarea și desfășurarea activităților comerciale și a serviciilor de piață într-un anumit municipiu reprezintă un act administrativ individual¹⁰;

- Hotărâre de consiliu local având ca obiect organizarea unei licitații asupra închirierii pășunilor dintr-o anumită comună este un act administrativ individual¹¹;

- Art. II din H.G. nr. 514/2013 pentru modificarea și completarea H.G. nr. 34/ 2009 privind organizarea și funcționarea Ministerului Finanțelor Publice¹² este un act administrativ unilateral individual¹³;

- Hotărârea de consiliu local având ca obiect completarea listei spațiilor proprietate privată a municipiului București cu destinația de cabinete medicale, precum

⁶ Tribunalul Timiș, s. cont. adm., *sentința nr. 502/04.05.2021*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021.

⁷ Publicată în M. Of. nr. 933 din data de 30.09.2021.

⁸ Curtea de Apel Craiova, s. cont. adm., *dec. nr. 7540/02.12.2014*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021. În același sens, Tribunalul Constanța, s. cont. adm., *sentința nr. 561/11.04.2019*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021 sau Tribunalul Constanța, s. cont. adm., *sentința nr. 1098/01.08.2018*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021.

⁹ Curtea de Apel Târgu Mureș, s. cont. adm., *dec. nr. 911/16.12.2016*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021.

¹⁰ Curtea de Apel Constanța, s. cont. adm., *dec. nr. 1565/25.10.2018*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021.

¹¹ Curtea de Apel Pitești, s. cont. adm., *dec. nr. 1617/05.10.2015*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021.

¹² Publicată în M. Of. nr. 475 din data de 31.07.2013.

¹³ Curtea de Apel București, s. cont. adm., *dec. nr. 2553/30.10.2019*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021.

și a spațiilor în care se desfășoară activități conexe actului medical are natura unui act administrativ normativ¹⁴;

- Adresa Agenției Naționale a Penitenciarelor prin intermediul căroră se impune unităților sale din subordine încheierea unor protocoale privind virarea centralizată în conturile de trezorerie a sumelor aferente mandatelor poștale ce au ca destinatar persoane condamnate încheiate cu C.N. Poșta Română este un act administrativ individual¹⁵;

- Hotărârea de consiliu local având ca obiect atestarea domeniului public a unui municipiu este un act administrativ individual¹⁶;

- Hotărârea de consiliu local al municipiului Constanța privind aprobarea Regulamentului privind organizarea și desfășurarea activităților comerciale și a serviciilor de piață în municipiul Constanța este un act administrativ cu caracter individual¹⁷;

- Hotărârea consiliului județean prin care s-a aprobat regulamentul de organizare și funcționare al aparatului de specialitate al Direcției Generale de Asistență Socială și Protecția Copilului reprezintă un act administrativ individual¹⁸.

În fine, reținem că aceste considerente ale Înaltei Curți de Casație și Justiție au fost reiterate și prin paragraful 48 din recenta Decizie nr. 12 din data de 28 iunie 2021 pronunțată de către completul pentru soluționarea recursului în interesul legii din cadrul Înaltei Curți de Casație și Justiție unde s-a statuat tocmai că: *„în procesul de încadrare a unui act administrativ în una dintre cele două categorii, încadrarea realizându-se prin examinarea integrală a conținutului său, nu prin „decuparea” unor dispoziții din acest conținut de natură a-i afecta caracterul unitar, esențiale sunt efectele juridice pe care le produce, natura măsurilor dispuse, iar nu forma sau denumirea”* (s.n.).

În consecință, observăm că, la nivel național, există o jurisprudență consistentă potrivit căreia caracterul unitar al actului administrativ nu poate fi alterat printr-o „decupare”, astfel încât calificarea actelor administrative care conțin atât manifestări de voință specifice actelor administrative individuale, cât și manifestări de voință specifice actelor administrative normative, vor primi o calificare unitară.

În cele ce urmează, vom prezenta poziția doctrinei asupra problemei analizate, după care vom formula o serie de observații critice la adresa acestei orientări jurisprudențiale.

¹⁴ Curtea de Apel București, s. cont. adm., *dec. nr. 5995/08.12.2015*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021.

¹⁵ Curtea de Apel Cluj, s. cont. adm., *dec. nr. 91/29.03.2021*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021.

¹⁶ Tribunalul Iași, s. cont. adm., *sentința nr. 855/10.06.2019*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021.

¹⁷ Tribunalul Constanța, s. cont. adm., *sentința nr. 1565/25.10.2018*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021.

¹⁸ Tribunalul Cluj, s. cont. adm., *sentința nr. 2455/12.09.2018*, disponibilă pe portalul www.sintact.ro, accesat la data de 29.09.2021.

III. Poziția doctrinei

În literatura de specialitate română, profesorul Ovidiu Podaru, înainte de cristalizarea jurisprudenței prezentată mai sus, sublinia că: „*ceea ce nu este posibil este ca unul și același text (normă) să fie totodată act normativ și individual. Dar aceasta nu înseamnă că un anumit act juridic alcătuit structural din mai multe acte juxtapuse (de pildă, un act administrativ structurat în mai multe articole) să fie totodată individual sau normativ, în măsura în care o parte (un articol) are destinație determinată, iar o alta are destinații nedeterminate*”¹⁹.

Într-o opinie contrară, profesorul Alexandru-Sorin Ciobanu reține că: „*este adevărat că, uneori, un act administrativ poate avea o structură mixtă, cuprinzând și dispoziții generale, dar și unele dispoziții cu caracter individual (multe acte normative, pot conține anexe care cuprind date punctuale, individuale), dar calificarea acestuia ar trebui apreciată în mod unitar, printr-o analiză corectă a întinderii efectelor sale*”²⁰.

În literatura de specialitate franceză, în tratatul profesorului André de Laubadère, reeditat de către profesorii Jean-Claude Venezia și Yves Gaudemet, cu ocazia tratării distincției dintre actele administrative individuale („*des actes individuels*”) și cele normative („*des règlements*”) se subliniază că: „*observăm, în plus, că același act administrativ, în domeniul decretelor de autorizare a unei instalații nucleare, poate regrupa dispoziții non-reglementare și dispoziții reglementare*”²¹.

În susținerea acestei constatări, autorii indică o decizie de speță a Consiliului de Stat francez prin care s-a reținut că, potrivit legii franceze în vigoare la acel moment, avizul Consiliului Superior de Electricitate și Gaze era necesar numai în privința elaborării actelor normative în domeniu. Prin urmare, dat fiind că decretul de autorizare privind crearea unei centrale nucleare care fusese atacat nu era un act administrativ normativ, motivul de exces de putere legat de lipsa avizului Consiliului Superior de Electricitate și Gaze era neîntemeiat.

Dat fiind că, în concret, Consiliul de Stat nu a calificat în mod nuanțat decretul analizat, înclinăm să credem că autorii menționați, deși nu se pronunță expres în acest sens, au în vedere o calificare unitară a actelor care cuprind atât dispoziții reglementare, cât și dispoziții non-reglementare.

Oricum ar fi, este limpede că această problemă nu este tratată în mod unitar nici în doctrină, ceea ce justifică analiza mai amănunțită pe care ne vom strădui să o realizăm în continuare.

¹⁹ O. Podaru, *Drept administrativ. vol. 1 Actul administrativ (I) Repere pentru o teorie altfel*, Ed. Hamangiu, 2010, p. 67.

²⁰ Alexandru-Sorin Ciobanu, *Drept administrativ. Activitatea administrației publice. Domeniul public*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 52.

²¹ André de Laubadère, Jean-Claude Venezia, Yves Gaudemet, *Traité de Droit Administratif*, Tome 1, *Droit administratif général, Organisation et action de l'administration. La juridiction administrative*, 15^e édition, L.G.D.J., p. 627.

IV. Critica orientării jurisprudențiale analizate

IV.1. Un prim semnal de alarmă– lipsa fundamentării legale sau doctrinare a caracterului unitar al actului administrativ unilateral

În prezent, regimul juridic aplicabil actelor administrative unilaterale are în centrul său Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004²² (denumită în continuare, „**Legea nr. 554/2004**”). Așa cum este cunoscut, Legea nr. 554/2004 nu reglementează caracterul unitar al actelor administrative unilaterale.

Cu mici variațiuni legate de viziunea fiecărui autor, doctrina contemporană reține următoarele trăsături ale actului administrativ unilateral: (i) este forma juridică principală de realizare a activității organelor administrației publice, (ii) reprezintă o voință juridică unilaterală, (iii) este emis numai în realizarea puterii publice, (iv) are un regim juridic specific, în centrul căruia se află Legea contenciosului administrativ²³.

În plus, nici măcar în lucrările în care autorii contemporani s-au îndepărtat de la optica tradițională asupra teoriei actului administrativ²⁴ nu întâlnim referiri la un pretins caracter unitar al actului administrativ unilateral.

Reținem așadar că nici Legea nr. 554/2004, nici doctrina de specialitate nu se referă la caracterul unitar al actului administrativ unilateral.

Desigur, această observație nu reprezintă în sine o critică, dat fiind rolul indiscutabil al jurisprudenței de a contribui la elaborarea și dezvoltarea unor concepte juridice noi.

Cu toate acestea, atunci când jurisprudența folosește noțiuni juridice fără consacrare legală sau doctrinară, apreciem că rolul teoreticienilor este acela de a verifica necesitatea și oportunitatea fundamentării doctrinare și legale a noțiunii utilizate în jurisprudență.

Avem în vedere acest context și observațiile profesorului Iorgovan potrivit cărora: „[s]emnificația noțiunilor reprezintă rezultatul unui consens al doctrinarilor, la care ajungează, treptat, treptat și practica judiciară, ajungându-se, prin uz de ani și ani, la noțiuni cu valoare de constantă într-o anumită materie, preluate, ca atare, în legislație”²⁵.

Din cele ce urmează se va putea observa că, în opinia noastră, fundamentarea doctrinară și legală a caracterului unitar al actului administrativ unilateral nu este nici necesară, nici oportună.

²² Publicată în M. Of.nr. 1154 din data de 07.12.2004.

²³ A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, vol. II, ed. 4, Ed. All Beck, București, 2005, pp. 29 – 38. Într-un sens similar, D. A. Tofan, *Drept administrativ*, vol. II, ed. 5, Ed. C.H. Beck, București, 2020, pp. 12-17. Într-un sens care nuanțează condițiile enunțate deja, dar nu se îndepărtează de esența acestora, V. Vedinaș, *Tratat teoretic și practic de drept administrativ*, vol. II, Ed. Universul Juridic, București, 2018, pp. 27-34 sau A.-S. Ciobanu, *op. cit.*, pp. 37-48.

²⁴ O. Podaru, *op. cit.*

²⁵ A. Iorgovan, *op. cit.*, p. 580.

IV.2 Critica propriu-zisă – imposibilitatea aplicării criteriilor științifice privind distincția dintre actele administrative individuale și normative

În ceea ce ne privește, considerentele jurisprudențiale prezentate mai sus sunt criticabile din punct de vedere teoretic întrucât obligă la calificarea omogenă/ unitară a unor manifestări de voință neomogene/ diferite ca natură și, astfel, fac imposibilă aplicarea în concret a criteriilor științifice privind distincția dintre actele administrative unilaterale individuale și normative în demersul de calificare a unui act administrativ unilateral care conține manifestări de voință specifice ambelor categorii.

Pentru detalierea criticii astfel enunțate, vom puncta în continuare: (i) principalele criterii științifice privind distincția dintre actele administrative individuale și normative, după care (ii) vom demonstra, prin raportare la un caz concret, că aceste criterii de distincție nu pot fi aplicate pentru a da o calificare corectă actului administrativ în ansamblul său.

IV.2.1. Principalele criterii științifice privind distincția dintre actele administrative individuale și normative

În doctrina interbelică și în cea postbelică timpurie, distincția dintre actele individuale și normative, ținând desigur cont de terminologia specifică fiecărei epoci, se realiza în funcție de **efectul juridic** distinct pe care îl produce fiecare tip de act administrativ. La rândul nostru, am achiesat anterior la întrebuițarea acestui criteriu științific, considerându-l cel mai potrivit din punct de vedere terminologic²⁶.

Astfel, profesorul Constantin Rarincescu sublinia că: „[d]in punct de vedere al **efectului juridic** actele de autoritate pot să fie sau **acte-reguli**, cum sunt regulamentele sau ordonanțele; sau **acte subiective**, cari se referă la anumite cazuri concrete, individuale sau personale cum sunt: diversele autorizațiuni, permisiuni sau interdicțiuni, diversele acte cari intervin în materie de poliție, (...) sau **acte-condițiuni** prin care Administrațiunea învestește sau dezinvestește pe un individ anumit cu o situațiune generală obiectivă, cu un stat legal sau regulamentar, cum este cazul numirii sau revocării unui funcționar (...).”²⁷ (s.n.)

Într-un sens similar, profesorul Tudor Drăganu reținea că: „[c]lasificarea în acte de drept administrativ normative și individuale pornește de la **efectul juridic** diferit pe care îl produc manifestările de voință ale organelor administrației de stat. (...) Atunci când manifestarea de voință a organului administrativ al statului nostru democrat-popular dă naștere, modifică, suspendă sau desființează o regulă generală de conduită pe baza și în aplicarea unei legi, iar această regulă este susceptibilă de a fi sancționată prin forța de constrângere a statului, este vorba de

²⁶ M. Băeșu, *Criteriile privind distincția dintre actul administrativ unilateral individual și cel normativ. O privire dintr-un alt unghi*, publicat în Revista Curierul Judiciar nr. 9/2019.

²⁷ C. Rarincescu, *Contenciosul Administrativ Român*, Edițiunea a doua, Ed. Universală Alcalay & Co. București, 1936, p. 246.

un act administrativ normativ.(...) Un act de drept administrativ este individual atunci când manifestarea de voință a organului competent creează, modifică sau stinge drepturi subiective sau obligații în profitul sau în sarcina uneia sau a mai multor persoane dinainte determinate (s.n.)²⁸.

Reprezentativă pentru perioada postdecembristă este analiza profesorului Antonie Iorgovan care sublinia că „*[d]upă gradul de întindere a efectelor, delimităm: a) acte normative; b) acte individuale; și c) acte cu caracter intern (care, la rândul lor, pot fi normative sau individuale)*(s.n.)²⁹”.

Astfel cum explică profesorul Alexandru-Sorin Ciobanu: „*[î]ntinderea efectelor juridice se raportează, în esență, la sfera destinatarilor actului, adică la cei care au dreptul sau obligația, după caz, să ducă la îndeplinire prevederile sale, să îl pună în executare. (...) (i) Acte administrative cu caracter normativ. Sunt cele care cuprind reglementări generale și impersonale, de aplicabilitate repetată, adresată unui număr nedeterminat de persoane, fiind opozabil erga omnes. (...) (ii) Acte administrative cu caracter individual. Astfel de acte produc efecte juridice față de unul sau mai multe subiecte de drept determinate³⁰”.*

În fine, profesorul Ovidiu Podaru precizează: „*[c]riteriul de distincție între cele două tipuri de acte ar fi, în dreptul român, acela al **determinabilității persoanelor cărora li se aplică**: un act normativ („regulament”) are o aplicabilitate generală, asupra unui număr nedeterminat de persoane, pe când cel individual (sau, mai exact, nereglementar) produce efecte asupra unui număr relativ restrâns și determinat de subiecți de drept³¹.*

Sintetizând conținutul criteriilor științifice privind distincția dintre actele administrative individuale și normative menționate mai sus, vom reține că ele se raportează strict la tipul manifestării de voință a autorității publice emitente, manifestare care poate fi:

- fie generală, abstractă și adresată unui număr nedeterminat de destinatari (deci, specifică actului administrativ normativ);
- fie particulară, concretă și adresată unui număr determinat de destinatari (deci, specifică actului administrativ individual).

În continuare, vom demonstra că aceste criterii nu pot fi aplicate pentru calificarea „*în bloc*” a unui act administrativ unilateral care conține atât dispoziții individuale, cât și normative.

IV.2.2. Imposibilitatea aplicării în concret a criteriilor științifice de distincție dintre actele administrative individuale și normative

Pentru a ilustra cele de mai sus, revenim la exemplul prezentat la începutul lucrării, anume la hotărârea de Guvern prin care se stabilește că orice operator

²⁸ T. Drăganu, *Actele de drept administrativ*, Ed. Științifică, București, 1959, pp. 85-87.

²⁹ A. Iorgovan, *op. cit.*, p. 39.

³⁰ A.-S. Ciobanu, *op. cit.*, 2015, p. 51.

³¹ O. Podaru, *op. cit.*, 2010, p. 61.

economic care exploatează flora spontană din zona parcurilor naționale este obligat să ia măsuri pentru conservarea perimetrului pe care îl exploatează, fiind totodată nominalizați trei operatori economici care, datorită experienței prealabile, sunt autorizați să monitorizeze și să raporteze autorităților măsurile de conservare luate de ceilalți operatori economici.

Cum ar trebui să fie calificat acest act administrativ unilateral? Individual sau normativ în ansamblul său? Or, atât individual, cât și normativ, în funcție de tipul fiecărei manifestări de voință din cuprinsul său?

În concret, dacă avem în vedere criteriul **efectelor juridice** produse, observăm că această hotărâre de Guvern conține atât norme juridice (anume, regula potrivit căreia orice operator economic care exploatează flora spontană din zona parcurilor naționale este obligat să ia măsuri pentru conservarea perimetrului pe care îl exploatează), cât și drepturi subiective și obligații concrete (anume, dreptul și obligația celor trei operatori economici experimentați de a supraveghea și raporta măsurile de conservare luate de ceilalți operatori economici).

Tot astfel, dacă avem în vedere **întinderea efectelor juridice produse**, observăm că acest act produce atât efecte întinse, de aplicabilitate generală și repetată, specifice normei juridice adresate tuturor operatorilor economici care exploatează flora spontană din zona parcurilor naționale, dar și efecte juridice mai restrânse, particulare, aplicabile unor persoane determinate, specifice drepturilor subiective și obligațiilor aparținând celor trei operatori economici experimentați.

În fine, dacă ne raportăm la criteriul **determinabilității destinatarilor**, este limpede că această hotărâre de Guvern are atât o sferă de destinatari determinați (cei trei operatori economici experimentați), cât și o sferă de destinatari nedeterminați (orice operator economic care exploatează flora spontană din zona parcurilor naționale).

Ca atare, cele trei criterii științifice privind distincția dintre actele administrative individuale și normative vor putea fi întrebuințate cu succes numai pentru determinarea fiecărui tip de manifestare de voință din cadrul hotărârii de Guvern luată ca exemplu, însă nu și în legătură cu calificarea unitară și de ansamblu a acestei hotărâri ca având fie caracter individual, fie caracter normativ.

Cu toate acestea, dacă recurgem la jurisprudența pe care o analizăm, vom observa că aceasta ne obligă să nu „*decupăm*” conținutul hotărârii de Guvern menționate pentru a nu-i afecta caracterul unitar, astfel încât suntem nevoiți să stabilim că această hotărâre este, în ansamblul său, fie un act administrativ individual, fie act administrativ normativ.

Din păcate însă, jurisprudența criticată nu oferă și un criteriu riguros științific pentru realizarea unei astfel de calificări unitare și de ansamblu, lăsând deci loc unei calificări arbitrare.

Trasând o paralelă cu dreptul privat, în logica interpretării jurisprudențiale pe care o avem în vedere, atunci când un singur înscris (instrumentum) ar incorpora

atât un contract de vânzare, cât și un contract de mandat (negotium)³², instanța ar trebui să decidă că, în concret, acel înscris reprezintă fie un contract de vânzare, fie un contract de mandat, atrăgând astfel o calificare și, implicit, un regim juridic unitar.

Ca atare, în baza unei astfel de interpretări, ne-am găsi în situația în care manifestări de voință specifice contractului de vânzare ar fi guvernate de regulile de la mandat sau vice-versa.

În mod evident, o astfel de situație este de neimaginat în sfera teoriei actului juridic civil și, din punctul nostru de vedere, nu ar trebui să fie primită nici în teoria actului administrativ.

V. Concluzii

În baza celor de mai sus, apreciem criticabile considerentele jurisprudențiale potrivit cărora pentru calificarea actului administrativ unilateral ca individual sau normativ nu se poate proceda la „decuparea” acestuia cu scopul de a-i fi conservat caracterul unitar.

Într-adevăr, observăm că atunci când același act administrativ unilateral cuprinde atât manifestări de voință specifice actelor individuale, cât și manifestări de voință specifice actelor administrative normative, calificarea actului „în bloc”, fie ca individual, fie ca normativ, nu se poate realiza decât în mod arbitrar, fără a exista vreun criteriu științific care să fie aplicat în acest demers.

În concluzie, considerăm că singura metodă riguroasă de calificare a unui act administrativ unilateral în dihotomia individual/ normativ reiese din analiza fiecărei categorii de manifestări de voință pe care acesta o cuprinde în conținutul său.

³² M. Nicolae, *Drept civil. Teoria generală, vol. II. Teoria drepturilor subiective civile*, Ed. Solomon, București, 2018, pp. 308-309.

DOUĂ ZILE CU TATA ȘI DOUĂ SĂPTĂMÂNI CU MAMA! DUALITATE REZIDENȚIALĂ ȘI ECHITATE RELAȚIONALĂ: NEAJUNSURI ȘI BENEFICII

Ana-Maria GOLDAN¹

Doctor în drept, Facultatea de Drept,
Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași

Abstract

Alternative residence is certainly a sensitive subject, as it interferes with the – notion of parental authority, but also with the field of parentage. It is seen as a factor in calming marital rivalries, by promoting the functions and prerogatives of each parent. According to specialized studies, although they present numerous imperfections, early interactions of children with both parents, after their separation, are beneficial, complementary and of a different, unequal intensity. Currently, when there is a disagreement between the parents, regarding the establishment of the minor's domicile, the judges decide according to the best interests of the child. However, the notion is vague, so that this principle can be used as a justification, in order to satisfy the pure interests of adults, especially those who lack the feeling of motherhood or fatherhood. As such, the judge must have the necessary means to apply this precautionary principle independently, rejecting the false interests of the parents. We must keep in mind that the minor is the one who will bear the consequences of family, social and legal failure. As parents, lawyers and specialists, we owe it to our children to provide them with a capable, meaningful world, not a chaos in which parents are torn in their name. We say about the alternative residence that it derives from a sociological concept on the family, assuming the division of the child according to the phrase: equal time, equal parents. What will the judge decide, if the rights of parents oppose the emotional balance of children, if the personal relationships of each father and each mother with that child are artificial and pathogenic?

Keywords: *alternative residence, best interests of the child, equity, protection, conflicts*

JEL Code: K360- Family and Personal Law; K380 Human Rights Law; Gender Law

¹ e-mail: anne_marie9128@yahoo.com.

Prolegomena

De-a lungul vremurilor, oamenii și-au orientat activitățile după miturile și legendele care stau la baza normelor societății, întrucât acestea i-au ajutat să descopere principii călăuzitoare, modele de a trăi, ori greșeli ce au necesitat evitare. Astfel, miturile și legendele erau considerate de către predecesorii noștri precum un dar din partea divinității. Spunem despre mituri că ele nu reprezintă niște simple istorisiri, ce redau imaginea unei lumi ideale, ci sunt veritabile experiențe culturale și personale, adevărate deschizătoare de drumuri și oglinzi ale societății în care trăim. În acest fel, fiecare societate se bucură de o mitologie, care stă la baza regulilor de conduită. Pentru că noțiunea de mit nu-l poate lăsa pe jurist indiferent, am ales să prezint, în deschiderea lucrării, un fragment care ilustrează legătura filială, dintr-o perspectivă inedită. Potrivit mitologiei, una dintre consoartele lui *Zeus*, pe nume *Metis*, este ademenită într-un joc de putere chiar de către tatăl fiicei *Athena*, pe care o purta în pântece. Pentru că *Zeus* nu suporta o eventuală detronare, a decis să o roage pe *Metis*, capabilă de metamorfozare, să se transforme într-o picătură de apă. Ulterior, *Zeus* înghite acea picătură, iar pruncul aflat în pântecele mamei sale, ajunge în creierul tatălui, de unde va vedea lumina zilei, la naștere².

Această întâmplare nu a rămas fără ecou în societate întrucât, pe baza unor cercetări de specialitate efectuate în Malaezia, oamenii consideră că pruncul există pentru prima dată în stare lichidă în creierul tatălui, trecând apoi în pântecele mamei³. Mai mult decât atât, aceștia consideră că rațiunea provine de la tată, întrucât pruncul își începe existența chiar din creierul său⁴. Observăm astfel că, revenirea la mituri a juristului îi va permite acestuia să obțină o perspectivă rațională, aplicată contemporaneității. Mai mult decât atât, legea nu își poate păstra funcția antropologică fără a se reconecta cu mitul, care rezidă la baza ei.

Pentru că am adus în discuție și antropologia, se cuvine să menționăm aici faptul că, potrivit studiilor de specialitate, verticalizarea oamenilor⁵ a permis modificări în privința corpului persoanelor, motiv pentru care nașterea s-a dovedit a fi anevoioasă iar pruncul a devenit mai protejat⁶. Prin urmare, așa putem explica, din perspectivă paleoantropologică, relația apropiată dintre mamă și copilul său. Mai mult decât atât, au existat mereu împrejurări reale care au impus prezența mamei alături de copil, precum alăptarea⁷. În concluzie, analizând opiniilor autorilor contemporani și nu numai, observăm o diferență netă între cei doi părinți, prezentă atât în studiile de specialitate amintite, precum și în viața de zi cu zi. Spre deosebire

² Jean- Pierre Vernant, *Universul, zeii, oamenii*, trad. Dorin Onofrei, Ed. Cartier, Chișinău, 2016, p. 37.

³ Carol Laderman, *Wives and Midwives: Childbirth and Nutrition in Rural Malaysia*, Ed. University of California Press, Berkeley, 1983, p. 92.

⁴ *Ibidem*, p. 93.

⁵ Nicolae Constantinescu, *Etnologia și folclorul relațiilor de rudenie*, Ed. Univers, București, 2000, pp. 53-54.

⁶ Richard E. Leakey, *Origins*, Ed. E.P. Dutton, New York, 1977, p. 78.

⁷ Nicolae Constantinescu, *op. cit.*, p. 55.

de toate acestea, un copil nu va fi capabil de delimitări, deoarece el va nutri sentimente de iubire, afecțiune și respect pentru ambii părinți. Ca atare considerăm că, indiferent de faptul că ne plasăm în cadrul unor societăți îndepărtate, fie în cadrul celor contemporane, ambii părinți au fost, sunt și vor fi necesari supraviețuirii.

1. Perspective juridice asupra reședinței alternative

Vom iniția prezentarea conceptului de reședință alternativă cu dreptul francez, întrucât acolo regăsim rădăcinile juridice ale acestuia. În cadrul art. 372-2-9 din *Code civil français*, legiuitorul discută despre o variantă a custodiei comune, potrivit căreia minorul va locui la ambii părinți și va fi îngrijit de către aceștia, în perioade de timp împărțite aproximativ egal între ei. În conformitate cu prevederile acestui articol, „atunci când părinții se separă, reședința copilului poate fi fixată alternativ la domiciliul fiecăruia dintre părinți sau la casa unuia dintre ei. La cererea lor ori în situația unui dezacord, judecătorul poate dispune provizoriu ca minorul să locuiască pentru o durată de timp la ambii părinți”⁸.

Situația reședinței alternative a minorului nu reprezintă o excepție pe teritoriul francez întrucât, potrivit studiilor de specialitate, în anul 2020, nu mai puțin de 480.000 de minori își petreceau timpul în mod egal între cele două case ale părinților separați. Legiuitorul francez nu a definit cu exactitate modalitățile de desfășurare a reședinței alternative astfel că, minorii pot locui fie o săptămână cu mama și apoi una cu tatăl, fie 15 zile cu fiecare dintre părinți. De regulă, judecătorii preferă flexibilitatea, ținând cont de profesiile părinților, dar și de interesul superior al copilului. Analizând practica judecătorească, am constatat faptul că, termenul de 15 zile este preferat de părinții francezi. Prin urmare, minorii își revăd, în principiu, o dată la două săptămâni fiecare părinte⁹. Deși legăturile personale cu părinții nu par să fie întrerupte, specialiștii atrag atenția asupra faptului că, doar 37% dintre acești copii nu sunt nevoiți să părăsească orașul la fiecare două săptămâni, pentru a locui alternativ cu ambii părinți¹⁰. Această statistică este îngrijorătoare și dezvăluie unul dintre neajunsurile reședinței alternative, adică distanța prea mare dintre locuințele părinților. Observăm astfel că, recomandările potrivit cărora locuințele părinților nu trebuie să se afle la o distanță prea mare una față de cealaltă, astfel încât copilul să își poată

⁸ *Code civil français*, art. 372-2-9: „En application des deux articles précédents, la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. Lorsque la résidence de l'enfant est fixée au domicile de l'un des parents, le juge aux affaires familiales statue sur les modalités du droit de visite de l'autre parent. Ce droit de visite, lorsque l'intérêt de l'enfant le commande, peut, par décision spécialement motivée, être exercé dans un espace de rencontre désigné par le juge”.

⁹ Pentru detalii, a se consulta site-ul <https://www.insee.fr/fr/statistiques/5227614>, accesat online la data de 12.05.2021.

¹⁰ *Idem*.

continua studiile în cadrul aceleași școli, nu sunt respectate întocmai. În acest sens, considerăm că apropierea părinților reprezintă cheia succesului reședinței alternative, întrucât aceștia trebuie să se poată întâlni regulat și facil, pentru a discuta despre educația și întreținerea copiilor.

În fine, trebuie să mai specificăm și faptul că, în studiile de specialitate, se recomandă ca reședința alternativă să fie stabilită doar pentru minorii care au împlinit aproximativ 6 ani¹¹. Astfel, cu cât minorii vor dobândi o anumită maturitate, cu atât reședința alternativă nu va fi caracterizată de perturbări și de oboseală în viața de zi cu zi. Mai mult decât atât, au fost voci care au susținut că *Legea din 4 martie 2002* ar trebui modificată deoarece, legiuitorul nu a ținut cont de nici un principiu de precauție, din punct de vedere medical. Bineînțeles, această lege privind autoritatea părintească prezintă numeroase aspecte pozitive. De pildă, prin intermediul ei, legiuitorul le-a oferit taților un loc mai important în viața copiilor. Intenția legiuitorului era de a-i permite unui copil să mențină relații personale regulate cu ambii părinți. Cu toate acestea, nediferențierea dintre nevoile unui bebeluș de câteva luni și cele ale unui adolescent, au iscat consecințe grave în practică. Prin urmare, legea a fost considerată inadecvată, întrucât reședința alternativă aplicată minorilor cu vârsta până la 6 ani, poate conduce la apariția tulburărilor mentale¹².

În aceeași ordine de idei, spunem despre copii că ei simbolizează sustenabilitatea familiei, a grupului, a națiunii ori chiar a umanității. Prin urmare, indiferent de faptul că părinții își doresc reședința alternativă, judecătorul va avea obligația de a examina, cu atenție, condițiile desfășurării sale și respectarea principiului interesului superior al copilului. În special, judecătorul trebuie să se asigure de faptul că, se menține construcția personalității copilului, precum și echilibrul acestuia. În legătură cu importanța acestui principiu, au existat numeroase dispute, autorii stabilind, în final, că noțiunea de interes superior variază de la un judecător la altul¹³. Într-adevăr, deși există criterii de apreciere cunoscute la nivel internațional, precum vârsta copilului, condițiile materiale și morale ale părinților, atașamentul față de copil sau de părinte, nici unul dintre acestea nu este considerat a fi exclusiv, motiv pentru care judecătorii vor interpreta principiul într-o manieră diferită. Suntem de acord cu această abordare diferențiată însă, interesul superior al copilului necesită o definiție întrucât nevoile specifice ale copiilor variază în funcție de vârstă. Maestrul jurist Jean Carbonnier profetise, probabil regretând, că interesul superior al copilului va face în cele din urmă ca alte principii ale dreptului familiei să devină

¹¹ Berger, Maurice, et al., „La résidence alternée chez les enfants de moins de six ans: une situation à hauts risques psychiques”, în *Devenir*, vol. 16, nr. 3, 2004, pp. 213-228, DOI: 10.3917/dev.043.0213, accesat online la adresa web: <https://www.cairn.info/revue-devenir-2004-3-page-213.html>, la data de 10.05.2021.

¹² Berger, Maurice, *art. cit.*

¹³ T. Hammarberg, „Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes”, în *Journal du droit des jeunes*, 2011, vol. 303, nr. 3, pp. 10-16, disponibil online la adresa web: <https://doi.org/10.3917/jdj.303.0010>, accesată la data de 10.05.2021.

inutile¹⁴. Pentru a explica ceea ce a susținut maestrul jurist de origine franceză, vom aminti faptul că, în doctrina juridică franceză, noțiunea de interes superior al copilului presupune ca minorii să dețină drepturi și îndatoriri precum adulții. Prin urmare, pot exista situații în care, minorii să aibă un interes diferit față de cel al părinților, iar conflictul dintre cele două interese legitime să fie soluționat prin oferirea unei priorități, celui care vizează situația minorului¹⁵. Acest lucru se petrece deoarece, pe teritoriul francez, respectarea principiului interesului superior al copilului reprezintă o regulă primordială, fiind statuată, în mod concret, în cadrul art. 371-1 din *Code civil français*¹⁶. Grație acestui articol, spunem că este în interesul superior al minorului să fie crescut, educat și protejat de ambii părinți, ei fiind responsabili, în egală măsură, pentru copilul lor. Excepțiile de la regulă sunt reprezentate de lipsa capacității părinților de a-i asigura copilului nevoile concrete necesare supraviețuirii.

Potrivit profesorului Hugues Fulchiron, adăugarea calificativului „superior”, precum și evocarea primordialității acestui principiu, stau la originea imposibilității de a defini, în mod obiectiv, interesul copilului. Dacă, până în prezent, acesta a fost un concept cheie al dreptului familiei contemporane, în mod paradoxal el a fost și unul dintre cele mai discutate. Prin urmare, „interesele cele mai bune ale copilului sunt, într-adevăr, marcate de relativitate și de subiectivitate. Relativitate în spațiu și timp, deoarece noțiunea se hrănește cu date specifice fiecărei epoci și fiecărei societăți; conceptul este legat de o cultură, de o cunoaștere, de o concepție despre persoană, despre copil și despre familie. De asemenea, subiectivitatea este individuală, adică a tatălui sau a mamei, a copilului sau a judecătorului sau colectivă, cea a unei societăți, a imaginii pe care această societate o are asupra copilului.”¹⁷

În fine, spunem despre reședința alternativă de pe teritoriul francez că aceasta derivă dintr-un concept sociologic asupra familiei, presupunând împărțirea copilului după sintagma: timp egal, părinți egali. În fond, analizând numeroase articole de specialitate, afirmăm faptul că, reședința alternativă a minorului este privită de către doctrinari precum un factor de calmare a rivalităților conjugale, prin promovarea funcțiilor și a prerogativelor fiecărui părinte.

Mergem mai departe cu analiza tematicii și discutăm despre sistemul de drept din România. Potrivit legiuitorului român, dacă părinții unui copil nu mai au

¹⁴ Gilles Lebreton, „Le droit de l'enfant au respect de son « intérêt supérieur ». Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français”, în *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, nr. 2, 2003, disponibil la adresa web: <http://journals.openedition.org/crdf/7717>, accesată online la data de 15 mai 2021, DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.7717>.

¹⁵ Philippe Bonfils, Adeline Gouttenoire, *Droit des mineurs*, Ed. Dalloz, Paris, 2008, p. 45

¹⁶ *Code civil français*, art. 371-1: „L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité”.

¹⁷ Hugues Fulchiron, „Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant”, în *Gazette du Palais*, nr. 342, 8 décembre 2009, p. 15, ISSN électronique: 1634-0582.

domiciliul comun, atunci se va stabili ca locuință familială, acel loc unde se află copiii celor doi¹⁸, fără a se ține cont de regimul matrimonial ales de către soți și de titlul cu care se deține acea locuință¹⁹. Astfel, în România, criteriul esențial avut în vedere la desfacerea căsătoriei, în privința alegerii locuinței familiale, este reprezentat tot de principiul interesului superior al copilului. Judecătorul va trebui să evalueze fiecare caz în parte și, bineînțeles, să implice copilul în acele proceduri care-l privesc deoarece, fiecare copil este unic. Astfel, deși unele cazuri pot părea similare, acestea nu pot fi identice deoarece, niciodată interesul superior al copilului nostru nu se va suprapune cu interesul superior al altui copil. Ca regulă generală, copilul va fi ascultat de către judecător²⁰, indiferent de vârsta pe care o deține²¹, fiindu-i solicitate informații și opinii²². De asemenea, minorului i se vor explica și consecințele afirmațiilor pe care le face în fața judecătorului²³. Această procedură de ascultare a copilului se aplică atât în cadrul relațiilor pe care acesta le are cu părinții săi²⁴, cât și în cadrul unor relații de natură oficială, cu anumite autorități administrative sau judiciare²⁵. Referitor la relația copilului cu părinții săi, legiuitorul român prevede obligativitatea ascultării copilului, atunci când judecătorul trebuie să decidă cu privire la exercitarea autorității părintești²⁶. De asemenea, potrivit art. 436 din *Codul civil român*, „părinții și copilul vor fi citați în toate cauzele referitoare la filiație, chiar și atunci când nu au calitatea de reclamant sau de pârât”. Această regulă se aplică și în situația adopției deoarece, trebuie solicitat consimțământul părinților naturali ai copilului, indiferent dacă aceștia sunt sau nu decăzuți

¹⁸ *Codul civil român*, art. 321, alin. (1): „Locuința familiei este locuința comună a soților sau, în lipsă, locuința soțului la care se află copiii”.

¹⁹ *Ibidem*, art. 324, alin. (1): „La desfacerea căsătoriei, dacă nu este posibilă folosirea locuinței de către ambii soți și aceștia nu se înțeleg, beneficiul contractului de închiriere poate fi atribuit unuia dintre soți, ținând seama, în ordine, de interesul superior al copiilor minori, de culpa în desfacerea căsătoriei și de posibilitățile locative proprii ale foștilor soți”.

²⁰ Emese Florian, *Protecția drepturilor copilului*, ed. a II-a, Ed. C. H. Beck, București, 2007, pp. 5-11.

²¹ *Codul civil român*, art. 264, alin. (1): „În procedurile administrative sau judiciare care îl privesc, ascultarea copilului care a împlinit vârsta de 10 ani este obligatorie. Cu toate acestea, poate fi ascultat și copilul care nu a împlinit vârsta de 10 ani, dacă autoritatea competentă consideră că acest lucru este necesar pentru soluționarea cauzei”.

²² *Ibidem*, art. 264, alin. (4): „Opiniile copilului ascultat vor fi luate în considerare în raport cu vârsta și cu gradul său de maturitate”.

²³ *Ibidem*, art. 264, alin. (2): „Dreptul de a fi ascultat presupune posibilitatea copilului de a cere și a primi orice informație, potrivit cu vârsta sa, de a-și exprima opinia și de a fi informat asupra consecințelor pe care le poate avea aceasta, dacă este respectată, precum și asupra consecințelor oricărei decizii care îl privește”.

²⁴ *Ibidem*, art. 483, alin. (2): „Părinții exercită autoritatea părintească asociind copilul în toate deciziile care îl privesc, ținând cont de vârsta și de gradul său de maturitate”.

²⁵ *Ibidem*, art. 488, alin. (2), lit. b): „În acest scop, părinții sunt obligați: (...) să prezinte și să permită informarea și lămurirea copilului despre toate actele și faptele care l-ar putea afecta și să ia în considerare opinia acestuia”.

²⁶ *Ibidem*, art. 486: „Ori de câte ori există neînțelegeri între părinți cu privire la exercițiul drepturilor sau la îndeplinirea îndatoririlor părintești, instanța de tutelă, după ce îi ascultă pe părinți și luând în considerare concluziile raportului referitor la ancheta psihosocială, hotărăște potrivit interesului superior al copilului. Ascultarea copilului este obligatorie, dispozițiile art. 264 fiind aplicabile”.

din drepturile părintești²⁷. Deși pe teritoriul țării noastre nu regăsim reglementată, încă, această dispoziție privitoare la reședința alternativă, legiuitorul le recunoaște părinților o preogativă egală, cu privire la supravegherea copilului și la alegerea domiciliului. De asemenea, legiuitorul român îi oferă copilului un drept de a decide, ceea ce relativizează puterea părinților. Supravegherea minorului este prevăzută în *Codul civil român*, în cadrul art. 493, unde se specifică următoarele: „Părinții au dreptul și îndatorirea de supraveghere a copilului minor”. Termenul de supraveghere a fost, pentru o lungă perioadă de timp, ambiguu deoarece era folosit fie pentru a desemna cui îi revine sarcina de supraveghere materială a copilului, în caz de desfacere a uniunii, fie pentru a descrie alte prerogative ale autorității părintești.

În fine, amintim aici o sentință a instanțelor din România, prin care s-au adus argumente în favoarea reședinței alternante a minorului²⁸. În partea dedicată considerentelor, judecătorii au conchis faptul că, un copil se va dezvolta armonios, dacă relațiile pe care le va avea cu părinții săi sunt caracterizate de stabilitate și de apropiere. De asemenea, instanța a decis că „*sentimentul de stabilitate și de apartenență este legat mai degrabă de calitatea relațiilor pe care minorul le dezvoltă cu părinții, decât de un anumit spațiu geografic*”²⁹. Deși motivarea instanței române se apropie de cea a judecătorilor francezi, astfel de decizii sunt rare pe teritoriul României, întrucât percepția părinților și a societății, în general, este orientată într-o altă direcție.

2. Teoria atașamentului și reședința alternativă

Psihologul de origine britanică John Bowlby a fost primul teoretician al atașamentului și l-a descris pe acesta ca fiind o „conexiune psihologică durabilă între ființe umane”³⁰. Din lucrările lui Bowlby rezultă faptul că, atașamentul copilului este organizat în jurul a două funcții esențiale: funcția „refugiul sigur” în care părintele îl ajută pe copil să-și regleze stările emoționale și funcția „bază sigură”,

²⁷ *Ibidem*, art. 463, alin. (1), lit. a): „Pentru încheierea unei adopții este necesar consimțământul următoarelor persoane: părinții firești ori, după caz, tutorele copilului ai cărui părinți firești sunt decedați, necunoscuți, declarați morți sau dispăruți ori puși sub interdicție, în condițiile legii”.

²⁸ Sentința Civilă nr. 9865/20.11.2012, pronunțată de Judecătoria Sectorului 4 București, în dosar nr. 30321/4/2011: „Instanța, reținând faptul că atât minorul, cât și părinții acestuia doresc să aibă relații apropiate, că interesul superior al copilului, în general, este legat de posibilitatea de a putea accesa cvasinelimitat pe ambii părinți pentru a putea dezvolta relații echilibrate și armonioase cu aceștia, că cel puțin la un nivel declarativ, părțile prin susținerile acestora s-au arătat dispuse de a coopera cu privire la creșterea și educarea copilului lor minor, precum și faptul că vârsta fragedă a copilului reclamă deopotrivă îngrijirea și sprijinul ambilor părinți va stabili locuința acestuia la ambii părinți pentru o perioadă egală, respectiv câte două săptămâni alternativ la fiecare dintre părinți”, accesată online la data de 15.05.2021, la adresa web: <https://stegaroiu.ro/2020/04/17/domiciliul-alternativ-al-minorului-in-cazul-separarii-parintilor/>.

²⁹ *Idem*.

³⁰ J. Bowlby, „Attachment and loss: Retrospect and prospect”, în *American Journal of Orthopsychiatry*, nr. 52, 1982, pp. 664–678, adresă DOI:10.1111/j.1939-0025.1982.tb01456.x.

care-i permite copilului să se sprijine pe părinte, pentru a explora lumea exterioară. Legat de atașamentul copilului, au existat numeroase studii care-i demonstrează existența față de mamă. De fapt, majoritatea studiilor au fost efectuate în prezența mamelor. În acest sens, s-a descoperit faptul că, atașamentul față de mamă îi oferă copilului acel sentiment de refugiu sigur - safe heaven. Dar care este calitatea atașamentului față de tată? Vorbim tot despre un refugiu sigur, ori despre o bază sigură? În cele ce urmează vom oferi răspunsul la această întrebare, utilizând concluziile experimentelor legate de atașament.

După cum am afirmat mai sus, majoritatea studiilor de specialitate au fost efectuate în prezența mamelor. În acest sens, John Bowlby a evocat în studiul său experimentul lui Lorenz, privitor la găște. Pe baza observațiilor lui Lorenz, John Bowlby a dezvoltat noțiunea de „monotropie”. Pornind de la studiul bazat pe găște, specialistul a observat faptul că, la ieșirea din ou, acestea vor urma primul obiect animat care li se prezintă, nemaifiind interesate de altceva sau de altcineva. Această amprentă asupra primului obiect ilustrează noțiunea de monotropie sau atașamentul unic și exclusiv. Potrivit autorului, așa se explică și atașamentul copilului față de mamă, întrucât aceasta reprezintă prima persoană care va intra în contact cu nou-născutul³¹. Ceea ce a vrut să sublinieze autorul este faptul că, atât sugarul cât și mama vor dezvolta o nevoie biologică de a rămâne în contact unul cu celălalt. Această teorie a stârnit numeroase controverse, fiind combătută prin intermediul experimentelor.

De pildă, în anul 1976, profesorul Michael E. Lamb a studiat comportamente de atașament precum apropierea ori atingerea la copiii de 1 an, față de mamă sau de tată, în prezența celuilalt părinte³². În acest sens, autorul a observat faptul că, atunci când minorul se află acasă și se joacă, nu există nici o diferență în privința apropierii față de părinți. De asemenea, în locul de joacă amenajat în cadrul unui laborator, în absența unui factor de stres, nu există nici o diferență în privința comportamentului pe care minorul îl adoptă față de părinți. Cu toate acestea, profesorul a observat faptul că, dacă introducem în ecuație un factor de stres, precum prezența unei persoane necunoscute, bebelușul caută preferențial o apropiere față de mama sa. În urma acestui experiment, profesorul a conchis faptul că, minorul manifestă mai multe comportamente de afiliere sau de atașament față de mamă, în prezența angosei, însă nu se poate pune problema existenței unui atașament unic³³.

Cercetarea realizată de profesorul Lamb naște, la rândul ei, mai multe controverse. De pildă, preferința pentru mamă, în căutarea confortului, implică o ierarhie a atașamentelor? Răspunsul la această întrebare ne este oferit tot de către specialiști, prin intermediul experimentelor realizate, astfel că există, într-adevăr, un model „ierarhic”, „tradiționalist”, conform căruia atașamentul față de tată este

³¹ Bowlby J., *art. cit.*, p. 665.

³² Michael E. Lamb, „Twelve-month-olds and their parents: Interaction in a laboratory playroom”, în *Developmental Psychology*, Mai 1976, pp. 237-244, DOI: 10.1037/0012-1649.12.3.237, disponibil online la adresa web: https://www.researchgate.net/publication/232425284_Twelve-month-olds_and_their_parents_Interaction_in_a_laboratory_playroom, accesată la data de 15.05.2021.

³³ *Idem*.

secundar. Ca atare, dacă ar fi să divizăm funcțiile celor doi părinți, spunem despre mamă că ar reprezenta refugiul sigur, iar despre tată că ar fi baza sigură, care-i va permite copilului să exploreze lumea. În acest sens, apreciem că există, într-adevăr mai multe tipuri de atașament. De aici deducem faptul că, funcția părintească nu este caracterizată de exclusivitate, întrucât rolul tatălui nu se va putea suprapune niciodată peste cel al mamei.

În cadrul unui proces de divorț, judecătorul trebuie să țină cont, pe lângă principiile care guvernează judecata și de rezultatele cercetărilor din alte domenii, care se află în strânsă legătură cu procesul. Așa se face că, în țări precum Franța ori Statele Unite ale Americii, judecătorii au înțeles importanța reședinței alternative a minorului și în ce măsură aceasta poate fi aplicată simetric, din punct de vedere cronologic. Potrivit studiilor de specialitate ale medicului pediatru de origine americană Terry Brazelton, nu este recomandată reședința alternativă simetrică înainte de împlinirea vârstei de 6 ani, chiar dacă părinții nu se află în conflict, întrucât nevoile psihologice specifice copiilor nu sunt compatibile cu o împărțire egală a timpului între cele două reședințe³⁴. Prin urmare, unii judecători preocupați de binele copiilor utilizează calendarul progresiv al profesorului Maurice Berger, bazat pe teoriile lui Brazelton, care poate oferi un ritm bun, ajustat în funcție de nevoile fiecărui copil, în vederea stabilirii reședinței alternative.

Calendarul propus de Maurice Berger, pe baza scrierilor lui Brazelton, propune un ritm de custodie alternativă, menit să promoveze dezvoltarea și bunăstarea copilului. De pildă, perioada de timp cuprinsă între momentul nașterii și cel al împlinirii vârstei de 1 an este una complexă, deoarece nevoile de securitate și de stabilitate ale bebelușului se schimbă de la lună la lună. Profesorul recomandă ca, până la vârsta de șase luni, tatăl să-și poată vizita copilul de 2-3 ori pe săptămână (timp de 2-3 ore), fără a dormi alături de acesta. Apoi, pe măsură ce copilul se apropie de vârsta de 1 an tatăl îl poate vizita de 3 ori pe săptămână, petrecând împreună aproximativ 3 ore. Ulterior, după ce copilul se va afla în intervalul de vârstă de la 1 la 3 ani, tatăl va putea înnopta alături de acesta o dată pe săptămână. În fine, atunci când minorul se va încadra în categoria de vârstă de la 3 la 6 ani, el va putea petrece fiecare sfârșit de săptămână alături de tatăl său (2 zile și 2 nopți)³⁵. Observăm astfel că, obiectivul principal al acestui calendar este de a le permite copiilor să se bucure de prezența tatălui lor, fără a-i priva de prezența mamei pentru o perioadă de timp îndelungată.

Cu toate că, ritmul propus de calendarul lui Berger prezintă numeroase avantaje, considerăm că acesta ar necesita formule mai flexibile, care să-i permită tatălui să

³⁴ Terry Berry Brazelton, Joshua D. Sparrow, *Puncte de cotitură. De la trei la șase ani. Dezvoltarea emoțională și comportamentală a copilului tău*, trad. Simona Pătrașcu, Ed. Fundației Generația, București, 2008, pp. 352- 378.

³⁵ Jacqueline Phélip, Maurice Berger, „Calendrier de Brazelton”, în *Divorce, séparation : les enfants sont-ils protégés ?*, Ed. Dunod, Paris, 2012, pp. 241-246, DOI : 10.3917/dunod.pheli. 2012.01.0241, accesat online la adresa web: <https://www.cairn.info/divorce-separation-les-enfants-sont-ils-protéges--9782100576623-page-241.htm>, la data de 15.05.2021.

petreacă mai mult timp alături de copilul său. În plus, considerăm că împărțirea pe ore a ritmului alternativ de custodie va naște dificultăți în primele perioade ale vieții copilului, dacă acesta este alăptat sau dacă părinții nu locuiesc aproape unul de celălalt. Prin urmare, credem că acest calendar ar trebui să fie ajustat, în funcție de relațiile dintre părinți, fie ele conflictuale ori amicale și în funcție de capacitatea copilului de a face față schimbării.

Studiile analizate în prezenta lucrare au evidențiat faptul că, bebelușul are nevoie de relații stabile și continue cu ambii părinți, iar legiuitorul trebuie să devină gardianul modelului familial, în conformitate cu natura particulară a relațiilor dintre tată, mamă și copii. Pentru că atașamentul se poate forma la orice vârstă, rezultă că nu există neapărat o perioadă critică în dezvoltarea copilului, în care ar fi esențial pentru acesta să interacționeze cu celălalt părinte. Din contră, ar fi esențial să ne amintim faptul că, atunci când sunt îndeplinite condițiile psihologice, materiale și geografice și atunci când nu sunt puse sub semnul întrebării calitățile părintești ale fiecăruia dintre cei doi adulți, interesul superior al copilului este să beneficieze de continuitate și de legături afective cu ambii părinți. Reședința alternativă îi permite copilului să-i mențină pe părinți pe picior de egalitate și îl va ajuta pe acesta să se simtă dorit, așteptat și iubit. În concluzie, reședința alternativă modifică, în mod clar, contactul dintre părinți și copii, atât în ceea ce privește frecvența cât și în ceea ce privește continuitatea ori dinamica interacțională.

Concluzii

În concluzie, spunem despre atașament că acesta nu reprezintă neapărat iubire, ci se referă și la un sentiment de protecție și de siguranță. Ca atare, există o diferență notabilă între a iubi un copil și a-i oferi acestuia un sentiment de protecție. În problematica reședinței alternative, acțiunile părinților trebuie să fie ghidate de interesul superior al copilului, despre care am discutat mai sus. Mai mult decât atât, trebuie promovat conceptul de *co-parenting*³⁶, asociat cu eliminarea conflictelor dintre părinți. Dacă ne referim la statul francez, putem afirma faptul că, Legea din 4 martie 2002 a favorizat, în mod semnificativ, exercitarea comună a autorității părintești. În opinia maestrului jurist Jean Carbonnier, conceptul de *co-parenting* reflectă o „nostalgie privitoare la indisolubilitatea căsătoriei”³⁷.

Dacă, în schimb, ne referim la România, constatăm cu bucurie faptul că, judecătorii devin din ce în ce mai preocupați de sănătatea și de binele copiilor, în

³⁶ Mark E. Feinberg, „Coparenting and the Transition to Parenthood: A Framework for Prevention”, în *Clin Child Fam Psychol Rev.*, September 2002, nr. 5, pp. 173–195, DOI: 10.1023/a:1019695015110, disponibil online la adresa web: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3161510/>, accesată la data de 15.05.2021.

³⁷ Edwige Rude-Antoine, „Jean Carbonnier et la famille”, în *L'Année sociologique*, vol. 57, nr. 2, 2007, pp. 527–543, DOI : 10.3917/anso.072.0527, disponibil online la adresa web: <https://www.cairn.info/revue-l-annee-sociologique-2007-2-page-527.htm>, accesată la data de 15.05.2021.

procesele de divorț. Deși este de netăgăduit faptul că, acordul ambilor părinți în luarea deciziilor care-l privesc pe minor reprezintă pentru acesta din urmă un punct de referință structurant și liniștitor, se pare că, pe teritoriul țării noastre, promovarea reședinței comune se bazează adesea pe menționarea paradoxală a riscului de alienare părintească și a favorizării mamelor de către instanță. Cu toate acestea, odată îndeplinite condițiile materiale și emoționale, reședința alternativă poate încuraja părinții să ajungă la un acord în interesul copilului lor și să-i conștientizeze pe aceștia de necesitatea recunoașterii locului celuilalt în viața copilului.

În fine, trebuie să menționăm faptul că, indiferent de ruptura produsă în interiorul cuplului conjugal, aceasta nu trebuie să afecteze cuplul parental, căci el trebuie să existe, în continuare, în interesul superior al copilului. Grație reședinței alternative se va crea iluzia că separarea nu a existat, căci fiecare părinte va juca un rol identic, iar copilul nu va întâmpina schimbări profunde. Totuși, nu recomandăm o simetrie temporală, întrucât riscăm să distrugem noțiunea de complementaritate a rolurilor pe care le au părinții. Generalizarea exercițiului comun al autorității părintești și dorința de a exista un acord al părinților, indiferent de circumstanțele care au dus la separare, demonstrează corectitudinea viziunii lui Jean Carbonnier.

BIBLIOGRAFIE:

Berger, Maurice, et al., „La résidence alternée chez les enfants de moins de six ans: une situation à hauts risques psychiques”, în *Devenir*, vol. 16, no. 3, 2004, DOI : 10.3917/dev.043.0213;

Bonfils Philippe, Gouttenoire Adeline, *Droit des mineurs*, Editura Dalloz, Paris, 2008;

Bowlby J., „Attachment and loss: Retrospect and prospect”, în *American Journal of Orthopsychiatry*, nr. 52, 1982, DOI:10.1111/j.1939-0025.1982.tb01456.x;

Brazelton Terry Berry, Sparrow Joshua D., *Puncte de cotitură. De la trei la șase ani. Dezvoltarea emoțională și comportamentală a copilului tău*, trad. Simona Pătrașcu, Editura Fundației Generația, București, 2008;

Constantinescu, Nicolae, *Etnologia și folclorul relațiilor de rudenie*, Editura Univers, București, 2000;

Edwige Rude-Antoine, „Jean Carbonnier et la famille”, în *L'Année sociologique*, vol. 57, nr. 2, 2007, DOI : 10.3917/anso.072.0527;

Feinberg, Mark E., „Coparenting and the Transition to Parenthood: A Framework for Prevention”, în *Clin Child Fam Psychol Rev.*, September 2002, nr. 5, pp. 173–195, DOI: 10.1023/a:1019695015110;

Florian, Emese, *Protecția drepturilor copilului*, ediția a II-a, Editura C. H. Beck, București, 2007;

Fulchiron, Hugues, „Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant”, în *Gazette du Palais*, nr. 342, 8 décembre 2009, ISSN électronique: 1634-0582;

Hammarberg, T., „Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes”, în *Journal du droit des jeunes*, 2011, vol. 303, nr. 3, <https://doi.org/10.3917/jdj.303.0010>;

<https://www.insee.fr/fr/statistiques/5227614>;

Laderman, Carol, *Wives and Midwives: Childbirth and Nutrition in Rural Malaysia*, Editura University of California Press, Berkeley, 1983;

Lamb, Michael E., „Twelve-month-olds and their parents: Interaction in a laboratory playroom”, în *Developmental Psychology*, May 1976, pp. 237-244, DOI: 10.1037/0012-1649.12.3.237;

Leakey, Richard E., *Origins*, Editura E.P. Dutton, New York, 1977;

Lebreton, Gilles, „Le droit de l'enfant au respect de son « intérêt supérieur ». Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français”, în *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, nr. 2, 2003, DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.7717>;

Phélip Jacqueline, Berger Maurice, „Calendrier de Brazelton”, în *Divorce, séparation : les enfants sont-ils protégés ?*, Editura Dunod, Paris, 2012, DOI : 10.3917/dunod.pheli.2012.01.0241;

Sentința Civilă nr. 9865/20.11.2012, pronunțată de Judecătoria Sectorului 4 București, în dosar nr. 30321/4/2011;

Vernant, Jean- Pierre, *Universul, zeii, oamenii*, trad. Dorin Onofrei, Editura Cartier, Chișinău, 2016.

This work was co-funded by the European Social Fund, through Operational Programme Human Capital 2014-2020, project number POCU/993/6/13/153322, project title << Educational and training support for PhD students and young researchers in preparation for insertion into the labor market >>.

DREPTUL DE PROPRIETATE INTELECTUALĂ ȘI RĂSPUNDEREA CIVILĂ A IA

Drd. Anca Florina MATEESCU

Abstract

The objectives that we wanted to achieve are the knowledge of the legislation in the issue of the intellectual property right of artificial intelligence and in that of the civil liability of robots, as well as the interpretation in a personal note of the already existing norms.

The concepts that were the basis of the study are both philosophical ideas and legal provisions, but also specialized doctrine, which completes the ideas we wanted to express. The latter we redrawn up with the help of the descriptive method, the logical and the comparative method and, last but notleast, the sociological method.

The results obtained are the observation of the direction in which AI is heading, based on the union provisions, which were analyzed with arguments.

We considered that the topic presented is not sufficiently researched and studied, due to its importance in contemporary society. Precisely for this reason, we believe that our study can be an interesting read for both legal specialists and novices.

Keywords: *robots, electronic personality, provisions*

Idei introductive

Lucrarea are în vedere atât plusurile, cât și minusurile pe care le presupune folosirea inteligenței artificiale în domeniul proprietății intelectuale, prin prisma gradului de răspundere civilă a roboților.

Doctrina, ca și legislația privitoare la această temă este în curs de dezvoltare. De aceea am considerat interesant să realizăm un „conglomerat” între cele două, analizând din punctul nostru de vedere studiile și normele existente.

Cercetarea noastră are la bază metoda descriptivă; metoda logică - procedeu de cunoaștere rațională a dreptului prin utilizarea legilor și categoriilor logicii (definiția, analiza, sinteza, comparația); metoda sociologică, prin intermediul căreia cunoaștem dreptul cu ajutorul altor fenomene sociale, precum filosofia, literatura;

metoda comparativă, ca procedeu logic de comparație, cu ajutorul căreia am stabilit asemănările și deosebirile între diferite fenomene juridice.

Ideea pe care o susținem și, totodată, originalitatea studiului, constă în stabilirea limitelor în care inteligența artificială se încadrează, apelând la normele de răspundere civilă a roboților, dar și la cele privitoare la proprietatea intelectuală.

Având în vedere că domeniul acesta este unul la început de drum, va fi interesat de studiat direcția în care tehnologia se îndreaptă, prin analizarea jurisprudenței care se va naște. Tot fenomenul roboticii și al IA va putea fi ajustat din punct de vedere legislativ, mai cu seamă prin prisma cauzisticii care se va dezvolta în următorii ani.

1. Noțiuni juridice explicative

1.1. Ce este inteligența ?

Pentru o abordare mai interesantă a temei noastre, vom recurge la definirea noțiunii de inteligență, prin intermediul unor autori de literatură ori al unor personalități de cultură.

Iată deci câteva dintre citatele¹ pe care le-am considerat potrivite în contextul analizei propuse:

- „Inteligența înseamnă adaptare” - Marin Preda.
- „Inteligența este putința de a vedea și reproduce obiectiv cele ce există și se întâmplă” - Mihai Eminescu.
- „Inteligența este de aceea permanentă punere sub întrebare a proiectului propriu” - Gabriel Liiceanu.
- „Omul inteligent judecă cele noi după cele vechi” – Sofocle.
- „Inteligența nu înseamnă să nu faci greșeli, ci să vezi repede cum poți să le îndrepti” - Bertolt Brecht.
- „Inteligența este abilitatea de a te adapta la schimbare” - Stephen Hawking.

Vom considera deci că inteligența reprezintă toate aceste caracteristici: atât profunzimea de a înțelege realitatea din jur, cât și agerimea de a fi permanent adaptat la schimbare.

1.2. Cum putem defini dreptul de proprietate intelectuală?

În acest caz, ne vom referi la definiția legală deoarece aceasta este baza de la care va porni analiza noastră. Mai exact, izvor de cercetare în această chestiune ne va fi norma de drept², cu ajutorul căreia vom descoperi ce semnifică fiecare noțiune legată de dreptul de proprietate intelectuală.

¹ <https://booknation.ro/citate-despre-inteligenta/> - accesat în 10.04.2023.

² Articolul 1 din *Legea nr. 202 din 13 noiembrie 2000 privind unele măsuri pentru asigurarea respectării drepturilor de proprietate intelectuală în cadrul operațiunilor de vamuire*, actualizată.

Suma tuturor drepturilor de autor, drepturilor conexe, a dreptului asupra mărcilor de produs sau de serviciu înregistrate, dreptului asupra desenelor și modelelor industriale, dreptului asupra indicațiilor geografice, dreptului asupra brevetelor de invenție, dreptului protecției suplimentare este subsumată noțiunii de drept al proprietății intelectuale.

Dreptul de autor reprezintă acea îndrituire a proprietății intelectuale recunoscută unei sau unor persoane fizice, care au conceput o operă originală de creație intelectuală în domeniul literar, artistic sau științific. Sunt incluse orice fel de modalități de creație, de moduri ori forme concrete de exprimare, independent de valoarea și destinația lor ori a altor titulari legali, persoane juridice sau fizice.

Drepturile conexe sunt o altă „fațetă” a proprietății intelectuale. Acestea se referă la alte drepturi decât cele de autor, de care beneficiază artiștii interpreți sau executanți pentru propriile interpretări sau execuții, producătorii de înregistrări sonore pentru propriile înregistrări, organismele de radiodifuziune și televiziune pentru propriile emisiuni.

Marca de produs sau de serviciu este un semn susceptibil de reprezentare grafică, care servește la deosebirea produselor ori serviciilor unei persoane fizice sau juridice de cele aparținând altor persoane. Pot să constituie mărci semnele distinctive precum: cuvintele, inclusiv numele de persoane, desenele, literele, cifrele, elementele figurative, formele tridimensionale, respectiv forma produsului, a ambalajului ori combinațiile de culori sau orice îmbinare a acestor semne.

Desenul sau modelul industrial este reprezentat de aspectul nou al unui produs, având o funcție utilitară.

Indicația geografică, adică denumirea care servește la identificarea unui produs originar dintr-o țară, regiune sau localitate a unui stat, relevă o calitate, reputația sau alte caracteristici determinante ce pot fi, în mod esențial, atribuite acestei origini geografice.

Brevetul de invenție este titlul de protecție care poate fi obținut pentru orice descoperire, creație ce are ca obiect un produs, un procedeu sau o metodă, în toate domeniile tehnologice, cu condiția ca invenția să fie nouă, să implice o activitate ingenioasă și să fie susceptibilă de o aplicare industrială.

Certificatul complementar de protecție este tot un titlu de protecție, care poate fi acordat pentru orice produs protejat pe teritoriul României, prin brevet, ca medicament sau produs fitofarmaceutic, în condițiile legii.

Titularul dreptului reprezintă deținătorul unui drept de proprietate intelectuală, precum și orice altă persoană autorizată să utilizeze acest drept sau reprezentantul său legal.

Marca înregistrată - orice marcă înregistrată în Registrul Național al Mărcilor.

Persoana autorizată este persoana căreia titularul dreptului i-a permis să utilizeze dreptul de proprietate intelectuală.

Reprezentantul legal, adică persoana împuternicită de titularul dreptului de proprietate intelectuală, poate să acționeze în numele acestuia, pe teritoriul României.

2. Drepturile de proprietate intelectuală și fluxurile de date

*Raportul conținând recomandări adresate Comisiei referitoare la normele de drept civil privind robotica*³, din 27.01.2017 are o secțiune dedicată acestei probleme, de unde am preluat și denumirea capitolului.

Vom prezenta respectivele prevederi, formulând opinii personale argumentate:

- statuează că nu există prevederi legale care să se aplice în mod specific roboticii, dar că regimurile juridice și doctrinele existente pot fi aplicate cu ușurință la robotică, deși unele aspecte par să necesite o analiză specială; solicită Comisiei să susțină o abordare orizontală tehnologic neutră a proprietății intelectuale, aplicabilă în diferitele sectoare în care poate fi utilizată robotica.

Constatăm că vor fi aplicabile normele existente în materia proprietății intelectuale, în lipsa unor legi speciale. Așadar, fiecare stat european va aplica dreptul pozitiv specific acestuia. În România, prevederile aplicabile vor fi cele ale legilor deja amintite anterior în analiza noastră. Ce mai putem deduce este că, indiferent de sfera de activitate pe care o tangentează, regulile privitoare la proprietatea intelectuală vor trebui aplicate egal, fără ca vreun domeniu să fie avantajat, în detrimentul sau față de un altul. Iar tehnologia ar trebui să fie implementată și distribuită în mod egal fiecărui sector căruia i se adresează.

- invită Comisia și statele membre să se asigure că normele de drept civil în sectorul roboticii sunt în conformitate cu *Regulamentul privind protecția datelor*⁴ și respectă principiile necesității și proporționalității; invită Comisia și statele membre să țină seama de evoluțiile tehnologice rapide din domeniul roboticii, inclusiv de evoluția sistemelor „ciberfizice” și să se asigure că dreptul Uniunii nu rămâne în urma dezvoltării și implementării tehnologice.

Este deci necesar ca datele personale să fie respectate pe întreg procesul dezvoltării IA. Principiile necesității și proporționalității considerăm că se referă la limitele în care o eventuală „jonglare” de date este permisă. Adică, informațiile personale trebuie dezvăluite doar în măsura în care acest lucru este necesar, util și doar dacă există un raport de proporționalitate între nevoia utilizării datelor respective și echitatea folosirii lor în anumite scopuri.

- subliniază că dreptul la protecția vieții private și a datelor cu caracter personal, consacrate de Cartă⁵ și de TFUE⁶, se aplică în toate sferele roboticii; trebuie respectat pe deplin cadrul juridic al Uniunii privind protecția datelor; solicită modificarea normelor și criteriilor privind utilizarea camerelor de luat vederi și a senzorilor roboților; solicită Comisiei să se asigure de respectarea vieții private, reducerea la minimum a datelor sau limitarea scopului și de utilizarea unor mecanisme de control transparente pentru persoanele vizate și măsuri corective corespunzătoare.

³ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_RO.html - accesat în 10.04.2023.

⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EL> - accesat în 10.04.2023.

⁵ Articolele 7 și 8 din *Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene*.

⁶ *Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene*, art. 16.

Măsurile de prevenție și de tragere la răspundere ale nerespectării vieții private de către entitățile cu inteligență artificială sunt un subiect sensibil și prezintă un real interes atât pentru statele europene (și nu numai), cât și pentru cetățeni. Problema aceasta se află în „derivă” de mulți ani, iar ea este, *de facto*, aproape omniprezentă – măsuri *de jure* trebuie luate, cu siguranță. Unul din subiectele de actualitate este cel al senzorilor roboților casnici (noile „aspiratoare inteligente”), care pot mapa spațiul pe care îl curăță, stocând informații despre acesta. Aspectul amintit constituie o încălcare a vieții private. Același argument rămâne valabil și în cazul camerelor de luat vederi ale roboților.

- subliniază faptul că libera circulație a datelor este esențială pentru economia digitală și dezvoltarea sectorului roboticii și inteligenței artificiale; subliniază că, pentru utilizarea adecvată a roboților și a IA, este esențial un nivel înalt de securitate a sistemelor robotice; subliniază că trebuie asigurată protecția rețelelor de roboți și inteligență artificială interconectate pentru a preveni eventuala periclitare a securității; subliniază că un nivel ridicat de securitate, de protecție a datelor cu caracter personal și de respectare a vieții private în comunicarea dintre oameni, roboți și inteligența artificială este esențial; subliniază responsabilitatea proiectanților roboticii și a inteligenței artificiale de a dezvolta produse sigure, securizate și adecvate scopului lor; invită Comisia și statele membre să sprijine și să stimuleze dezvoltarea tehnologiei necesare, inclusiv a asigurării securității prin proiectare.

În primul rând, vom aduce un contraargument celor prevăzute, în ceea ce privește libera circulație a datelor. Este adevărat că practic, prin intermediul IA, cea care are cel mai mult de câștigat este economia. Toată sau aproape toată știința roboticii și a inteligenței artificiale a fost dezvoltată, și este în continuare, din considerente bănești, care să aducă un câștig producătorilor și inventatorilor – de obicei, coloși industriali și economici. Totuși, opinăm că o „eliberare” a datelor personale este dăunătoare și nu își atinge scopul inițial – acela al ajutorului pentru umanitate. Celelalte teze ale prevederii unionale considerăm că sunt binevenite și ne raliem lor „în literă și în spirit”⁷.

3. Răspunderea civilă a roboților

Parlamentul European consideră că răspunderea civilă pentru prejudiciile cauzate de roboți constituie o chestiune esențială, care trebuie analizată și soluționată la nivelul Uniunii, astfel încât să se asigure eficiență, transparență și consecvență pentru realizarea securității juridice în întreaga Uniune Europeană, scopul fiind beneficiul cetățenilor, al consumatorilor și al întreprinderilor deopotrivă⁸.

⁷ A se vedea: Lăcrița N., *Legea trebuie interpretată și aplicată atât în litera, cât și în spiritul ei*, 2021 - <https://www.juridice.ro/717834/legea-trebuie-interpretata-si-aplicata-atat-in-litera-cat-si-in-spiritul-ei.html>.

⁸ După cum e prevăzut în *Raportul Parlamentului European, conținând recomandări adresate Comisiei referitoare la normele de drept civil privind robotica*, emis pe27.1.2017.

Acesta, solicită Comisiei ca atunci când efectuează o evaluare de impact a viitorului său instrument legislativ privind robotica și inteligența artificială, să exploreze, să analizeze și să evalueze implicațiile tuturor soluțiilor juridice posibile, cum ar fi⁹:

a) instituirea unei scheme de asigurări obligatorii atunci când este util și necesar pentru categorii specifice de roboți prin care, în mod similar cu ceea ce se întâmplă deja cu autovehiculele, producătorii sau proprietarii roboților să fie obligați să se asigure contra prejudiciilor potențiale provocate de roboții lor.

Practic, din toată schema răspunderii civile delictuale este scos proprietarul, care nu va putea să se îndrepte cu o acțiune în instanță contra producătorului pentru eventuale prejudicii, ci se va adresa asiguratorului, în baza contractului de asigurare existent. Considerăm soluția una predictibilă, dacă se urmează exemplul autovehiculelor, însă rămâne de văzut care vor fi categoriile de roboți care se vor putea încadra în acest „tipar”.

b) înființarea unui fond de compensare care să servească nu numai la garantarea despăgubirii în cazul în care pentru daunele provocate de un robot nu ar exista nicio acoperire asigurativă.

Opinia noastră ar fi că prevederea este laxă și lacunară. Înțelegem și suntem de acord cu acest concept de „fond de compensare”, dar expresia „nu numai” lasă loc interpretărilor.

Ideea existenței unui astfel de fond este de apreciat, deoarece ar acoperi toate situațiile din practică - lucru care este ideal la o normă. Astfel, nici un caz nu ar rămâne descoperit din punct de vedere juridic.

c) crearea posibilității ca producătorul, programatorul, proprietarul sau utilizatorul să beneficieze de o răspundere limitată în cazul în care contribuie la un fond de compensare sau în care subscrie în comun o asigurare pentru a garanta despăgubirea în cazul în care daunele sunt cauzate de un robot.

Soluția este una corectă, întrucât toți aceștia – producător, programator, proprietar/utilizator – contribuie la repararea unui presupus prejudiciu în avans. Practic, ei constituie aproape un gaj în favoarea creditorului-persoana prejudiciată. Gajul nu este unul propriu-zis, deoarece creditorului nu i se dă spre păstrare suma de bani din fond, până în momentul producerii unei eventuale pagube¹⁰. Și, oricum, un atare eveniment e incert și nesigur. Aceste aspecte fac din mecanismul de plată unul asemănător (dar nu identic) cu cel al gajului.

d) decizia de a crea sau nu un fond general pentru toți roboții autonomi inteligenți sau un fond separat pentru fiecare categorie de roboți și de a plăti sau

⁹ *Raportul Parlamentului European, conținând recomandări adresate Comisiei referitoare la normele de drept civil privind robotica*, din 27.1.2017 -https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_RO.html.

¹⁰ Articolul 2.481 din Codul Civil prevede: „Gajul se constituie prin remiterea bunului sau titlului către creditor sau, după caz, prin păstrarea acestuia de către creditor, cu consimțământul debitorului, în scopul garantării creanței”.

nu o contribuție, ca taxă unică la plasarea robotului pe piață ori a unor contribuții periodice pe durata de viață a robotului.

Această prevedere este practic o detaliere a celei precedente, astfel încât înțelegem să ne menținem punctul de vedere anterior și în acest caz.

e) garantarea vizibilității legăturii dintre un robot și fondul său printr-un număr de înregistrare individual, care să figureze într-un registru specific al Uniunii, ceea ce i-ar permite oricărei entități care interacționează cu robotul să fie informată cu privire la natura fondului, la limitele răspunderii sale în caz de daune aduse proprietății, la numele și funcțiile celor care contribuie și la toate celelalte amănunte pertinente.

Considerăm îndreptățită măsura, deoarece aceste detalii legate de fondul privitor la robot trebuie să fie cunoscute și accesibile celor care interacționează cu entitatea în cauză tocmai pentru a fi asigurată transparența situației sale fizice (ne referim aici desigur la trăsăturile tehnice) și juridice.

f) crearea unui statut juridic specific pentru roboți, astfel încât cel puțin cei mai sofisticăți roboți autonomi să poată avea un statut de persoană electronică responsabilă pentru repararea prejudiciilor pe care le cauzează și să poată fi aplicată eventual personalitatea electronică în cazurile în care roboții iau decizii autonome sau interacționează independent, în alt fel, cu terți.

Dacă inteligența artificială va ajunge la asemenea complexitate, desigur că se va impune și o schimbare legislativă. Regimul lor juridic și statutul unor asemenea entități vor trebui clarificate: iată, se prefigurează deja ideea de personalitate electronică!

g) introducerea unui instrument potrivit pentru consumatorii care doresc să întenteze o acțiune în pretenții colectivă ca urmare a daunelor suferite din cauza funcționării defectuoase a mașinilor inteligente împotriva companiilor producătoare responsabile.

Desigur că, atunci când un anumit prototip de robot creează daune în lanț mai multor persoane, o acțiune colectivă ar putea fi mai lesne de judecat, iar o îndreptare a situației părților reclamante ar fi mai rapidă și mai eficientă.

Toate aceste prevederi din materia răspunderii ne ajută să înțelegem locul și rolul inteligenței artificiale în materia drepturilor intelectuale. Chiar dacă – așa cum am observat – deja se prefigurează ideea că roboții vor putea avea propria personalitate electronică, este incert dacă totuși ei vor putea să fie autori de creație pe deplin, în mod independent de gândirea și acțiunea factorului uman.

În sprijinul acestei idei, vom aduce argumente jurisprudențiale.

Din analiza cazuisticii Curții de Justiție a Uniunii Europene reiese faptul că încadrarea produselor realizate de inteligența artificială ca lucrări, opere, invenții depinde de existența forțelor creatoare și de modalitatea de materializare a acestora într-o formă finală.

În acest caz, în conformitate cu ceea ce a statuat Curtea Europeană în cauza Painer, putem delimita trei etape aferente procesului de creație în care inteligența artificială aduce o contribuție substanțială, și anume: conceptul, execuția și finalizarea.

Desigur că deși IA are o sarcină semnificativă în etapa de execuție, rolul autorilor de natură umană în etapa de concepție rămâne esențial. Mai mult decât atât, factorul uman va fi prezent în mod vădit și în etapa finalizării.

În urma unei analize regăsite în doctrina de specialitate¹¹, se poate observa faptul că liberul arbitru inerent ființelor umane, spre deosebire de alte entități non-umane, este motorul creativității. Cât timp factorul uman este prezent în procesul de realizare a lucrării creative, în special prin expresia liberului arbitru, lucrarea rezultată în urma acestui proces va întruni criteriile necesare pentru a cădea sub incidența legislației aferente drepturilor de autor¹².

Concluzii

Apreciem că este foarte posibil ca în viitor roboții să fie atât de performanți și de creativi încât să preia total îndeletnicirile umane și poate chiar pe cele artistice. Însă până în acel moment, regulile „clasice” își au locul lor în marea „operă juridică” a drepturilor de proprietate intelectuală și a răspunderii civile.

Este destul de dificil de anticipat când și dacă entitățile dotate cu inteligență artificială vor putea fi autoare de creație intelectuală ori dacă vor răspunde din punct de vedere civil. Deși ideea de „personalitate electronică” duce cu gândul la independență, este cale lungă până la creație și răspundere.

Deocamdată, putem constata că tot ființa umană este cea ținută să răspundă atunci când va *crea* prejudicii sau când doar va *crea*.

Totuși, tehnologia a avansat chiar și pe plan „intelectual”. În anul 2016, un grup format din cercetători a prezentat un tablou denumit „The next Rembrandt” - generat de un computer care studiasse în prealabil mii de lucrări realizate de însuși marele pictor. Același an a marcat succesul unui program japonez: un roman scurt scris de către acesta a ajuns în a doua rundă a unui concurs literar. În anul 2017, Google a pornit finanțarea unui program privind crearea unei inteligențe artificiale, ce are ca scop scrierea articolelor de știri locale¹³.

Concluzionând, noua tehnologie este importantă și benefică omenirii, fiind o sursă de ajutor în multe domenii. Este interesant de analizat și de observat fiecare nou pas și este de dorit ca sprijinul pe care ni-l dă tehnica să fie substanțial și din ce în ce mai performant, cu limite însă.

Așadar, până vom ajunge la acest ideal, în care roboții să poată prelua atribuțiile și acțiunile omenești întocmai, nu putem decât să constatăm că ființele umane rămân răspunzătoare pentru prejudiciile create de IA.

¹¹ Manolea D., *Drepturile de autor în contextul utilizării Inteligenței Artificiale*, 2021 - <https://www.universuljuridic.ro/drepturile-de-autor-in-contextul-utilizarii-inteligenței-artificiale/#f3>.

¹² *Ibidem*.

¹³ Manolea D., *Drepturile de autor în contextul utilizării Inteligenței Artificiale*, 2021 - <https://www.universuljuridic.ro/drepturile-de-autor-in-contextul-utilizarii-inteligenței-artificiale/#f3>.

Având în vedere că totul este într-o continuă schimbare și perfecționare, considerăm că studiul acestei teme va fi mereu o preocupare demnă de atenție.

BIBLIOGRAFIE

- Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene - proclamată de către Comisia Europeană, Parlamentul European și Consiliul Uniunii Europene la data de 7 decembrie 2000;
- Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, în vigoare de la 01 ianuarie 1958;
- Legea nr. 202 din 13 noiembrie 2000 privind unele măsuri pentru asigurarea respectării drepturilor de proprietate intelectuală în cadrul operațiunilor de vânzare, publicată în Monitorul Oficial nr. 588 din 21 noiembrie 2000, actualizată;
- Raportul Parlamentului European, conținând recomandări adresate Comisiei referitoare la normele de drept civil privind robotica, emis pe 27.1.2017;
- Codul Civil al României, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 409 din 10 iunie 2011, actualizat;
- Legea nr. 8 din 14 martie 1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, publicată în Monitorul Oficial nr. 489, din 14 iunie 2018, actualizată;
- Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2020/1209 al Comisiei, din 13 august 2020;
- Lăcrița N., *Legea trebuie interpretată și aplicată atât în litera, cât și în spiritul ei*, 2021 - <https://www.juridice.ro/717834/legea-trebuie-interpretata-si-aplicata-atat-in-litera-cat-si-in-spiritul-ei.html>;
- Manolea D., *Drepturile de autor în contextul utilizării Inteligenței Artificiale*, 2021 - <https://www.universuljuridic.ro/drepturile-de-autor-in-contextul-utilizarii-inteligentei-artificiale/#f3>;
- <https://booknation.ro/citate-despre-inteligenta/>;
- https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_RO.html;
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EL>.

ASPECTE RELEVANTE PRIVIND REGIMUL JURIDIC AL SOCIETĂȚILOR CU RĂSPUNDERE LIMITATĂ ÎN FRANȚA

*Studentă Ionela-Adriana NOVAC
Facultatea de Drept
Universitatea din Craiova*

Abstract

This article analyses the way in which the limited liability company is treated in the French legal system and, at the same time, aims to draw attention to some current inconveniences of the legal regime of such a company in Romania.

Concepts such as the administrator, the limited liability company with a single partner, the decisions of the general meeting and the conflict of interest within such a company are discussed in the rows below.

Keywords: *Corporate Law, France, Romania, limited liability company, French legal system, administrator, partners.*

Introducere

Societățile cu răspundere limitată există încă din anul 1925 atunci când s-a dorit crearea unui regim asemănător societăților pe acțiuni – în care răspunderea acționarilor se limitează la aportul adus în societate – și în cazul unor întreprinderi mici și mijlocii, cum sunt cele de familie, în care caracterul „*intuitu persoane*” este mult mai prezent.

Cu trecerea timpului, rolul și importanța societăților cu răspundere limitată a crescut, astfel încât, astăzi, în sistemul juridic francez, există o „bătălie” între societățile cu răspundere limitată și societățile pe acțiune, având drept consecință o marginalizare a celorlalte tipuri de societăți. Aceasta „bătălie” apărută între cele două tipuri de societăți nu este deloc întâmplătoare, ci este rezultatul diferitelor avantaje, dar și dezavantaje pe care amândouă le prezintă, într-un mod echilibrat.

Izvorul de drept care reglementează societățile cu răspundere limitată este Codul Comercial francez.

Prezentul articol își propune o trecere în revistă a principalelor aspecte privind regimul societăților cu răspundere limitată în sistemul legislativ francez, dorind, în același timp, să sublinieze inconsecvența regimului juridic al unui SRL în legislația română.

În cele ce urmează, vom analiza cu precădere regimul societăților cu răspundere limitată cu mai mulți asociați, urmând a ne apleca și asupra societăților cu răspundere limitată cu unic asociat.

1. Societatea cu răspundere limitată cu mai mulți asociați (SARL)

Art. L223-1 din Codul Comercial francez definește societățile cu răspundere limitată ca fiind acele societăți constituite de către una sau mai multe persoane în cadrul cărora asociații nu răspund pentru pierderi decât în limita cuantumului aporiturilor sale¹. Organele sociale ale SARL sunt: asociații și administratorii, cenzorul nefiind considerat un veritabil organ social al unei astfel de societăți.

1.1. Numărul asociaților

Încă de la început, legiuitorul francez ne familiarizează cu două aspecte primordiale legate de societățile cu răspundere limitată, anume numărul minim și numărul maxim de asociați ce pot constitui un SARL.

Astfel, o societate cu răspundere limitată poate să fie constituită și de către o singură persoană, purtând denumirea de EURL (*Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée*) cu privire la care ne vom referi în rândurile de mai jos.

Numărul maxim de asociați este 100, iar așa cum precizează și art. L 223-3 din Codul comercial francez² în cazul în care numărul de asociați depășește 100, societatea se va dizolva într-un termen de un an.

Însă, pentru a proteja circuitul civil și pentru a sublinia importanța unor astfel de subiecți de drept în viața și în economia unei țări, legiuitorul francez a permis înlăturarea sancțiunii dizolvării prin așa-numita procedura de regularizare care presupune că, dacă înăuntrul acestui termen de un an, numărul de asociați devine egal sau mai mic de 100 ori societatea face obiectul procedurii de transformare, nu va interveni sancțiunea dizolvării³.

1.2. Dobândirea calității de asociat

Calitatea de asociat într-o societate cu răspundere limitată o poate avea orice persoană care deține capacitatea civilă. Așadar, chiar și un minor emancipat poate

¹ Code de Commerce, art. L 223-1: „La société à responsabilité limitée est instituée par une ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports..”.

² Code de Commerce, art. L 223-3: „ Le nombre des associés d'une société à responsabilité limitée ne peut être supérieur à cent. Si la société vient à comprendre plus de cent associés, elle est dissoute au terme d'un délai d'un an à moins que, pendant ce délai, le nombre des associés soit devenu égal ou inférieur à cent ou que la société ait fait l'objet d'une transformation”.

³ Spre deosebire de art. 12 din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale care prevede: „În societatea cu răspundere limitată, numărul asociaților nu poate fi mai mare de 50”.

avea calitatea de asociat într-o societatea cu răspundere limitată⁴. Această calitate poate să fie dobândită prin intermediul a trei modalități, anume: fie prin subscrierea de părți sociale, fie prin cesiunea părților sociale ori pe cale succesorală.

Cu privire la prima modalitate, respectiv dobândirea calității de asociat prin subscrierea părților sociale, legea prevede două posibilități, anume fie realizarea subscrierii la momentul constituirii societății, fie în cursul funcționării acesteia, atunci când statutul său se modifică. De menționat că în cadrul unei societăți cu răspundere limitată, legiuitorul francez a permis reglementarea tuturor categoriilor de aport – în natură, în numerar și în industrie – dat fiind și prevederile art. L 223-7 alin. (2) care vin să confirme cele menționate mai sus, întrucât prevăd posibilitatea ca, acolo unde este cazul, să se prevadă în actul constitutiv termenii și condițiile în care se pot subscrie părți sociale industriale⁵.

Referitor la dobândirea calității de asociat prin cesionarea de părți sociale, Codul comercial francez a reglementat trei situații, în funcție de calitatea persoanei cesionarului. Astfel, în cazul în care cesionarul este un asociat, soțul sau are calitatea de ascendent sau descendent al asociatului cedent, art. L 223-13 alin. (1) prevede posibilitatea de a cesiona, fără a urma o anumită procedură⁶. Cu toate acestea, art. L 223-16 dispune în favoarea asociațiilor, posibilitatea prevederii unei clauze de agreement și pentru acest tip de cesiune, însă aceasta trebuie să fie expres prevăzută în statut⁷. În cazul în care este prevăzută, se va urma întocmai procedura cesiunii părților sociale către o terță persoană.

Cu privire la cesiunea părților sociale către un cesionar ce are calitatea de terț față de societatea, legea prevede obligativitatea respectării procedurii clauzei de agreement.

Art. L 223-14 prevede că procedura începe printr-o notificare ce se adresează deopotrivă societății și tuturor asociațiilor în parte, o notificare scrisă prin care li se aduce la cunoștință dorința de a-și cesiona părțile sociale către o terță persoană, sub sancțiunea nulității cesiunii.

Într-un termen de 3 luni de la momentul primirii respectivei notificări, societatea trebuie să-și facă cunoscută hotărârea. Hotărârea se adoptă în urma unei deliberări colective, adoptată de asociații care reprezintă cel puțin o jumătate din numărul părților sociale, dacă prin statut nu se prevede o altă majoritate, cu condiția să fie mai puternică. Dacă societatea nu-și face cunoscută hotărârea, atunci se prezumă absolut că cesiunea a fost aprobată. Dacă însă cesiunea nu este aprobată, atunci asociații sunt obligați, într-un nou termen de trei zile, ce poate să fie prelungit în

⁴ J.-F. Hamelin, *Droit spécial des sociétés*, cours universitaire, susținut în anul 2022/2023 la Université de Bourgogne, Dijon.

⁵ Code de commerce, art. L 223-7 alin. (2): „*le cas échéant, les statuts déterminent les modalités selon les quelles peuvent être souscrites des parts sociales en industrie*”.

⁶ Code de commerce, art. L 223-13 alin. (1): „*Les parts sociales sont librement transmissibles par voie de succession ou en cas de liquidation de communauté de biens entre époux et librement cessibles entre conjoints et entre ascendants et descendants*.”

⁷ Code de commerce, art. L 223-16 alin. (2): „*Si les statuts contiennent une clause limitant la cessibilité, les dispositions de l'article L. 223-14 sont applicables. Toutefois, les statuts peuvent, dans ce cas, réduire la majorité ou abrégé les délais prévus audit article*.”

instanță, să dobândească sau să facă dobândirea părților sociale la un preț stabilit de expert.

Cu privire la dobândirea calității de asociat prin succesiune, legiuitorul francez a prevăzut prin intermediul dispozițiilor art. L 223-13 că părțile sociale sunt liber transmisibile pe cale succesorală sau în caz de lichidare a comunității de bunuri între soți. Cu toate acestea, se poate prevedea în statut o clauză de agrement care va trebui să urmeze procedura detaliată anterior.

Statutul poate prevedea, de asemenea, o clauză de continuare, respectiv să prevadă mențiunea că societatea va continua, în caz de deces al unui asociat, cu asociații supraviețuitori. Totodată, statutul poate prevedea că va dobândi calitatea de asociat soțul supraviețuitor, unul sau mai mulți moștenitori sau anumite persoane autorizate de statut sau prevăzute prin dispozițiile testamentare, dar autorizate prin statut. În toate cazurile în care moștenitorii asociatului decedat nu dobândesc calitatea de asociat, ei vor dobândi un drept de creanță, respectiv vor deveni creditorii ai societății⁸.

A se observa că societatea nu se dizolvă ca urmare a decesului unuia dintre asociat, însă în cazul în care s-ar dori acest lucru, ar trebui menționat expres prin statut, așa cum prevede și art. L 223-41 alin. (2) din Codul comercial francez⁹.

1.3. Pierderea calității de asociat

În ceea ce privește pierderea calității de asociat, legea nu reglementează modurile în care un asociat își poate pierde calitatea, de aceea pentru a vedea modul în care această pierdere operează ne vom raporta la dreptul comun al societăților. Astfel, un asociat poate să se retrage în mod voluntar dintr-un SARL, caz în care își va transfera toate părțile sale sociale, sau poate să fie exclus ca urmare a unei decizii a instanței judecătorești. Excluderea asociatului dintr-un SARL este o creație a jurisprudenței.

1.4. Adunările generale ale asociațiilor și deciziile colective

Un subiect special pe care trebuie să îl abordăm în acest articol, sunt așa-numitele decizii colective, adoptate în cadrul adunărilor generale ale asociațiilor. Referitor la aceste adunări, art. L 223-28 prevede că fiecare asociat are un drept de a participa la luarea deciziilor și are un număr de voturi egal cu numărul de părți sociale pe care le deține¹⁰. Orice clauză contrară prevăzută în statut este considerată nescrisă.

⁸ J.-F. Hamelin, *Droit spécial des sociétés*, cours universitaire, susținut în anul 2022/2023 la Université de Bourgogne, Dijon.

⁹ Code de commerce, art. L 223-41 alin. (2): „*Elle n'est pas non plus dissoute par le décès d'un associé, sauf stipulation contraire des statuts*”.

¹⁰ Code de commerce, art. L 223-28 alin. (1): „*chaque associé a droit de participer aux décisions et dispose d'un nombre de voix égal à celui des parts sociales qu'il possède*”.

Trebuie să menționăm că aceste drepturi ale asociatului sunt înzestrate cu un puternic caracter personal, întrucât tot art. L 223-28 din Codul comercial francez prevede persoanele ce îl pot reprezenta pe asociat în cadrul adoptării deciziilor colective, anume asociatul poate să fie reprezentat de către soțul său, însă numai cu condiția ca societatea să nu fie compusă numai din aceștia doi. Tot astfel, un asociat poate să fie reprezentat de un alt asociat, condiția menționată mai sus în cazul reprezentării unui asociat de către soțul său, rămânând valabilă. Cu privire la terțele persoane, acestea pot reprezenta asociatul la adoptarea deciziilor colective numai dacă statutul permite acest lucru.

Nu în ultimul rând, asociatul nu poate să cedeze în parte dreptul său la vot, în sensul de a-l împărți cu o altă persoană, transferul acestui drept trebuind să fie totală.

Deciziile colective sunt adoptate în adunarea generală a asociaților, însă pot exista și excepții de la caz la caz.

Asociații sunt convocați, în scris, prin scrisoare recomandată, cu cel puțin 15 zile înainte de adunarea generală, fiindu-le astfel comunicată ordinea de zi, cu excepția cazului în care asociații și-au exercitat dreptul la intervenție. Mai mult, așa cum prevede și art. L 223-20 din Codul comercial francez, asociații pot fi convocați și electronic, însă pentru ca acest lucru să fie posibil, trebuie să existe în prealabil acordul scris al fiecărui asociat¹¹.

Art. L 223-29 din Codul comercial francez prevede că deciziile colective sunt adoptate, de regulă, cu majoritatea simplă a părților sociale. În cazul în care nu se îndeplinește cvorumul, pentru a doua convocare, este suficient numărul de voturi exprimate, mai puțin important fiind numărul de asociați care au votat.

Cu toate acestea, art. L 223-30 din Codul comercial francez menționează că pentru acele decizii care au ca scop modificarea statutului, legea prevede majoritatea calificată, însă și în acest caz, cvorumul depinde de cum societatea a fost înființată înainte sau după adoptarea Legii din 2 august 2005. Dacă societatea a fost înființată înainte de acest moment, majoritatea este de trei sferturi din numărul părților sociale, statutul putând prevedea o majoritate mai mică.

Dacă însă, societatea a fost înființată după data de 2 august 2005, majoritatea este de două treimi din numărul părților sociale deținute de asociați prezenți sau reprezentați, statutul putând prevedea și o majoritate mai mare, fără a se putea stipula unanimitatea. Însă, indiferent de majoritate, trebuie să fie respectat un cvorum de un sfert din părțile sociale cu privire la prima convocare și o cincime referitor la a doua convocare¹².

În cazul nerespectării acestor dispoziții legale, art. L 223-29 coroborat cu art. L 223-30 din Codul comercial francez prevăd că deciziile sunt anulabile la cererea oricărei persoane interesate.

¹¹ J.-F. Hamelin, *Droit spécial des sociétés*, cours universitaire, susținut în anul 2022/2023 la Université de Bourgogne, Dijon.

¹² J.-F. Hamelin, *Droit spécial des sociétés*, cours universitaire, susținut în anul 2022/2023 la Université de Bourgogne, Dijon.

1.5. Administratorul – noțiuni generale

Referitor la administrator, art. L 223-18 alin. (1) din Codul comercial francez prevede în mod expres că această calitate o poate avea doar o persoană fizică, indiferent dacă are sau nu calitatea de asociat în respectiva societate¹³.

Relevant în analizarea administratorului sunt reglementările referitoare la puterile conferite acestuia, însă ne vom raporta pe scurt, în cele ce urmează, și cu privire la durata funcției și la modul de numire a acestuia.

Astfel, funcția administratorului, de principiu, durează atât timp cât există și societatea, însă prin prevederile statutare se poate dispune și altfel, respectiv ca funcția administratorului să aibă un caracter determinat.

Numirea administratorului se poate face fie în momentul constituirii societății, atunci când se prevede în statut sau printr-un act separat, persoana sau persoanele care vor deține această funcție, fie în cursul vieții societății, atunci când decizia va fi adoptată de asociați printr-o majoritate simplă.

Interesant este art. L 223-27 alin. (8) din Codul comercial francez care prevede că în cazul în care o societatea se găsește în situația de a nu avea un administrator, cenzorul sau oricare asociat poate convoca adunarea generală a asociaților ce va avea ca și unic scop numirea unuia sau a mai multor administratori¹⁴.

1.6. Puterile administratorului

Ne vom îndrepta atenția în cele ce urmează asupra funcțiilor cu care este înzestrat administratorului și modul de repartizare a acestora în cazul în care ne aflăm în prezența unui SARL cu mai mulți administratori.

Art. L 223-18 alin. (4) din Codul Comercial francez prevede că referitor la raporturile cu asociații, puterile administratorului sunt stabilite prin statut, iar în lipsa acestor prevederi art. L 221-4 din Codul comercial francez dispune că administratorul poate efectua toate actele ce intră în sfera interesului societății. Prin urmare, pentru deciziile prin care s-ar depăși interesul societății, va fi nevoie de o decizia a asociaților, administratorul nefiind competent.

Cu privire la raporturile cu terții, administratorul poate acționa în toate împrejurările ce se pot ivi, cu excepția celor care sunt atribuite de lege exclusiv în sarcina asociaților. Mai mult, societatea va fi ținută să respecte obligațiile asumate prin contractele încheiate de administrator cu terții, contracte care exced obiectul social.

¹³ Code de commerce, art. L 223-18 alin. (1): „*La société à responsabilité limitée est gérée par une ou plusieurs personnes physiques*”.

¹⁴ Code de commerce, art. L 223-27 alin. (8): „*Si, pour quelque cause que ce soit, la société se trouve dépourvue de gérant ou si le gérant unique est placée en tutelle, le commissaire aux comptes ou tout associé convoque l'assemblée des associés à seule fin de procéder, le cas échéant, à la révocation du gérant unique et, dans tous les cas, à la désignation d'un ou de plusieurs gérants. Cette convocation a lieu dans les formes et délais prévus par décret en Conseil d'Etat*”.

Bineînțeles, societatea va putea face dovada faptului că terțul a cunoscut că administratorul își depășește atribuțiile conferite sau ca nu acționează în scopul social, însă simpla invocare a publicării actului constitutiv nu este de natură a reprezenta o excepție de la regulă. Mai mult, clauzele prevăzute în statut prin care se limitează puterile administratorului sunt inopozabile terților, chiar și acelor de rea-credință.

În caz de pluralitate de administratori, raportat la ordinea internă, dacă nu s-a procedat la delimitarea puterilor prin statut, fiecare administrator poate exercita puterile prevăzute mai sus, sub rezerva posibilității oricărui de a interveni și de a se opune înaintea încheierii unei tranzacții.

Cu privire la raporturile cu terții, fiecare administrator poate angaja societatea în raporturi juridice ca și cum ar fi singurul administrator. Cu toate acestea, art. L 223-18 alin. (7) din Codul comercial francez, opoziția unui administrator față de actele pe care urmează să le încheie alt administrator cu un terț nu îi sunt opozabile acestuia din urmă, cu excepția cazului în care se face dovada că terțul cunoștea despre existența acestei opoziții¹⁵.

Dacă puterile administratorilor au fost delimitate prin statut, această clauză de limitare a puterilor nu este opozabilă terților.

1.7. Remunerația administratorului

Remunerația administratorului unei SARL poate să fie stabilită prin statut sau, ulterior, prin adoptarea unei decizii colective, decizie ce trebuie să fie luată în mod regulat, și i se cuvine până în momentul în care intervine o decizie colectivă de revocare a sa din funcție, indiferent de motivul revocării.

Administratorul poate să fie și angajat al societății, respectiv să fie ținut printr-un contract de muncă. Pentru aceasta, însă, trebuie să îndeplinească cumulativ trei condiții: contractul de muncă al salariatului trebuie să corespundă muncii pe care o prestează în mod efectiv, să existe o delimitare clară între atribuțiile stabilite în contractul de muncă și cele ce implică funcția de administrator, să existe o subordonare, adică administratorul să nu fie asociatul majoritar¹⁶.

1.8. Revocarea administratorului

Art. L 223-25 din Codul comercial francez prevede că administratorul poate să fie revocat printr-o decizie colectivă adoptată cu aceeași majoritate precum numirea sa în funcție sau cu o majoritate mai mare dacă se prevede astfel prin statut. În cazul în care revocarea este nejustificată, administratorul nu are dreptul decât la a pretinde daune-interese. Prin urmare, nu poate anula decizia de revocare.

¹⁵ Code de commerce, art. L 223-18 alin. (7): „Encas de pluralité de gérants, ceux-ci détiennent séparément les pouvoirs prévus au présent article. L'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre gérant est sans effet à l'égard des tiers, à moins qu'il ne soit établi qu'il se non teu connaissance”.

¹⁶ J.-F. Hamelin, *Droit spécial des sociétés*, cours universitaire, susținut în anul 2022/2023 la Université de Bourgogne, Dijon.

Totodată, administratorul poate să fie revocat și pe cale judiciară, pentru cauze legitime, serioase, aceasta fiind, de asemenea, o creație a jurisprudenței instanțelor franceze¹⁷.

1.9. Conflictul de interese în cadrul unui SARL

Având în vedere că în cadrul unei societăți cu răspundere limitată, asociații nu răspund decât în limita aportului lor, legiuitorul francez a reglementat anumite modalități prin care să se poate evita apariția unor astfel de conflicte.

Astfel, în cazul în care se încheie o convenție între o societate și administratorul ei, direct sau prin intermediar, art. L 223-19 alin. (1)¹⁸ prevede că această convenție trebuie să facă obiectul unei așa-numite proceduri de acord reglementat. Tot astfel se întâmplă și în cazul contractelor încheiate de SARL cu o altă societate, cu condiția ca un asociat cu răspundere nelimitată a acesteia din urmă sau administratorul acesteia să fie și asociat sau administrator al SARL.

Art. L 223-21 alin. (1) prevede în mod expres că: *„sub sancțiunea nulității absolute a contractului, administratorilor sau asociaților, alții decât persoanele juridice, le este interzis să contracteze, sub orice formă, împrumuturi de la societate, să obțină consimțământul acesteia un descoperit de cont, în cont curent sau în caz contrar, precum și pentru ca acesta să garanteze sau să aprobe angajamentele lor față de terți.”*¹⁹ Interdicția se raportează și la soțul, ascendenții sau descendenții administratorului sau asociatului.

În cazul în care societatea cu răspundere limitată are un singur asociat și se încheie un contract cu acesta, contractul nu se menționează decât în registrul de hotărâri, așa cum prevede și art. L 223-19 alin. (3) din Codul comercial francez.

Sancțiunea nerespectării dispozițiilor în materie de conflict de interese nu este nulitatea, ci se va angaja răspunderea persoanelor ce se fac vinovate de producerea prejudiciilor în dauna societății – art. L 223-19 alin. (4) din Codul comercial francez.

¹⁷ Code de commerce, art. L 223-25: *„Le gérant peut être révoqué par décision des associés dans les conditions de l'article L. 223-29, à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte. Si la révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à des dommages et intérêts. En outre, le gérant est révocable par les tribunaux pour cause légitime, à la demande de tout associé.”*

¹⁸ Code de commerce, art. L 223-19 alin. (1): *„Legérant ou, s'il n'existe un, le commissaire aux comptes, présente à l'assemblée ou joint aux documents communiqués aux associés en cas de consultation écrite, un rapport sur les conventions intervenues directement ou par personnes interposées entre la société et l'un de ses gérants ou associés. L'assemblée statue sur ce rapport. Le gérant ou l'associé intéressé ne peut prendre part au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.”*

¹⁹ Code de commerce, art. L 223-21 alin. (1): *„A peine de nullité du contrat, il est interdit aux gérants sous sociétés autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts sauprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers. Cette interdiction s'applique aux représentants légaux des personnes morales associées.”*

1.10. Dizolvarea societății cu răspundere limitată cu mai mulți asociați

Nu în ultimul rând, pentru dizolvarea unei societăți cu răspundere limitată, se vor aplica regulile din materia dreptului comun al societăților.

Astfel, dizolvarea societăților comerciale intervine atunci când: societatea ajunge la termen prin împlinirea acestuia sau stingerea/realizarea obiectului său de activitate, ca urmare a unei decizii a asociaților, atunci când societatea este dizolvată pe cale judiciară pentru motive temeinice, există o clauză statutară cu privire la dizolvare, a intervenit nulitatea contractului de societate sau pentru orice alte cauză prevăzută de lege²⁰.

2. Societatea cu răspundere limitată cu unic asociat (EURL)

Până nu de curând, societatea cu răspundere limitată cu unic asociat era susceptibilă de mai multe restricții, printre care se număra și cea potrivit căreia o persoană nu poate avea calitatea de unic asociat în cadrul mai multor societăți cu răspundere limitată cu unic asociat.

Mai mult, până la abrogarea art. L 223-5 din Codul comercial francez prin Ordonanța din 31 iulie 2014, acesta prevedea imposibilitatea ca un EURL să fie asociat unic al altui EURL.

Specific acestui tip de societate, asociatul unic deține toate prerogativele adunării generale ale asociatului, regulile privind convocarea, cvorumul și majoritatea nu își mai găsesc aplicabilitate.

De asemenea, toate hotărârile pe care acesta le adoptă trebuie să fie înscrise într-un registru special pentru a îndeplini condiția opozabilității față de terți.

În cazul în care asociatul unic este și administratorul societății, acesta trebuie să fie atent pentru a nu confunda bunurile societății cu bunurile sale proprii²¹.

Toate celelalte aspecte privitoare la societățile cu răspundere limitată cu mai mulți asociați, care nu sunt incompatibile cu regimul juridic al EURL, se aplică deopotrivă și acestui tip de societate.

Concluzie

Societățile cu răspundere limitată, chiar dacă au apărut în societatea franceză încă din anul 1925, prezintă și în ziua de astăzi anumite provocări la care legiuitorul trebuie să se adapteze.

Încă de la o primă lectură a prezentului articol, putem observa diferențele dintre regimul juridic al societăților cu răspundere limitată în sistemului francez și regimul juridic al acestora în sistemului român.

²⁰ https://daloz-formation.fr/formations/dissolution-et-liquidation-des-societes-les-etapes-cles-ne-pas-manquer_1227, accesat în data de 02 iunie 2023.

²¹ J.-F. Hamelin, *Droit spécial des sociétés*, cours universitaire, susținut în anul 2022/2023 la Université de Bourgogne, Dijon.

Totodată, putem observa cu ușurință că în momentul redactării prevederilor ce reglementează în domeniul societăților cu răspundere limitată, legiuitorul român a avut, ca sursă principală de inspirație, sistemul francez, aducând însă și câteva modificări.

Rămâne însă de văzut dacă modificările făcute de către legiuitorul român sunt mai favorabile decât reglementările actuale ale sistemul francez, însă un lucru este cert: atât în sistemul francez, cât și în sistemul român, societățile cu răspundere limitată predomină, ceea ce ne demonstrează importanța unor astfel de societăți în economia unui stat.

IMPERATIV ȘI SUPLETIV ÎN CONTEXTUL LIBERTĂȚII CONTRACTUALE ÎN MATERIE SOCIETARĂ

*Student Remus SINCUI
Facultatea de Drept
Universitatea din Craiova*

Abstract

This article analyses the way in which the mandatory and default legal rules restrict the contractual freedom within the Corporate Law. Any restrictions regarding the company, such as the management of company's activity, the decision-making process within it, the transfer of shares, the conditions for its termination etc., actually represents restrictions of the contractual freedom of the stakeholders/founders at the conclusion of the constitutive act of the company. In this regard, the Romanian legislator shows greater flexibility, derogating to a considerable extent from the common Civil Law and creating unique legal situations, in order to ensure a better protection of the corporate interest.

Keywords: *Corporate Law, contractual freedom, mandatory and default rules, corporate interest, constitutive act of the company, Romanian Corporate Law.*

1. Principiul libertății contractuale și limitele sale

Deși în dreptul pozitiv nu regăsim vreo referire sub formă de principiu sau regulă în ceea ce privește autonomia de voință, efectele acestei construcții doctrinare voluntariste¹ reies în mod evident atât din modul de edictare al normelor, cât și din cel al interpretării lor, astfel încât a ajuns ca acest „principiu nescris” să se regăsească implicit la nivel normativ. Acest concept a fost studiat și analizat pentru prima dată de filosofii iluminiști² și se bazează pe ideea că libertatea de voință ține de chiar esența ființei umane, iar că fiecare ființă are libertatea de a se manifesta și întreprinde orice acțiune dorește, atât timp cât prin acestea nu afectează libertatea celorlalți.

¹ Ion Dogaru, Dan Claudiu Dănișor, Nicolae Popa, Sevastian Cercel, *Bazele dreptului civil*, vol. 1, Ed. C. H. Beck, București, 2008, p. 162.

² *Idem*, p. 164.

Din teoria autonomiei de voință apărută la finalul sec. al XIX-lea derivă un principiu mai recent, și anume cel al libertății contractuale. Deși această libertate nu are valoare constituțională în sistemul nostru de drept³, nefiind consacrată expres în actul fundamental, Curtea Constituțională a oferit totuși acesteia următoarea definiție (am putea spune „constituțională”) prin Decizia nr. 365 din 5 iulie 2005: *„libertatea contractuală este posibilitatea recunoscută oricărui subiect de drept de a încheia un contract, în înțelesul de mutuus consensus, de produs al manifestării sale de voință convergentă cu a celeilalte sau celorlalte părți, de a stabili conținutul acestuia și de a-i determina obiectul, dobândind drepturi și asumându-și obligații a căror respectare este obligatorie pentru părțile contractante”*.

Astfel, fără a se confunda cu principiul consensualismului, cu cel al relativității efectelor actului juridic civil ori cu cel al forței obligatorii, libertatea contractuală rămâne o construcție de sine stătătoare⁴, și, conform doctrinei⁵, aceasta se manifestă sub trei forme, și anume libertatea de a încheia sau de a nu încheia contractul, libertatea de a alege partea cu care se încheie contractul și libertatea părților de a stabili conform voinței proprii clauzele contractuale.

Cu toate că libertatea contractuală reprezintă regula și este ocrotită de legiuitor, aceasta este departe de a fi absolută, cunoscând o serie de limitări. Așa cum chiar Codul Civil menționează expres la art. 1169, *„Părțile sunt libere să încheie orice contracte și să determine conținutul acestora, în limitele impuse de lege, de ordinea publică și de bunele moravuri.”*

Astfel, putem observa că pe lângă limitele generale ale ordinii publice și bunelor moravuri, comune tuturor actelor juridice civile, și care nu reprezintă în esență un veritabil control legislativ asupra libertății subiecților de drept⁶, libertatea contractuală, așa cum reiese în mod evident din textul legal anterior citat, este alterată în anumite situații chiar de către legiuitor, care alege să limiteze prin norme imperative ori să suplinească prin norme supletive voința părților.

Așadar, cele mai importante limitări ale autonomiei de voință a subiecților de drept la încheierea contractelor sunt determinate de intervențiile legiuitorului, care a ales să reglementeze în mod imperativ sau supletiv anumite ipoteze și situații.

2. Analiza noțiunilor de imperativ și supletiv

Noțiunile de imperativ și supletiv reprezintă concepte universale, existente în majoritatea sistemelor de drept și care sunt folosite în toate domeniile de reglementare ale dreptului, făcând parte astfel din patrimoniul juridic românesc. Acești termeni au fost amplu dezbătuți și sunt adesea folosiți în doctrină, iar la o primă

³ George Gîrleşteanu, art. *„Valoarea juridică a libertății contractuale în dreptul român și francez*, în Revista de Științe Juridice nr. 3/2006, p. 167.

⁴ Ion Dogaru, Dan Claudiu Dănișor, Nicolae Popa, Sevastian Cercel, *op. cit.*, p. 162-165.

⁵ *Idem*, p. 165.

⁶ *Ibidem*.

vedere pot părea lesne de înțeleș și chiar lipsiți de complexitate. Cu toate acestea, pentru a ajunge în mod real la esența lor sunt necesare câteva precizări.

Doctrina românească⁷ clasifică normele de drept civil, în raport de caracterul conduitei prescrise de către acestea, în norme imperative și norme dispozitive. Alți autori⁸ au raportat această clasificare la criteriul forței obligatorii a normelor și în funcție de cum subiecții raportului juridic pot sau nu deroga de la ele. Ambele criterii sunt deopotrivă corecte și actuale, neexcluzându-se unul pe celălalt. Astfel, normele imperative sunt cele care *atenuează* autonomia de voință a persoanei, cele care *obligă* partea să aibă sau să se abțină de la o anumită conduită fără ca această să poată deroga de la ele. Dimpotrivă, normele dispozitive reprezintă o facultate a părții, *permițând* acesteia să aibă o anumită conduită sau să își stabilească propria conduită, suplinind uneori consimțământul neexprimat sau insuficient exprimat al părții.

Normele imperative se subclasifică în norme onerative și norme prohibitive. Astfel, dimensiunea negativă a normelor imperative este dată de normele prohibitive, care interzic expres o anumită conduită, pe când cele onerative au o dimensiune pozitivă, acestea stabilind expres conduita pe care partea trebuie să o respecte în situația dată. Normele dispozitive, la rândul lor, se subclasifică în norme permissive, anume cele care doar permit (în mod facultativ) părților să aibă o anumită conduită, fără a o impune sau a o interzice, și norme supletive, cele de la care părțile pot deroga, care stabilesc o anumită conduită doar dacă părțile nu și-au exprimat în mod expres o altă voință.

3. Imperativul

Spre deosebire de noțiunea de supletiv, care în limba română este proprie domeniului juridic, cea de imperativ este folosită în vorbirea curentă și în sens general. Astfel, noțiunea de imperativ este înțeleasă și definită în limba română în sens general ca fiind o „*necesitate categorică și necondiționată*”⁹. Se poate observa că sensul general al acestei noțiuni este într-o mare măsură asemănător înțelesului său juridic, însă, cu toate acestea, între cele două există diferențe esențiale, care fac ca acestea să nu se suprapună perfect. Cu titlu de exemplu, o diferență majoră între cele două înțelesuri ale acestei noțiuni este aceea că din definiția literară a acestui substantiv se desprinde ideea că *imperativul* nu ar suporta excepții, lucru care, în sens juridic, nu este corect în toate cazurile; normele legale putând prevedea și anumite situații de excepție, care să fie derogatorii de la norma imperativă.

Prin norme imperative înțelegem acele dispoziții legale pe care persoanele cărora le sunt impuse nu le pot îndepărta de la aplicare prin voința lor. Cu alte cuvinte,

⁷ Gabriel Boroș, Carla Alexandra Anghelescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 11.

⁸ Aspazia Cojocaru, *Drept civil. Partea generală*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 38.

⁹ <https://dexonline.ro/definitie/imperativ> (accesat la data de 17.02.2023).

acestea sunt obligatorii, subiecții de drept trebuind să se conformeze întrutotul conduitei stabilite prin acestea. Din acest motiv, părțile unui act juridic neputându-le îndepărta de la aplicare nici măcar prin consimțământul lor expres și valabil exprimat în acest sens.

Existența acestui tip de norme este justificată de existența anumitor valori sociale deosebit de importante, pe care legiuitorul nu le-ar putea apăra altcumva, în lipsa acestui tip de reglementare. Tocmai datorită importanței sporite pe care o au aceste valori în sistemul de drept, părților le este interzis să dispună de ele.

În doctrina franceză¹⁰ s-a arătat că noțiunea de imperativ poate avea două valențe: o dimensiune pozitivă, atunci când se manifestă sub forma unei conduite obligatorii impuse de legiuitor, precum și o dimensiune negativă, manifestându-se în acest caz sub forma unei interdicții, persoana fiind obligată să se abțină de la conduita prescrisă de normă. Așa cum am amintit anterior, și în doctrina românească¹¹ se face această diferență, însă sub o terminologie ușor diferită celei franceze. Astfel, dispozițiile legale care interzic imperativ un anumit comportament poartă denumirea de norme imperative prohibitive, pe când cele care impun imperativ o anumită conduită se numesc norme imperative onerative.

4. Supletivul

Spre deosebire de normele imperative, care de aplică indiferent și necondiționat de existența unei alte prevederi a părților, cele supletive, dimpotrivă, se aplică doar în cazul tăcerii părților, astfel că o manifestare de voință din partea acestora exclude de la aplicare acest tip de norme. Practic, se poate afirma că dispozițiile supletive țin locul *voinței probabile* a părților contractante, fiind astfel o aplicare a *principiului libertății contractuale*, din moment ce aceste norme nu capătă forță obligatorie decât în absența stipulației contrare din partea părților¹².

În doctrină¹³ s-a formulat și părerea conform căreia, în sensul normelor supletive, tăcerea părților ar putea fi interpretată drept tocmai intenția acestora de a rezolva posibilele situații care ar putea apărea între ele potrivit dispozițiilor legale. Astfel, dacă nicio manifestare de voință nu este exprimată, norma supletivă devine imperativă pentru părți, aplicându-se în acest fel regulile de înlocuire a voinței lor pe care dispoziția respectivă le prevede.

În ceea ce privește normele care reglementează societățile, noțiunea juridică de supletiv corespunde tuturor manifestărilor de voință valabil exprimate care stabilesc relațiile dintre asociați, precum și cele referitoare la desfășurarea activității societății¹⁴.

¹⁰ Laurent Convert, *L'imperatif et le supplétif dans le droit des sociétés*, Ed. L.G.D.J., 2003, p. 39, para. 40.

¹¹ Gabriel Boroș, Carla Alexandra Anghelescu, *op. cit.*, p. 11.

¹² Laurent Convert, *op. cit.*, p. 38-39.

¹³ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. 1, Ed. All Beck, București, 2002, p. 30.

¹⁴ Laurent Convert, *op. cit.*, p. 41-42, par. 43.

5. Particularități ale imperativului și supletivului în materie societară

Legea nr. 31/1990 a societăților (în continuare LS) este alcătuită în cea mai mare parte din norme imperative și supletive, legiuitorul dorind să reglementeze imperativ anumite aspecte deosebit de importante, precum și să stabilească conduita de urmat în unele situații pe care părțile e posibil să nu le fi avut în vedere la momentul încheierii contractului de societate.

Având în vedere că încheierea contractului de societate reprezintă cerința esențială și necesară pentru înființarea oricărei forme societare, în cadrul acestuia stabilindu-se totodată și reguli ce privesc întreaga existență și activitatea acestei persoane juridice, orice limitare imperativă sau supletivă adusă acesteia de către legiuitor reprezintă o limitare a libertății contractuale a asociaților la încheierea contractului de societate.

De remarcat este faptul că, în sfera dreptului societar, aceste tipuri de dispoziții au un specific propriu, diferit și derogatoriu în anumite situații de la dreptul comun. Pentru a ilustra acest aspect se impune analiza câtorva exemple relevante.

În ceea ce privește voința socială, legea specială reglementează în detaliu aspectele esențiale ce țin de materializarea acesteia prin luarea hotărârilor în cadrul adunărilor generale. În acest sens este și art. 119 din Legea nr. 31/1990, care reglementează în mod imperativ condițiile care trebuie respectate pentru convocarea legală a Adunării Generale a Acționarilor (în continuare AGA), stabilind o serie de formalități cu privire la persoanele ce sunt în drept să convoace AGA, precum și la termenele în care acționarii trebuie să se întrunească în urma convocării.

În consecință, nesocotirea acestor condiții imperative face ca hotărârea luată în acest fel să fie lovită de nulitate absolută¹⁵. Cu toate acestea, art. 121 prevede o excepție de la îndeplinirea acestor formalități. Astfel, conform acestui text legal, asociații reprezentând întreg capitalul social vor putea să țină o adunarea generală și să ia orice hotărâre de competența acesteia fără respectarea formalităților cerute pentru convocarea ei, cu condiția ca nici unul dintre ei să nu se opună acestui lucru.

Cu alte cuvinte, în această situație, asociaților li se permite să deroge prin voința lor de la o normă imperativă, cu respectarea unor condiții (respectiv ca aceștia să reprezinte întreg capitalul social și ca nici unul dintre ei să nu se opună). Ne aflăm, așadar, într-o situație de excepție, care nu ar fi permisă în dreptul comun; imposibilitatea de a deroga de la o normă imperativă fiind de însăși esența acestui tip de reglementare.

Pentru a înțelege logica juridică din spatele acestei dispoziții se impune analiza rațiunilor pentru care legiuitorul a înțeles să reglementeze imperativ convocarea adunării generale a acționarilor. Astfel, este evident că prin dispozițiile privitoare la convocare de la art. 119 legiuitorul a avut în vedere ocrotirea intereselor acționarilor,

¹⁵ Lucian Săuleanu, *Societățile comerciale. Adunările generale ale acționarilor*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 30.

pentru ca aceștia să poată fi informați în mod corect cu privire la adunarea generală și la ordinea de zi, în acest fel voința socială putându-se materializa¹⁶. Având în vedere acestea, art. 121 vine ca un drept natural al acționarilor de a renunța și a dispune prin voința lor de o normă instituită tot în beneficiul lor, legiuitorul alegând în această ipoteză să dea sens voinței asociaților, aceasta prevalând chiar în raport de o normă legală imperativă.

Un alt exemplu relevant în ilustrarea specificului acestor norme în materie societară ne este oferit de art. 125 alin. (5) din Legea nr. 31/1990, care derogă de la dreptul comun, înlăturând în această ipoteză efectele nulității absolute a hotărârii luate de adunarea generală a acționarilor. Textul legal prevede cazul de nulitate absolută a hotărârii luate în adunarea generală ca urmare a reprezentării acționarilor de către administratori sau alți funcționari ai societății, stabilind că „*Membrii consiliului de administrație, directorii, respectiv membrii directoratului și ai consiliului de supraveghere, ori funcționarii societății nu îi pot reprezenta pe acționari, sub sancțiunea nulității hotărârii, dacă, fără votul acestora, nu s-ar fi obținut majoritatea cerută.*”

Din interpretarea literală a textului legal citat reiese faptul că hotărârea AGA lovită de nulitate absolută ca act juridic, urmare a încălcării acestei dispoziții, va fi totuși considerată valabilă și va produce efecte specifice, dacă se constată că oricum voturile exprimate cu încălcarea acestei interdicții nu au avut nicio influență la întrunirea cvorumului necesar luării acelei hotărâri¹⁷.

Ne aflăm astfel în prezența unui caz derogatoriu de la dreptul comun, în care legiuitorul alege să păstreze totuși efectele unei hotărâri adoptate cu încălcarea unei dispoziții imperative, care ar determina în mod normal nulitatea absolută a acesteia. Logica juridică a acestei reglementări reiese în mod clar chiar din textul alin. (5), anume că hotărârea respectivă ar fi fost oricum adoptată și în lipsa voturilor exprimate de persoanele enumerate.

Per a contrario, în ipoteza în care hotărârea ar fi declarată nulă, chiar fără ca voturile date de persoanele respective să fi avut puterea de a o influența decisiv, iar hotărârea să fi fost oricum adoptată și în lipsa lor, nimic nu îi oprește pe acționari din a vota o nouă hotărâre identică, de data aceasta cu respectarea normei, astfel că sancțiunea nulității ar fi în această situație lipsită de vreun folos practic și nu ar face decât să încetinească funcționarea societății, luarea deciziilor în adunarea generală fiind un mecanism esențial în acest sens.

Așadar, legiuitorul, în această ipoteză, acordă prioritate interesul practic comun tuturor acționarilor ca societatea să poată lua decizii, asigurându-i-se astfel buna funcționare, în detrimentul aplicării unei sancțiuni care ar deveni, datorită situației concrete descrise, pur formală.

Situațiile prezentate anterior nu reprezintă exemple disparate și întâmplătoare ori „scăpări” ale legiuitorului, ci, dimpotrivă, nu fac decât să contureze viziunea

¹⁶ *Idem*, p. 30.

¹⁷ Lucian Săuleanu, *op. cit.*, p. 330-331.

legislativă avută de acesta în materie societară, alegând în anumite situații să le confere asociațiilor sau acționarilor o mai mare libertate de decizie în scopul ocrotirii bunei funcționări a societății și evitării apariției de eventuale blocaje.

Reprezintă un exemplu concludent în conturarea acestei viziuni și contextul abrogării de către legiuitor a art. 192 alin. (2) din LS prin Legea nr. 265/22.07.2022. Textul prevedea că pentru adoptarea hotărârii AGA având ca obiect modificarea actului constitutiv în societățile cu răspundere limitată este necesar votul tuturor asociațiilor, dacă prin lege sau actul constitutiv nu se prevede altfel.

Astfel, în lipsa unei mențiuni exprese în contractul de societate, hotărârea nu putea fi luată decât cu acordul unanim al asociațiilor. Aplicarea acestei dispoziții a dus în practică la situația apariției *abuzului de minoritate* ori a imposibilității temporare de adoptare unei hotărâri valabile în ipoteza în care asociații, din varii motive, nu se pot întâlni. În aceste cazuri, însăși buna funcționare a societății era periclitată, luarea deciziilor reprezentând mecanismul esențial ce asigură funcționarea oricărei forme societare.

Ca efect al abrogării alin. (2), hotărârile AGA având ca obiect modificarea actului constitutiv pot fi adoptate, precum orice alte hotărâri, cu majoritate absolută, afară bineînțeles de cazul în care asociații au stabilit prin contractul de societate limite mai ridicate sau chiar unanimitatea.

Se ajunge astfel la o situație de excepție, derogatorie de la principiul *mutuus consensus mutuus dissensus* din dreptul civil comun, în care asociații majoritari pot prin acordul lor să modifice în mod valabil contractul de societate, chiar dacă unul sau mai mulți asociați aflați în minoritate se opun.

Legiuitorul, prin derogare de la unul dintre principiile esențiale în materie de contracte civile, dă astfel întâietate interesului social, prevalând în acest caz necesitatea bunei funcționări a societății și evitând în acest fel blocajele care ar fi putut apărea în urma unor rigori precum cele pe care le impunea art. 192 alin. (2) înainte de abrogarea sa.

Concluzionând, observăm că în materia dreptului societar legiuitorul a dat dovadă de o mai mare flexibilitate comparativ cu dreptul comun, sacrificând pe alocuri din rigurozitatea și formalismul acestuia, pentru a ocroti cât mai eficient interesului societății.

DENUNȚ FORMULAT FĂRĂ ÎNCUVIINȚAREA REPREZENTANTULUI LEGAL. CONSECINȚE ASUPRA LEGALITĂȚII SESIZĂRII ORGANELOR DE URMĂRIRE PENALĂ

*Student Andrei IONESCU
Facultatea de Drept
Universitatea din Craiova*

Abstract

The lack of consent of the legal representative of the witness who filed the criminal complaint does not lead to the inherent relative nullity of the complaint, so that the derivative relative nullity of the criminal investigation documents, the exclusion of the evidence administered during the criminal investigation phase or the illegality of the reporting document cannot be questioned either of the court.

Keywords: *criminal complaint, legal representative, witness, criminal prosecution body, absolute nullity, relative nullity, court notification act.*

1. Prin încheierea¹ judecătorului de cameră a fost respinsă excepția de nelegalitate a modului de administrare a probelor, invocată de inculpatul C.D.-F., privind modalitatea administrării probelor în cursul urmăririi penale, a efectuării actelor de către organele de urmărire penală și cea privind constatarea neregularităților întocmirii rechizitoriului.

În baza art. 346 alin. (2) C. pr. pen., s-a constatat legalitatea sesizării instanței cu rechizitoriul nr. 443/P/2022 al Parchetului de pe lângă Judecătoria Târgu Jiu privind inculpatul, C.D.-F., trimis în judecată pentru săvârșirea infracțiunii de viol în formă continuată, faptă prevăzută de art. 218 alin. (1) și alin. (3), lit. a), b) și alin. (3)¹ C. pen. cu aplic. art. 35 alin. (1) C. pen. - 16 acte materiale -.

Ca stare de fapt s-a reținut, în esență, că, în data de 29 ianuarie 2022, organele de cercetare din cadrul Poliției municipiului Târgu Jiu - Biroul de Investigații Criminale au fost sesizate prin denunț de către martora minoră N.M.A., cu privire la faptul că, în perioada 2020 - 2021, persoana vătămată V.M.M., în vârstă de 14 ani, a fost constrânsă să întrețină raporturi sexuale de către verșorul său, inculpatul C.D.-F., major, în locuința acesteia din municipiul Târgu Jiu.

¹ Încheierea penală nr. 166 din 17.05.2022 pronunțată de judecătorul de cameră preliminară din cadrul Judecătoriei Târgu Jiu în dosarul nr. 3629/318/2022/ai, nepublicată.

S-a dispus începerea judecării cauzei privind pe inculpatul C.D.-F.

II. Prin cererile și excepțiile formulate, inculpatul a invocat, printre altele, faptul că sesizarea al organului de urmărire penală, s-a făcut prin denunț, cu încălcarea dispozițiilor art. 290 alin. (2), art. 289 alin. (8) și art. 294 C. pr. pen., din perspectiva faptului că organul de urmărire penală a primit denunțul de la o persoană cu capacitate de exercițiu restrânsă, minoră.

S-a motivat că denunțul este unul dintre modurile de sesizare ale organului de urmărire penală. Acest mod de sesizare este prevăzut la alin. 290 C. pr. pen., iar în cuprinsul textului legal se prevede că se completează cu dispozițiile art. 289 alin. (8) C. pr. pen., sens în se arată că pentru persoana lipsită de capacitatea de exercițiu, plângerea se face de reprezentantul său legal. Persoana cu capacitate de exercițiu restrânsă poate face plângere cu încuviințarea persoanelor prevăzute de legea civilă. În care făptuitorul este persoana care reprezintă legal sau încuviințează actele persoanei vătămate, sesizarea organelor de urmărire penală se face din oficiu. Normele sunt prev. de art. 41 din Codul civil, potrivit cărora „(1) Minorul care a împlinit vârsta de 14 ani are capacitatea de exercițiu restrânsă; (2) Actele juridice ale minorului cu capacitate de exercițiu restrânsă se încheie de către acesta, cu încuviințarea părinților sau, după a tutorelui, iar în cazurile prevăzute de lege, cu autorizarea instanței de tutelă. Încuviințarea sau autorizarea poate fi dată cel mai târziu în momentul încheierii actului”.

Denunțatorul este o persoană cu capacitate de exercițiu restrânsă având în vedere data nașterii și data formulării sesizării 29 ianuarie 2022. În aceste condiții, era obligația organului de urmărire penală de a primi denunțul ca act de sesizare al minorului doar cu încuviințarea părintelui/tutorelui, în caz contrar, fiind incidente dispozițiile privind clasarea prev. de art. 315 alin. (1) lit. a) C. pr. pen. și nu se putea începe urmărirea penală, întrucât nu sunt întrunite condițiile de fond și formă existențiale ale sesizării.

III. Cu privire la acest aspect, judecătorul de cameră preliminară al instanței de prim grad, a reținut că „practica instanțelor este constantă, relevantă fiind decizia penală nr. 652/16.09.2019 a Curții de Apel Iași, Secția penală și pentru cauze cu minori, în care s-a arătat că în cazul infracțiunii de viol încadrată în dispozițiile art. 218 alin. (1), alin. (3) lit. c), f) C. pen. (viol în varianta agravată), cum este cazul în speță, acțiunea penală se pune în mișcare din oficiu, ceea ce s-a și întâmplat în cauză, plângerea persoanei vătămate nefiind o plângere prealabilă, necesară punerii în mișcare a acțiunii penale, ci doar un mijloc de încunoștințare a organelor judiciare cu privire la săvârșirea unei infracțiuni.

În aceeași decizie, s-a arătat că dispozițiile art. 289 alin. (8) C. pr. pen. care se referă la formularea plângerii în cazul persoanei cu capacitate restrânsă de exercițiu cu încuviințarea persoanei prevăzute de lege, nu impun o formă expresă a modalității de încuviințare, cum ar fi de exemplu forma scrisă ori alte elemente

extrinseci, cum ar fi semnătura chiar pe plângerea victimei, din modul de formulare a textului legal instanța de fond reținând că existența consimțământului poate rezulta din orice formă rezonabilă și neechivocă de exprimare a acestuia. În practica judiciară s-a statuat că declarațiile victimei oferite în cursul urmăririi penale prin care indică fapta și autorul acesteia are valoarea unei plângeri penale, câtă vreme rezultă din conținutul formulării dorinței tragerii la răspundere penală a persoanei vinovate.

De asemenea, cu atât mai mult, încuviințarea persoanei prevăzute de lege, în cazul de față a părintelui victimei, poate fi dedusă din orice manifestare de voință rezonabilă, din care să rezulte că se aprobă intenția victimei minore privind tragerea la răspundere penală a persoanei vinovate, iar la fila 97 a d.u.p. se regăsește procesul verbal, privind denunțul făcut de N. M.A. În cazul infracțiunii de viol încadrată în disp. art. 218 alin. (1), alin. (3) lit. c) f) C. pen. (viol în varianta agravată), cum este cazul în speță, acțiunea penală se pune în mișcare din oficiu, plângerea persoanei vătămate nefiind o plângere prealabilă, necesară punerii în mișcare a acțiunii penale, ci doar un mijloc de încunoștințare a organelor judiciare cu privire la săvârșirea unei infracțiuni”.

IV. Împotriva încheierii menționate, a declarat contestație inculpatul, reiterând criticile formulate în fața judecătorului de prim grad, dar și faptul că această hotărâre nu este motivată corespunzător.

Prin încheierea de cameră preliminară nr. 78 din camera de consiliu de la 7 iulie 2022², Tribunalul Gorj a respins contestația. Completul de cameră preliminară de la tribunal, a reținut în legătură cu critica motivării inadecvate a hotărârii atacate, că, în ceea ce privește conținutul hotărârii judecătorești, aceasta trebuie să cuprindă examinarea chestiunilor în fapt și în drept aflate la baza controversii dedusă soluționării. La examinarea chestiunilor în fapt judecătorul întâlnește contestații referitoare la probatoriu, mai exact asupra legalității acestuia - așa cum este cazul în prezenta speță -.

Pentru a fi de calitate, hotărârea judecătorească trebuie percepută de justițiabil și de societate în general drept rezultatul unei aplicări pertinente a regulilor de drept, al unei proceduri echitabile și al unei aprecieri convingătoare a faptelor, fiind executabilă. Justițiabilul va avea atunci convingerea că a fost examinată cauza sa și că a fost soluționată corect și societatea va percepe hotărârea ca pe un factor ce poate restabili pacea socială. Așadar, tribunalul reține că motivarea hotărârilor judecătorești justifică echitatea procesului penal prin dreptul justițiabilului de a fi convins că justiția a fost îndeplinită, respectiv că judecătorul a examinat toate mijloacele procesuale și procedurale propuse de acesta.

Instanța de ultim grad a reținut că, deși, hotărârea atacată nu respectă cerințele expuse, având un caracter eclectic, insistând nejustificat asupra tipicității infracțiunii de viol în formă agravată (este vorba de modalitatea constrângerii, *s.n. A.I.*),

² Nepublicată.

prezentând și alte lacune, acestea nu atrag nulitatea hotărârii, lipsa de acuratețe și structură logico-juridică fiind complinite în calea de atac de către tribunal.

Referitor la chestiunea analizată, tribunalul a reținut - în rezumat - că, dispozițiile referitoare la cuprinsul denunțului, la examinarea sesizării și la începerea urmăririi penale cu privire la faptă sunt plasate sub regimul nulității relative, iar în cauză inculpatul nu a suferit nicio vătămare.

V. Considerăm și noi că soluțiile instanțelor, constituite în complete de cameră preliminară, sunt legale, însă motivarea primului judecător este mai mult decât deficitară, așa cum a reținut cea de-a doua instanță.

În cele ce urmează, ne propunem să detaliem și să nuanțăm, unde este cazul, cele reținute de judecătorii celor două instanțe.

Referitor la cele notate de către judecătorul de cameră preliminară al primei instanțe, apreciem că pentru menținerea rigorii științifice, se impunea citarea corectă a opiniei jurisprudențiale³, pentru a se evita erorile de raționament rezultate din citări parțiale și selective, astfel cum apar în hotărârea supusă cenzurii judiciare.

Lecturând integral decizia invocată, se observă că aceasta se referă la o altă ipoteză, respectiv la plângerea prealabilă a persoanei vătămate în situația infracțiunii de viol și nu la denunțul martorei. Or, așa cum lesne se poate observa ceea ce este criticat de către inculpat prin apărătorul său, este modalitatea de formulare a denunțului, lipsa aptitudinii acestuia de a sesiza organul de urmărire penală dat fiind faptul că acesta a fost formulat de o persoană în vârstă de 14 ani împliniți și nu a fost încuviințat de reprezentantul legal al martorei N.M.A.

Este de domeniul evidenței că în speța ce ne prilejuiește această analiză, nu se poate vorbi ca act de sesizare a plângerii prealabile a persoanei vătămate, ci doar de denunț ca mod de sesizare al organului de urmărire penală, așa încât vom încerca să clarificăm dacă denunțul ce a stat la baza sesizării organelor judiciare este apt să facă acest lucru, și dacă nu, care este consecința informității denunțului analizat, mai exact dacă echivalează cu nulitatea absolută sau relativă a sesizării?

Încercând să răspundem acestei întrebări, considerăm că denunțul trebuie să cuprindă, printre altele, atunci când este formulat de o persoană cu capacitatea de exercițiu restrânsă încuviințarea persoanei prevăzută de legea civilă așa cum statuează dispozițiile art. 289 alin. (8) C. pr. pen. Aceasta este o condiție de formă care se verifică în procedura examinării sesizării și dacă nu este îndeplinită atrage restituirea administrativă, așa cum prevăd dispozițiile art. 294 alin. (2) din același cod. Începerea urmăririi penale cu privire la faptă se dispune numai pe baza unui act de sesizare care îndeplinește condițiile prevăzute de lege.

Nu este mai puțin adevărat că, datele dintr-un denunț inform pot fi valorificate de către organul de urmărire penală în vederea sesizării din oficiu.

³ Disponibilă pe <https://consultantavocat.ro> › *Jurisprudenta*, site consultat astăzi 18 iulie 2022.

Astfel, dacă se găsește în fața unui denunț inform organul de urmărire penală are de ales între două căi: fie restituie denunțul pe cale administrativă, fie încheie un proces-verbal de sesizare din oficiu.

În această ultimă situație, procesul-verbal de sesizare din oficiu ar fi impus începerea urmăririi penale cu privire la faptă, în așa fel încât să nu permită formularea niciunei obiecții.

În speța analizată, contrar dispoziției legale precitate, organul de urmărire penală nu a ales niciuna dintre aceste două ipoteze, ci a dispus începerea urmăririi penale cu privire la faptă pe baza unui denunț care nu a fost încuviințat de reprezentantul legal al denunțatorului minor. Se poate crede, la prima vedere, că această manieră de a proceda a organului judiciar încalcă dispozițiile art. 290 alin. (2) cu referire la art. 289 alin. (8) C. pr. pen., art. 294 alin. (2) și art. 305 alin. (1) C. pr. pen.

Opinăm că dispozițiile referitoare la cuprinsul denunțului, la examinarea sesizării și la începerea urmăririi penale cu privire la faptă sunt plasate sub regimul nulității relative.

Așa fiind, pentru a fi aplicată această sancțiune, este necesar în primul rând ca neregularitatea să cauzeze o vătămare drepturilor inculpatului, care să nu poată fi înlăturată altfel decât prin desființarea actului. Apreciem că începerea urmăririi penale cu privire la faptă, în temeiul unui denunț care nu a fost încuviințat de reprezentantul legal al denunțatorului, nu a adus atingere niciunui drept de care beneficiază inculpatul în procesul penal.

În al doilea rând, actele de urmărire penală și probele din faza de urmărire penală au fost efectuate și administrate de așa manieră încât se poate reține că procedura în ansamblu a fost una echitabilă.

În cele din urmă, o neregularitate a actului de sesizare a organului de urmărire penală așa cum a fost descrisă nu poate afecta legalitatea actului de sesizare a instanței.

Printre aceste trei condiții mai sus notate, pe care nulitatea relativă le implică - existența unei neregularități, existența unei vătămări procesuale și imposibilitatea înlăturării vătămării astfel decât prin desființarea actului - este îndeplinită doar prima. Cum nu sunt îndeplinite celelalte două condiții, opinăm că, în cauză nu se pune problema acestei sancțiuni.

Geometria acestui raționament degajă concluzia potrivit căreia, lipsa încuviințării reprezentantului legal al martorului care a formulat denunțul nu atrage nulitatea relativă proprie a denunțului formulat, așa încât nu poate fi pusă în discuție nici nulitatea relativă derivată a actelor de urmărire penală, excluderea probelor administrate în faza de urmărire penală sau nelegalitatea actului de sesizare al instanței.

Mai mult, în doctrină s-a statuat că însăși lipsa unui act de sesizare nu este susceptibilă să genereze vreo sancțiune pentru actele procedurale și probele administrate ulterior⁴.

⁴ A. Crișu, *Drept procesual penal*, ed. a IV-a, revăzută și actualizată, Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 840.

Totuși, în lumina acestor considerente exhaustive, nu se poate trece cu vederea neglijența organului de urmărire penală, întrucât așa cum statuează Comitetul Organizației Națiunilor Unite pentru Drepturile Copilului „investigarea cazurilor de violență, indiferent că sunt raportate de copil, de un reprezentant sau de o parte externă, trebuie să fie efectuată de profesioniști competenți și necesită o abordare bazată pe drepturile copilului, și adaptată copilului⁵”, mai ales că în speță este vorba de o victimă minoră a infracțiunii de viol în formă agravată și continuată, activitate infracțională ce se presupune că a început când victima avea cca.11 ani.

Apreciem că această rezolvare, dată de jurisprudența notată, nu trebuie și nu poate fi cantonată doar în tiparul juridic intern aplicabil în materie.

Așa cum este bine știut în materia protecției copiilor împotriva exploatării sexuale și abuzurilor sexuale la nivel internațional s-au adoptat o serie de documente internaționale cu caracter obligatoriu sau de recomandare⁶ cum ar fi: Convenția Consiliului Europei pentru protecția copiilor împotriva exploatării sexuale și a abuzurilor sexuale⁷; Convenția privind prevenirea și combaterea violenței a femeilor și a violențelor domestice⁸; Directiva 2011/93/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 13.12.2011 privind combaterea abuzului sexual asupra copiilor, asupra exploatării sexuale a copiilor și a pornografiei infantile și de înlocuire a Deciziei-cadru 2004/68/JAI a Consiliului⁹; Convenția cu privire la drepturile copiilor adoptată de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite¹⁰; convenții care au forță obligatorie conform dreptului internațional în toate statele părți, inclusiv în România.

Toate aceste documente internaționale au ca obiectiv, printre altele, luarea măsurilor legislative sau de altă natură necesare pentru a se asigura că cercetările și procedurile penale se desfășoară în interesul superior al copilului și cu respectarea dreptului acestuia.

Totodată, toate aceste documente internaționale, cu caracter transversal și obligatoriu, prevăd obligația statelor semnatare de a adopta o abordare protectoare de victime, asigurându-se că cercetările și procesele penale nu agravează trauma trăită de copil. Totodată părțile trebuie să se asigure că cercetările și procesele penale sunt soluționate cu prioritate și fără întârzieri nejustificate.

Contextual, mai semnalăm că pe baza acestor documente, CtEDO a dezvoltat de-a lungul timpului o binecunoscută jurisprudență, (de pildă Hotărârea din 15 iunie 2016 în cauza M.G.C. împotriva României, sau cauza M.C. împotriva Bulgariei).

Întrucât aspectele abordate rămân în discuție, considerăm ca binevenite și alte puncte de vedere sau sugestii pe marginea problematicii analizate.

⁵ Este vorba, mai exact, de Comentariul general nr. 13(2011).

⁶ Exemplificăm: Orientările Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei privind justiția în interesul copilului, adoptate la 17 noiembrie 2010; Recomandarea Rec (2002)5 a Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei referitoare la protecția femeilor împotriva violenței.

⁷ Ratificată de România la 28 iunie 2013.

⁸ Semnată de România la 27 iulie 2014.

⁹ Publicată în JO L 335, 17.12.2011.

¹⁰ Ratificată de România la 28 septembrie 1990.

ROLUL ȘI IMPORTANȚA EXPERTIZELOR CRIMINALISTICE ÎN SOLUȚIONAREA CAUZELOR PENALE

Recenzie

Conf. univ. dr. Djulieta VASILOI
Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată, Chișinău

Precizări introductive

Soluționarea proceselor penale, pe bază de probe concludente, pertinente și utile, este dezideratul întregului sistem judiciar în materie penală. Acolo, însă, unde probele sunt obținute prin metode și tehnici științifice, rezultatul nu poate fi decât cel așteptat de către toți „actorii” implicați în soluționarea acelei cauze penale. Chiar dacă nu au o valoare probantă dinainte stabilită, probele obținute în urma efectuării unor expertize criminalistice vor cântări semnificativ în probatoriul ce urmează să fie administrat în cauzele penale. Dar, cauzele penale nu prezintă toate aceleași particularități și, din acest punct de vedere, nici probele obținute nu sunt rezultatul aceluiași tehnici și procedee, dincolo de standardele impuse în această materie.

Scopul declarat al organelor judiciare este găsirea unor mecanisme comune de implementat în cauzele penale, care, dincolo de o standardizare ce le caracterizează pe acestea sub umbrela comună a normelor și principiilor procedurii penale, au proprietăți particulare de a se diferenția substanțial. În aceste coordonate juridice, este fără echivoc faptul că știința criminalisticii a reușit să dezlege „căile întortocheate” ale procedurilor în cauzele penale și să contribuie la aflarea adevărului, nu oricum, ci pe bază de probe științifice.

Doctrina de specialitate a contribuit, de-a lungul anilor, la formularea unor concepte, care au meritul de a contribui la desăvârșirea procesului penal, fără înlăturarea caracterului legal al procedurilor de urmat în această privință. Astfel, nu putem vorbi despre criminalistică, fără să nu abordăm aspectele referitoare la dactiloscopie, balistică, fotografie judiciară, de metode și tehnici științifice, fără să nu amintim de marii doctrinari, care au deschis drumul criminalisticii către știință, cunoaștere și practică. În egală măsură, sunt tratate noțiunile lăsate moștenire profesională de promotorii conceptelor științifice cu aplicabilitate în procesul penal, ca personalități de marcă ale școlii criminalistice române.

Astăzi, rolul de doctrinar al criminalisticii nu a fost dat uitării, ci este susținut de un grup de cercetători, teoreticieni și practicieni, în egală măsură, care au

preluat entuziasmul titanilor acestei științe, cu gândul precis de a continua munca în acest domeniu și de a duce mai departe dezideratele activității judiciare de soluționare a cauzelor penale.

Literatura bogată în domeniul criminalisticii este astăzi o dovadă în plus că această știință și-a ocupat locul bine-meritat în rândul științelor juridice conexe. De-a lungul carierei mele, am studiat foarte multe lucrări din această specialitate, care mi-au format o perspectivă profesională de viitor, pentru care orice jurist se preocupă. Am studiat lucrări științifice de cercetare fundamentală și de ramură, în egală măsură, având ca obiectiv dezvoltarea carierei mele profesionale. În cele din urmă, mi-am aplecat atenția asupra unei lucrări recent elaborate și publicate, care mi-a captivat imediat interesul. Este vorba despre cartea cu titlul „*Teoria generală a expertizelor criminalistice*”, lucrare apărută la Ed. Hamangiu din București, în anul 2021, ce aparține doamnei Delia Magherescu. Am lecturat fiecare pagină, secțiune, capitol, din dorința de a-mi perfectă instituțiile juridice de bază în materia expertizelor criminalistice, precum și a altor instituții procesuale adiacente.

Conținutul lucrării

Lucrarea prezentată este structurată în opt capitole, urmate de o bogată secțiune dedicată practicii judiciare în cauze penale relevante în care au fost administrate rapoarte de expertiză criminalistică, drept mijloace de probă.

Această carte debutează cu un capitol introductiv, în care sunt prezentate argumentele pentru configurarea unor valențe noi în domeniul științei criminalistice, precum și interdependența care s-a stabilit, încă de la începuturi, între această știință și cea a dreptului procesual penal. Autoarea precizează că „Evoluția în timp a activităților judiciare de expertiză criminalistică, venite să sprijine soluționarea legală și temeinică a cauzelor penale, a determinat rolul și locul criminalisticii în rândul științelor juridice, atât fundamentale, cât și de ramură”¹. Este adevărat faptul că atât procesul penal, cât și criminalistica stabilesc unele legături, care fac din cele două științe unele ce se completează reciproc. Astfel, putem spune că procesul penal, în unele situații, este imposibil de soluționat fără contribuția criminalisticii, așa cum criminalistica nu ar putea să-și desăvârșească funcțiile și scopul fără să interfereze cu procesul penal. Din acest punct de vedere, se observă că între cele două există o legătură indisolubilă și, în același timp, indestructibilă.

În partea introductivă sunt expuse câteva teme de interes care converg către importanța criminalisticii în cadrul procesului penal, precum și rolul și locul expertizelor criminalistice în domeniul judiciar de soluționare a cauzelor penale.

În cadrul Capitolului al doilea, sunt prezentate aspecte referitoare la expertizele criminalistice. Dincolo de precizarea noțiunii, obiectului și funcțiilor ce

¹ A se vedea D. Magherescu, *Teoria generală a expertizelor criminalistice*, Ed. Hamangiu, București, 2021, p. 1.

caracterizează această instituție, un rol determinant îl au caracteristicile expertizelor criminalistice. În acest sens, autoarea distinge nu mai puțin de nouă astfel de caracteristici, după cum urmează: *caracterul judiciar*, susținut de procedurile judiciare în cadrul cărora se realizează, *caracterul unitar*, redat de obiectul unic de lucru al expertizelor criminalistice, *caracterul judiciar*, din considerentele pe care le-am expus deja mai sus, *caracterul științific*, caracterizat de folosirea tehnicilor și procedurilor științifice în obținerea rezultatelor dorite. Urmează, apoi, *caracterul interdisciplinar*, explicat prin prisma activității de cercetare la fața locului, precum și a analizelor de laborator ce presupun cunoștințe din mai multe specialități, *caracterul complex* al expertizelor criminalistice, văzut din perspectiva interdisciplinarității acestora, de a folosi cunoștințe din mai multe ramuri de știință, *caracterul exclusiv*, discutat prin faptul că „nicio altă expertiză nu poate să substituie activitatea desfășurată de către expertul criminalist”². În final, este precizat *caracterul obiectiv*, *caracterul organizat* și *caracterul urgent* al expertizelor criminalistice, cu referire la doctrina de specialitate³.

Un accent deosebit se pune pe condițiile de validitate ale expertizelor criminalistice, condiții ce „trebuie dublate de capacitatea organelor judiciare de a aprecia rezultatul conținut în raportul de expertiză”⁴. În planul practicii judiciare, organul judiciar nu are capacitatea profesională de a proceda la aprecierea criteriilor de evaluare a mijloacelor ce au condus la formularea concluziilor de către expertul criminalist, aceasta fiind, de altfel, o activitate tehnică, de specialitate criminalistică⁵. Ci, mai important, din punct de vedere judiciar, este rolul organelor judiciare în cântărirea și aprecierea conținutului concluziilor din rapoartele de expertize criminalistice, din punctul de vedere al pertinentei, concludenței și utilității acestora, cu conotații asupra condiției admisibilității expertizelor criminalistice⁶.

În egală măsură, sunt tratate principiile de bază, care determină obținerea rezultatelor în cadrul activității de expertiză criminalistică, acestea referindu-se, în special, la principiul celerității, principiul operativității, principiul obiectivității, principiul oportunității și principiul confidențialității⁷.

Capitolul al treilea este dedicat caracteristicilor referitoare la expertul criminalist. Sunt abordate, într-o manieră comprehensivă, noțiunile de bază privitoare la cadrul legal în materie, noțiunea și definiția expertului criminalist. În viziunea autoarei, expertul criminalist desfășoară o activitate specifică „în cadrul institutelor publice sau în cadrul laboratoarelor publice ori private de specialitate, ori este expert

² *Idem*, p. 21.

³ A se vedea E. Stancu, *Tratat de criminalistică*, Ed. Actami, București, 2001.

⁴ A se vedea D. Magherescu, *op. cit.*, 2021, p. 25.

⁵ Decizia penală nr. 314/RC/2022 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, disponibilă la adresa <https://www.scj.ro>.

⁶ *Ibidem*.

⁷ A se vedea D. Vasilo, *Criminalistica – un curs universitar adresat studenților facultăților de drept*, Doctrină și Jurisprudență, nr. 3/2019, p. 160-163.

autorizat în condițiile legii, activitate desfășurată în baza principiilor imparțialității și independenței în exprimarea și formularea opiniilor științifice, în cauzele penale în care a fost desemnat de către organul judiciar”⁸. Sunt prezentate condițiile necesare pentru dobândirea și profesarea în calitate de expert criminalist, precum și drepturile și obligațiile acestei categorii de persoane.

O atenție deosebită este acordată obligațiilor deontologice, pe care expertul criminalist trebuie să le respecte pe parcursul desfășurării activității sale profesionale. Astfel, acesta va trebui să respecte probitatea profesiei desfășurate, imparțialitatea, noțiunile referitoare la respectul față de funcția avută, să adopte o cultură normativ-profesională și psihologică adecvate statutului său profesional, de aici decurgând și o serie de interdicții și incompatibilități, pe care legiuitorul le-a reglementat cu privire la calitatea de expert criminalist. În finalul acestui capitol, sunt expuse chestiuni referitoare la răspunderea juridică a expertului criminalist.

Categoriile de expertize criminalistice fac obiectul Capitolului al patrulea al cărții. După prezentarea unei clasificări a expertizelor criminalistice, sunt precizate succint noțiunile de bază ale diferitelor categorii de expertize criminalistice, făcându-se distincție între expertizele propriu-zise, precum și a altor categorii incidentale, precum expertizele medico-legale și expertizele conexe, înțelegând prin aceste din urmă, expertiza osteologică, expertiza entomologică, expertiza antropologică, expertiza odontologică, expertiza izotopică, expertiza geologică, toate acestea având un rol determinant în lămurirea cauzelor penale complexe, așa cum este cazul celor de omor cu cadavru necunoscut.

Capitolul al cincilea este dedicat procedurii de realizare a expertizelor criminalistice. Sunt precizate dispozițiile comune de realizare a expertizelor criminalistice, cu specificarea etapelor în derularea acestora, care se referă la stabilirea obiectivelor de către organele judiciare, punerea la dispoziția experților a materialelor, necesare în vederea realizării expertizelor, precum și fazele de desfășurare a expertizelor. Se face distincția între faza luării contactului expertului criminalist cu mostrele de examinat, faza examinării acestora în vederea obținerii concluziilor aferente și faza în care se aplică metodele tehnico-științifice adecvate. În acest sens, sunt relevante regulile aplicabile în cazul procedurii de efectuare a expertizelor criminalistice din două perspective. În primul rând, este vorba despre procedura efectuării cercetării la fața locului și, în al doilea rând, despre realizarea expertizei de laborator, activități ce sunt completate cu întocmirea raportului de expertiză criminalistică.

Raportul de expertiză criminalistică constituie un mijloc de probă valoros în cursul procesului penal, care va fi administrat de către organele judiciare și apreciat de către instanța de judecată, în baza principiului liberei aprecieri a probelor, la etapa deliberării în cauza în care s-a dispus efectuarea expertizei criminalistice.

⁸ A se vedea D. Magherescu, *op. cit.*, 2021, p. 36.

Capitolul al șaselea este dedicat standardelor specifice de realizare a expertizelor criminalistice. Prin acestea, autoarea impune norme specifice de realizare a expertizelor criminalistice, pe de o parte, iar pe de altă parte, precizează categoriile de personal implicat în efectuarea acestor activități și, nu în ultimul rând, echipamentele și trusele necesare din cadrul laboratoarelor criminalistice, ce sunt folosite de experții criminaliști. De asemenea, sunt prezentate categoriile de substanțe chimice și reactivii necesari a fi întrebuințați la efectuarea activității de expertiză de laborator.

Metodele tehnico-științifică ocupă un loc primordial în cadrul activității de realizare a expertizelor criminalistice. Se face distincția între metodele clasice pe care experții criminaliști le folosesc în rezolvarea obiectivelor trasate de către organele judiciare și metodele moderne, menite să acopere acel deficit de instrumente tehnice care ar apărea în activitatea de obținere a rezultatelor științifice. Dintre metodele clasice, cel mai frecvent întâlnite sunt metoda comparativă, metoda confruntării, metoda suprapunerii. În egală măsură, sunt analizate metodele spectrală, prin luminescență, prin activare cu neutroni, precum și cele fizico-chimice.

Capitolul al șaptelea este dedicat prevederilor procesuale penale, știindu-se faptul că toate metodele și tehnicile științifice, puse la dispoziție de către criminalistică, își găsesc domeniul de aplicabilitate în cadrul procesului penal, ale cărui obiective și scopuri le realizează. Autoarea prezintă aspectele privind propunerea expertizelor criminalistice, astfel: „Având în vedere faptul că obiectul soluționării cauzelor penale este acela al stabilirii existenței sau inexistenței faptei și vinovăției inculpatului, aceste aspecte nu pot fi soluționate decât pe bază de probe concludente, pertinente și utile, iar probele obținute prin intermediul expertizelor criminalistice sunt probe științifice, care îndeplinesc cele trei caracteristici enumerate anterior”⁹.

Administrarea probelor pe baza rapoartelor de expertiză criminalistică ocupă un loc central în arhitectura procesuală penală, de realizarea căreia se leagă alte instituții judiciare, precum aprecierea probelor obținute prin mijloace tehnice ale criminalisticii, care se regăsesc în rapoartele de expertiză criminalistică, precum și soluționarea cauzelor penale pe baza concluziilor prevăzute în aceste mijloace de probă, deliberarea și pronunțarea hotărârilor judecătorești.

Ultimul capitol al primei părți este consacrat expertizelor criminalistice în cauze speciale. Dincolo de elementele cu caracter general, pe care autoarea le invocă în această direcție, sunt detaliate unele aspecte ca specificități ale diferitelor categorii de cauze penale, prin intermediul cărora expertizele criminalistice pot deveni un instrument judiciar ferm de descoperire a infracțiunilor, de identificare a persoanelor care se fac vinovate de săvârșirea acestora, precum și de descoperire a împrejurărilor în care faptele penale au fost săvârșite.

Autoarea explică modul în care se petrec lucrurile în practică, și anume „Cauzele penale, investigate prin instrumente ale criminalisticii, sunt diversificate. Totuși,

⁹ A se vedea D. Magherescu, *op. cit.*, 2021, p. 250.

prezintă importanță pentru lucrarea de față doar acele cauze, care ridică unele controverse în practica de specialitate și pentru care practicianul are o marjă mai mare de creare a unor versiuni, în baza cărora să găsească cea mai bună cale pentru aflarea a cât mai multor date, argumentate științific, cu privire la săvârșirea infracțiunii, la împrejurările în care aceasta a fost săvârșită, precum și la persoana făptuitorului¹⁰. Prin maniera abordată, sunt explicate noțiuni controversate apărute în practica judiciară, pentru care expertul criminalist propune soluții având la bază versiuni pentru realizarea scopului major al procesului penal, anume acela al aflării adevărului, oferind totodată argumente științifice pentru soluțiile avansate.

O atenție specială a fost acordată infracțiunilor de corupție, de omor, de furt, infracțiunilor economico-financiare, infracțiunilor de trafic de opere de artă și obiecte de patrimoniu, precum și infracțiunilor informatice.

În cazul infracțiunilor grave, precum cele de omor, este precizată procedura specifică de investigare. Sunt aduse în discuție cazuri concrete, precum cele de omor cu cadavru neidentificat, ori a celor aflate în stare de descompunere ori cu segmente osoase fragmentate, dar și modalitatea de soluționare a acestora de către organele judiciare¹¹.

Elementele de investigare a infracțiunilor de furt sunt prezentate în circumstanțe speciale, precum cele săvârșite într-un mijloc de transport în comun, în timpul nopții, de către o persoană mascată sau deghizată sau în alte condiții speciale. Alături de procedura standard de urmat în cazul investigării acestor infracțiuni, a fost analizată și procedura în cazuri flagrante cu elementele specifice acestor categorii de infracțiuni.

Infracțiunile economico-financiare au fost mereu în atenția doctrinei criminalistice, datorită numărului mare de cauze penale de acest gen săvârșite, precum și a modului de operare infracțional diversificat pe care infractorii doresc să îl folosească în cazul acestor categorii de infracțiuni. Sunt redată succint infracțiunile din mediul de afaceri, acesta fiind de altfel domeniul cel mai vizat, atunci când vine vorba despre generarea fenomenelor infracționale în diverse arii de activitate, de la cea bancară la cea financiară¹², de la cea fiscală la cea comercială¹³. De asemenea, este explicată conexiune care se stabilește în cadrul criminalității în toate domeniile care presupun administrarea afacerilor, știindu-se faptul că, în astfel de situații, sunt necesare cunoștințe de specialitate în domeniile vizate.

Partea a doua a acestei cărți este dedicată unei culegeri de practică judiciară conținând hotărâri judecătorești pronunțate de către instanțele de judecată, în

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Sentința penală nr. 23/2015 a Tribunalului Gorj, în D. Magherescu, *Criminalistică*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2017, p. 272-287.

¹² Decizia penală nr. 131/RC/2020 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, disponibilă la adresa <https://www.scj.ro>.

¹³ Decizia penală nr. 240/RC/2020 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, disponibilă la adresa <https://www.scj.ro>.

acele cauze penale relevante în care au fost dispuse, pe de o parte, și au fost realizate expertize criminalistice, pe de altă parte. Dintre acestea, o atenție deosebită a fost acordată categoriilor de expertize din diverse ramuri de specialitate, precum expertiza criminalistică audio-video, expertiza tehnică auto, expertiza balistică, expertiza grafoscopică a semnăturii, expertiza fizico-chimică a drogurilor, expertiza genetică judiciară, precum și expertiza grafică a documentelor.

Concluzii

Abordarea comprehensivă a diverselor categorii de expertize criminalistice, în cauze penale având ca obiect infracțiuni de categorii diferite, reprezintă un instrument teoretic bine ancorat în lumea juridică în care sunt incidente aspecte referitoare la specialitatea criminalistică.

În lucrarea prezentată, expertiza criminalistică cunoaște o astfel de abordare și, din acest motiv, putem afirma că reunirea tuturor elementelor definitorii ale expertizelor criminalistice într-un volum complex are meritul de a oferi cititorilor, atât studenți, cât și profesioniști, informații de specialitate, care îmbină teoria și practica judiciară.

Nu în ultimul rând, armonizarea elementelor de procedură penală cu cele ale criminalisticii reprezintă un instrument prețios pentru aprofundarea noțiunilor, ideilor și conceptelor, toate acestea regăsindu-se în cartea *Teoria generală a expertizelor criminalistice*.