

# **Revista de Științe Juridice**

**Centrul de Cercetări Juridice Fundamentale**

**1/2010**

**ISSN: 1454-3699**

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

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

Toate drepturile asupra prezentei ediții aparțin

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

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

**REDACȚIE:** tel./fax: **021.314.93.13**  
tel.: **0732.320.665**  
e-mail: **redactie@universuljuridic.ro**

**DEPARTAMENTUL** tel.: **021.314.93.15; 0733.673.555**  
**DISTRIBUȚIE:** fax: **021.314.93.16**  
e-mail: **distributie@universuljuridic.ro**

**[www.universuljuridic.ro](http://www.universuljuridic.ro)**

**COMENZI ON-LINE,  
CU REDUCERI DE PÂNĂ LA 15%**

## Cuprins

<b>Bail à construction et collectivités publiques: quelques précisions</b> <i>Prof. univ. dr. Yan LAIDIÉ</i> .....	7
<b>Recursul judiciar în procedura penală din Ungaria</b> <i>Recours judiciaires d'enquête dans la procédure pénale hongroise</i> <i>Prof. Phd. Csaba FENYVESI</i> .....	15
<b>Politique criminelle: entre raison scientifique, rationalité économique et irrationalité politicienne ...</b> <i>Nicolas QUELOZ</i> .....	22
<b>Pierderea dreptului de opțiune rezultat din alternativitate</b> <i>Revoking right of option resulted from alternative obligations</i> <i>Asist. univ. dr. Irina Olivia POPESCU</i> .....	29
<b>Antecontractul – etapă procedurală în formarea contractului de transport feroviar de mărfuri</b> <i>The pre-contract – procedure stage at the conclusion of the railway transportation contract</i> <i>Lect. univ. dr. Cristina STANCIU</i> .....	36
<b>Contractul individual de muncă cu timp parțial: între flexibilitate și rigiditate legislativă</b> <i>Part time contract: between flexibility and legislative rigidity</i> <i>Conf. univ. dr. Roxana RADU</i> .....	47
<b>Interesul material – element circumstanțial al infracțiunii de omor</b> <i>Material interest – circumstantial element of the crime of murder</i> <i>Conf. univ. dr. Ruxandra RĂDUCANU</i> <i>Lect. univ. dr. Cristina Anamaria CERCEL</i> .....	56
<b>Noțiunea de consumator în legislația românească în contextul transpunerii aquis-ului comunitar</b> <i>The notion of "consumer" in romanian law, in context of aquis transposition</i> <i>Asist. univ. dr. Ion Cătălin VOICULESCU</i> .....	60
<b>Certificatul de urbanism, paralele în dreptul francez</b> <i>Certificate of urbanism, parallel in french law</i> <i>Lect. univ. dr. Robert BISCHIN</i> .....	68

<b>Judecătorul, „un executant fără viziune”?</b> <i>Judge, „an executor without vision”?</i> <i>Doctorand Oana Maria BĂLAN</i> .....	73
<b>Elementele caracteristice ale asocierii în participație. Regimul fiscal</b> <i>Specific elements of the association in participation. Tax regime</i> <i>Conf. univ. dr. Lucian SĂULEANU</i> .....	80
<b>Particularitatea contractelor bancare</b> <i>The specificity of banking contract</i> <i>Drd. Alina DODOCIOIU</i> .....	87
<b>Lecții de o viață și pentru o viață</b> <i>Prof. univ. dr. Vasile STĂNESCU</i> .....	93

## **Cuvântul editorului**

Publicarea *Revistei de Științe Juridice* în parteneriat cu Editura *Universul Juridic* este pentru noi o oportunitate și în același timp o provocare editorială.

Cu o apariție neîntreruptă, de 20 de ani în spațiul juridic românesc, creată în jurul Facultății de Drept și Științe Administrative din cadrul Universității din Craiova, revista se poziționează în acest moment ca și conținut editorial pe un culoar publicistic generalist, ceea ce îi conferă posibilități multiple de abordare doctrinară în domeniul juridic.

În urma acestui parteneriat revista se dorește a fi prezentă la nivel național și cu siguranță va confirma prin calitatea articolelor care vor răspunde dezideratelor actuale mai ales în contextul noilor codificări.

Vă recomand să urmăriți în următorii ani aparițiile acestei reviste care vor răspunde multora dintre problemele cu care doctrina juridică se confruntă în acest moment.

**Nicolae Cîrstea**  
*Director General*  
*Editura Universul Juridic*



## Bail à construction et collectivités publiques: quelques précisions

*Prof. univ. dr. Yan LAIDIÉ\**

Le bail à construction est un contrat bien connu des spécialistes du droit privé. Institué par la loi n° 64-1427 du 16 décembre 1964 modifiée, il est aujourd'hui régi par les articles L 251-1 à L 251-9 du Code de la construction et de l'habitation. Selon l'article L 251-1 de ce Code, «constitue un bail à construction le bail par lequel le preneur s'engage, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain du bailleur et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail. Le bail à construction est consenti par ceux qui ont le droit d'aliéner et dans les mêmes conditions et formes. Il est conclu pour une durée comprise entre 18 et 99 ans. Il ne peut se prolonger par tacite reconduction (...)».

Ce contrat est donc «une variété très particulière du louage de choses»<sup>1</sup>. Variété particulière en effet en ce qu'un tel contrat met à la charge du preneur une obligation de construire. C'est même là tout l'intérêt qui était attendu de ce type de contrat au moment de sa création: à l'époque (déjà), une demande importante de logements existait tandis que l'on constatait une pénurie de terrains à bâtir compte tenu du fait que les propriétaires attendaient des plus-values futures où ne se séparaient de leurs biens qu'à des prix très élevés; «d'où l'idée de mettre à leur disposition un instrument juridique qui leur permettrait de conserver la propriété des terrains tout en permettant aux constructeurs d'en disposer pendant une certaine durée et sans d'ailleurs que ces derniers n'aient à les acheter et donc à supporter le poids de la charge foncière»<sup>2</sup>. En d'autres termes, cette formule devait permettre «aux constructeurs de disposer des terrains dont ils ont besoin, sans que le coût final de la construction s'en trouve anormalement alourdi»<sup>3</sup>.

D'où les caractéristiques fondamentales de ce contrat: la location du terrain contre un loyer; une obligation de construire mise à la charge du preneur, on l'a dit (ce qui distingue ce mécanisme du bail ordinaire mais aussi du bail emphytéotique, autre contrat de longue durée); une obligation de conserver les constructions édifiées en bon état; mais encore l'institution d'un droit réel immobilier au profit du preneur, en particulier un droit de propriété temporaire, qualifié de droit de superficie limité dans le temps (de ce point de vue comparable à ce que prévoit un bail emphytéotique).

Pour le reste, les parties conviennent de leurs droits respectifs, et diverses combinaisons sont possibles à la fin du bail: soit un retour des immeubles au bailleur, soit l'acquisition de la propriété du terrain en fin bail par le preneur (le bail étant assorti alors d'une promesse de vente du terrain au preneur ou d'un pacte de préférence), soit un retour partiel des immeubles au bailleur avec création d'une copropriété etc.

---

\* Autorul este profesor în domeniul dreptului public în cadrul Universităţii de Bourgogne, Dijon, Franţa, membru al centrului de cercetări CREDESPO şi din 2008 profesor invitat al Universităţii din Craiova, Facultatea de Drept şi Ştiinţe Administrative.

<sup>1</sup> R. Saint-Alary, *Bail à construction*, Répertoire civil Dalloz, § 1.

<sup>2</sup> R. Saint-Alary, *op. cit.*, § 3.

<sup>3</sup> B. Stemmer, *Bail à construction*, Juris-classeur Construction urbanisme, Fasc. 110, § 1.

La formule n'a pas eu le succès escompté ou le rôle que l'on attendait d'elle: «il est un fait, c'est que le bail à construction, sauf dans quelques opérations de logement social, n'est que très peu utilisé pour construire des habitations»<sup>4</sup>. Il est davantage utilisé dans des hypothèses où une entreprise propriétaire d'un terrain le donne à bail à construction à un commerçant ou un industriel qui va ainsi construire un bâtiment et l'exploiter – donc l'amortir – pendant toute la durée du bail (le cas échéant d'ailleurs en passant par une société de crédit-bail pour le financement de la construction).

Mais alors, nous dira-t-on, que viennent faire les collectivités publiques dans cette configuration juridique? C'est que les décideurs publics, en particulier les décideurs locaux, ne manquent pas d'imagination pour essayer de valoriser le patrimoine immobilier de la personne publique qu'ils représentent. On peut dès lors concevoir qu'ils soient tentés de confier un tel bail à une entreprise afin que celle-ci édifie, voire édifie puis exploite, des constructions présentant une utilité collective (on pense à des logements sociaux mais pourquoi pas à un parc de loisirs, voire à une usine de production d'énergie solaire ou éolienne ...).

Se posent dès lors deux questions que nous évoquerons successivement et brièvement (faute d'une littérature abondante sur le sujet, on ne peut en effet que donner quelques pistes en la matière): un tel bail peut-il être conclu par une personne publique et si oui pour quel objet et sur quelles dépendances immobilières? N'existe-t-il pas un risque que ce contrat soit requalifié (par exemple en marché public de travaux)?

**1. Le recours possible des personnes publiques au bail à construction.** Comme on le sait, «les personnes publiques bénéficient de la liberté contractuelle aussi bien que les personnes privées»<sup>5</sup>; elles ne sont donc pas obligées de se couler dans les moules contractuels classiques.

Et comme le constatait voilà déjà quelque temps PH. Terneyre, il est de fait que les collectivités publiques, en particulier les collectivités locales, ont «de plus en plus souvent recours à des montages contractuels innovants»<sup>6</sup>.

Plusieurs facteurs les incitent à cela, comme l'a mis en évidence l'auteur précité: les collectivités locales bénéficient d'une liberté importante en conséquence du principe de libre administration, et elles font face à des attentes sociales de plus en plus fortes tandis que leur budget ne leur donne pas une marge de manœuvre importante. Il s'agit aussi parfois de s'affranchir des contraintes du droit des contrats publics.

Dès lors, pourquoi ne pas recourir à une formule empruntée au droit des affaires et au droit privé de la construction?

L'idée est de valoriser le patrimoine de la collectivité publique en permettant finalement qu'un entrepreneur privé assume le financement d'un ouvrage qui peut in fine devenir la propriété du bailleur public à la fin du contrat (selon l'article L 251-2 du Code de la Construction et de l'Habitation, «les parties conviennent de leurs droits respectifs de propriété sur les constructions existantes et sur les constructions édifiées. A défaut d'une telle convention, le bailleur en devient propriétaire en fin de bail et profite des améliorations»).

---

<sup>4</sup> R. Saint-Alary, *op. cit.*, § 5.

<sup>5</sup> L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, Paris LGDJ, 5<sup>ème</sup> édition, 2006, § 185.

<sup>6</sup> Ph. Terneyre, *Les montages contractuels complexes*, A.J.D.A. 1994 p. 43.



Disons le donc d'emblée, il n'y a pas d'obstacle de principe à ce qu'une collectivité publique donne un terrain à bail à construction ... à la condition cependant qu'il s'agisse d'un terrain appartenant au domaine privé de ladite collectivité.

En effet, le bail à construction n'est pas possible sur une dépendance du domaine public (C.E. Avis n° 353205, 22 juin 1993, E.D.C.E. 1993 p. 391: le Conseil émet un avis défavorable à la conclusion par un établissement public d'un bail emphytéotique ou d'un bail à construction avec une société d'économie mixte en vue de faire construire par celle-ci des locaux destinés à recevoir une école qui se trouverait implantée sur des terrains affectés à un service public par l'effet même de l'opération et destinés à être spécialement aménagés à cet effet; voir pour les collectivités locales C.E. 22 juin 2004, «Association éducative arts, cultures et traditions populaires», cité in M. Ubaud-Bergeron, «Bail emphytéotique administratif», Jurisclasseur administratif, Fasc. 681 § 8).

C'est là une conséquence traditionnelle de l'inaliénabilité du domaine public et de l'impossibilité de conclure sur celui-ci un contrat ayant pour objet de conférer des droits réels au preneur. Cependant, on le sait, l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988 a consacré la possibilité pour les collectivités locales de conclure un bail emphytéotique administratif en vue de l'accomplissement pour leur compte d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général (C.G.C.T., art. L 1311-2). C'est dire que seul un tel bail emphytéotique est possible sur leur domaine public pour conférer un droit réel au preneur<sup>7</sup>.

Par contre les collectivités publiques peuvent donc avoir recours au bail à construction pour l'exploitation de leur domaine privé<sup>8</sup>.

Un exemple nous est donné par un arrêt de la Cour administrative d'appel de Douai du 8 juillet 2003: pour dynamiser le centre ville, la commune de Roubaix et la Communauté urbaine de Lille avaient conclu avec une société une convention lui confiant la charge de transformer en centre commercial de boutiques de fabricants un ancien centre commercial désaffecté devenu propriété de la commune; cette convention comportait l'engagement des collectivités publiques à consentir au preneur un bail à construction, un bail emphytéotique et une promesse de vente, ce qui avait conduit le tribunal administratif à estimer qu'une telle stipulation était illégale au motif qu'elle portait sur des biens relevant du domaine public; mais la Cour a infirmé cette analyse et considéré que dans la mesure où le centre commercial relevait du domaine privé de la collectivité publique, celle-ci pouvait valablement s'engager à conclure notamment un bail à construction accompagné d'une promesse de vente<sup>9</sup>.

Le bail à construction peut donc servir à accueillir un équipement commercial: ainsi une commune a-t-elle pu décider de reconvertir un ancien stade appartenant à son domaine privé en un site destiné à accueillir un tel équipement, en soumettant d'ailleurs,

---

<sup>7</sup> On sait que pour l'Etat c'est la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 qui a autorisé l'Etat et ses établissements publics à accorder des autorisations constitutives de droit réel au profit des occupants du domaine public: voir les articles L 2122-6 et s. du C.G.P.P.P.

<sup>8</sup> A condition cependant, on y reviendra en évoquant le risque de requalification du contrat, que le terrain ne doive pas être incorporé dans le domaine public par l'effet du contrat, par exemple parce qu'il tend à faire construire un ouvrage affecté à un service public ...

<sup>9</sup> C.A.A. Douai, 8 juillet 2003, *Sté Mac Arthur Glen Europe*, n° 00DA00376, note G. Eckert, *Contrats et marchés publics*, novembre 2003, p. 35.

on y reviendra, les candidats à un programme permettant de choisir le meilleur parti d'aménagement<sup>10</sup>.

Mais le bail à construction peut être utilisé pour tout autre chose: ainsi la ville de Nice a-t-elle pu, afin de développer son potentiel touristique, signer un bail à construction avec une société en vue de la création d'un parc de loisirs ouvert au public; le terrain appartenant à son domaine privé était donné en location pour 99 ans moyennant une redevance égale à 2% du chiffre d'affaires hors taxe<sup>11</sup>.

Dès l'instant où la collectivité publique ne souhaite pas que les constructions édifiées par le preneur soient incorporées dans le domaine public, et entend valoriser au mieux son domaine privé, le recours au bail à construction peut être pertinent.

Il est en effet avantageux pour les deux parties: la collectivité publique perçoit des loyers librement fixés pendant la durée du contrat et peut récupérer à la fin de bail les constructions édifiées par le preneur ou vendre à celui-ci le terrain en question. Quant au preneur, il se procure un terrain à bâtir sans avoir à procéder à son acquisition immédiate, il est titulaire d'un droit de superficie sur les constructions qu'il a édifiées, qu'il peut hypothéquer pour obtenir un crédit, tandis qu'il a toute liberté pour utiliser les immeubles bâtis; tout ceci devant permettre une meilleure rentabilité des capitaux engagés.

Cela étant, si le bail à construction oblige le preneur à construire un ouvrage qui en fin de compte est susceptible de rentrer dans le patrimoine de la collectivité publique, n'existe-t-il pas un risque de requalification du contrat? C'est ce qu'il nous faut maintenant examiner.

**2. Le risque de requalification du contrat.** On n'abordera pas la question de la nature privé ou publique du bail à construction: classiquement, celle-ci va dépendre du point de savoir si le contrat contient ou non des clauses exorbitantes du droit commun ou s'il constitue une modalité d'exécution d'un service public<sup>12</sup>.

On s'intéressera plutôt au problème, qui nous semble distinct, de la requalification du bail en un autre contrat avec le risque que cette requalification rejaillisse sur la validité du montage contractuel initial.

De ce point de vue, tout d'abord, la requalification du bail à construction en bail emphytéotique administratif est évidemment possible.

Cette requalification interviendra lorsque le juge constatera que les parcelles données à bail à construction font en réalité partie du domaine public. On trouve dans la jurisprudence des exemples de ce cas de figure.

---

<sup>10</sup> C.A.A. Nancy, 29 novembre 2007, n° 06NC01189, inédit au recueil Lebon.

<sup>11</sup> C.A.A. Marseille, 24 juin 2003, n° 98MA00426, inédit au recueil Lebon; voir aussi, pour une promesse de bail à construction passée entre une société civile immobilière et une commune en vue de la réalisation d'un complexe hôtelier ainsi que de constructions scolaires, C.A.A. Paris, 18 avril 1989, *SCI Dubouchage*, Tables p. 785, cité par Ph. Terneyre, «les montages contractuels complexes...», *op. cit.*

<sup>12</sup> Un bail à construction conclu entre deux établissements publics sur une parcelle du domaine privé de l'un d'eux pour l'aménagement et la gestion d'un stade de ski de fond, a été considéré comme relevant du droit privé dans la mesure où il ne contenait pas de clause exorbitante du droit commun et de constituait pas une modalité d'exécution d'un service public: Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 décembre 1995, *Syndicat intercommunal à vocation unique de Nistos*, cité par Y. Brard, *Utilisation du domaine public*, Jurisclasseur Contrats et marchés publics, Fasc. 510 § 42; l'auteur précise que la même solution a été retenue pour un bail à construction conclu entre une commune et une société d'économie mixte en vue de la construction d'un foyer pour personnes âgées: C.A.A. Bordeaux, 10 juin 1996, n° 95BX00685.

Ainsi dans un arrêt du 5 février 2001 (n° 97MA05293), la Cour administrative d'appel de Marseille était confrontée à un contrat qualifié de bail à construction conclu entre la ville de Nice et une association et confiant à cette dernière un ensemble de terrains de sport dont la ville était propriétaire, afin que l'association réalise un programme de construction devant revenir à la ville en fin de contrat. Le juge constate que les terrains en question, dès lors qu'ils sont affectés à la promotion et au développement du sport et sont la propriété de la ville, constituent une dépendance du domaine public. Il en déduit que le contrat qualifié de bail à construction est en réalité un bail emphytéotique administratif. Cela n'a en l'espèce pas de conséquence sur la validité du contrat et après avoir évoqué, le juge d'appel rejette le déféré du préfet dans la mesure où le contrat litigieux n'avait pas, on y reviendra, à être soumis à la procédure applicable aux délégations de service public.

Mais cela peut affecter la validité du «montage» contractuel. Un exemple nous est à nouveau fourni par un arrêt de la Cour administrative d'appel de Marseille en date du 12 juin 2001 (n° 98MA01137). La commune de Nice, toujours elle, avait conclu une promesse de bail à construction en vue de la réalisation d'un parc public de stationnement. Le préfet déférait au juge la délibération du conseil municipal autorisant le maire à signer l'acte authentique de réalisation de la promesse de bail, ainsi que des avenants à la promesse de bail et à la convention. Le juge d'appel confirme l'annulation de ces actes prononcée par le tribunal administratif. Il constate que le terrain, propriété de la commune, qui supportait une école désaffectée et avait été déclassé, fait l'objet d'une convention et d'un bail à construction à fin de réalisation d'un parking, et estime que ce parc de stationnement, affecté à l'usage du public et équipé d'aménagements spéciaux répondant à cette affectation, appartient avec ses dépendances au domaine public communal: par suite, «il ne pouvait faire l'objet que d'un bail emphytéotique».

Se pose ensuite le problème de l'éventuelle requalification en délégation de service public. Une réponse ministérielle avait précisé peu après l'intervention de la loi Sapin du 29 janvier 1993 que les baux à construction accordés par les communes sur leur domaine privé n'avaient pas à être soumis aux dispositions de cette loi<sup>13</sup>. Mais le juge administratif est néanmoins amené à se poser la question de savoir si un tel bail ne peut s'analyser en réalité comme une délégation de service public.

Le juge peut constater que le contrat ne peut être regardé comme confiant au preneur l'exécution d'un service public: dans l'arrêt précité rendu par la Cour administrative de Marseille le 24 juin 2003 à propos d'un bail à construction relatif à la création d'un parc de loisirs, le juge estime que «la seule circonstance que la ville de Nice ait décidé de cette création dans le but de développer son potentiel touristique n'est pas en elle-même de nature à conférer à la gestion dudit parc le caractère d'un service public auquel le bail dont il s'agit aurait associé la société (...); il considère en outre que dès lors que ledit bail, qui se bornait à donner en location les terrains concernés, «ne comportait aucune clause exorbitante du droit commun et ne prévoyait aucun contrôle de la collectivité sur les activités et les tarifs, ne peut être regardé comme confiant à la société l'exécution d'un service public».

De même, en l'absence de clause relative à une obligation de service public mise à la charge du preneur, il ne saurait y avoir délégation de service public: ainsi, dans l'arrêt

---

<sup>13</sup> J.O. Sénat Q 15 juillet 1993, p. 1147.

déjà évoqué rendu par la Cour administrative d'appel de Nancy le 29 novembre 2007 à propos d'un bail à construction en vue de la réalisation d'un ensemble commercial, bail pour l'attribution duquel la ville avait décidé d'organiser une procédure de consultation afin de sélectionner l'attributaire, le juge considère que «la seule circonstance que les entreprises candidates aient dû se soumettre au programme précité (...), ne saurait, s'agissant de réaliser et d'exploiter un ensemble commercial exclusif de toute obligation de service public mise à leur charge, faire regarder l'opération litigieuse comme constitutive d'une délégation de service public ...»<sup>14</sup>.

De même enfin, plus généralement, en l'absence de clause relative à la gestion de l'équipement, ou au contrôle de la personne publique sur la réalisation des travaux, il ne saurait y avoir délégation de service public. Dans l'arrêt précité du 5 février 2001 rendu par la Cour administrative d'appel de Marseille, dans lequel un bail à construction a été requalifié en bail emphytéotique, le juge écarte l'application de la loi Sapin dans des termes qui restent valables pour le bail à construction: «ce bail, qui ne comporte aucune clause relative à la gestion de l'équipement existant ou à construire, ni au contrôle de la collectivité sur la conception et la réalisation des travaux, n'a pas, par lui-même, et en l'absence de tout autre document contractuel avec lequel il formerait un tout indissociable, pour objet de confier à l'association la gestion d'un service public»; il en résulte que «le contrat litigieux n'a pas le caractère d'une délégation de service public au sens des dispositions de la loi du 29 janvier 1993».

Reste cependant la question essentielle de l'éventuelle requalification en marché de travaux. Dans l'affaire précitée jugée par la Cour de Nancy le 29 novembre 2007 à propos d'un bail à construction en vue de la réalisation d'ensemble commercial, le juge refuse de regarder l'opération litigieuse «comme constitutive d'une délégation de service public **ou a fortiori d'un marché public**».

Il n'en demeure pas moins que la question peut se poser<sup>15</sup>. Elle n'a pour l'instant pas été réglée pour le bail à construction à notre connaissance, mais des solutions portant sur d'autres contrats importés du droit privé, notamment le bail emphytéotique, peuvent être évoquées.

Sans entrer dans les détails dans le cadre de cette brève évocation, on sait qu'il faut distinguer la définition du marché public de travaux au sens du droit interne et au sens du droit communautaire<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Le juge précise d'ailleurs en outre que la société requérante ne saurait utilement faire valoir que cette mise en concurrence revêtirait un caractère obligatoire «au regard du droit communautaire en tant qu'expression de l'obligation incombant aux personnes publiques procédant à la concession d'un service public de se conformer aux règles fondamentales d'égalité de traitement et de transparence procédant du Traité CE».

<sup>15</sup> Cette question, on le sait, renvoie à la problématique de la qualification des contrats complexes qui superposent plusieurs opérations en vue d'un objectif final: O. Guézou et PH. Terneyre (Dir.), *Droit des marchés publics*, Le Moniteur II.450.

<sup>16</sup> Se pose d'ailleurs également la question de la requalification en concession de travaux, la concession de travaux étant selon l'article 1<sup>er</sup>-3 de la directive n° 2004/18 un contrat qui présente les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux mis à part le fait que la contrepartie des travaux consiste dans le droit d'exploiter l'ouvrage ou dans ce droit assorti d'un prix. On sait que dans son arrêt du 10 juin 1994, *Commune de Cabourg* (R.F.D.A. 1994 p. 728) le Conseil d'Etat avait qualifié de concession de travaux un ensemble constitué d'un bail emphytéotique et d'une convention de financement de travaux par lequel une société louait un terrain à la ville à charge pour elle de construire un ouvrage qu'elle exploitait pendant 60 ans et dont la propriété revenait à la ville à la fin du contrat.

Au sens du droit français et selon le juge administratif, si la collectivité publique assure le rôle de maître d'ouvrage, le contrat est un marché, cependant qu'il convient d'écarter cette qualification dans le cas contraire, et si la personne publique ne devient propriétaire qu'à l'issue du bail<sup>17</sup>.

De ce point de vue, a priori, le bail à construction ne semble pas poser problème dans la mesure où c'est le preneur qui assure la direction technique des travaux et peut s'analyser comme le maître d'ouvrage, et dans la mesure où la personne publique n'est susceptible de devenir propriétaire des ouvrages qu'au terme du contrat, et encore pas nécessairement.

Les choses sont plus délicates si l'on envisage la notion de marché de travaux au sens du droit communautaire, lequel adopte une définition beaucoup plus large que celle du droit français.

En effet, pour le droit communautaire, est un marché public de travaux le contrat conclu à titre onéreux avec un entrepreneur, ayant pour objet la réalisation par quelque moyen que ce soit d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur: des opérations de travaux sans maîtrise d'ouvrage de la collectivité publique peuvent donc relever des procédures instituées par les directives (si le montant du contrat dépasse les seuils communautaires), et un marché public de travaux peut concerner des ouvrages qui ne sont pas destinés à une appropriation publique<sup>18</sup>.

Le juge administratif a déjà requalifié un bail emphytéotique administratif en marché de travaux au sens communautaire, au motif que le bail avait en réalité pour objet la construction d'ouvrages répondant aux besoins de la collectivité publique: il s'agissait en l'espèce d'un contrat passé par la ville de Cannes et prévoyant à la charge du preneur, dans le cadre de la réalisation d'un pôle tertiaire et d'activités économiques, la rénovation de constructions existantes et l'édification de constructions nouvelles<sup>19</sup>.

Le problème est donc susceptible de se poser, mutatis mutandis, pour un bail à construction conclu par une collectivité publique. Si les travaux sont précisés par le pouvoir adjudicateur et si les ouvrages sont conçus pour répondre in fine à ses besoins, en concourant à la réalisation de missions d'intérêt général dont la personne publique a la charge, le risque est important d'une requalification du bail à construction en marché public de travaux (si toutefois on se situe au-delà des seuils communautaires évidemment<sup>20</sup>).

Bien entendu, cela n'est cependant pas susceptible de concerner tous les baux à construction conclus par les personnes publiques. Dans les exemples que l'on a cités plus haut, on peut trouver des hypothèses dans lesquelles un tel risque paraît devoir être écarté: ainsi d'un bail à construction qui serait passé en vue de l'implantation d'un équipement commercial. Dans d'autres hypothèses, le doute est permis: on songe par exemple à la construction d'un parc de loisirs.

---

<sup>17</sup> C.E. 25 février 1994, *Société SOFAP Marignan*, R.F.D.A. 1994 p. 510; C.E. avis du 31 janvier 1995, E.D.C.E. n° 47, p. 407.

<sup>18</sup> C.J.C.E., 18 janvier 2007, aff. C-220/05, «Jean Auroux et autres c/ Commune de Roanne», *Contrats marchés publics* 2007, comm. 38, note Zimmer.

<sup>19</sup> T.A. Nice, ord. 6 décembre 2006, *Société Cirmad Grand Sud*, n° 0605880, cité in Terneyre et L. Richer, *Droit des marchés publics ...*, op. cit., II.450.2.

<sup>20</sup> Sur la modification de ces seuils, voir E. Delacour, *Contrats et marchés publics*, janvier 2008, p. 1.

Tout dépendra donc de l'objet exact du contrat, et en particulier de la destination – on pourrait presque dire de la raison d'être – des ouvrages dont le contrat prévoit l'édification par le preneur.

Cette incertitude n'est certes pas un facteur de sécurité juridique ... mais l'imagination des décideurs publics et des praticiens doit toujours s'accompagner d'une nécessaire prudence.

# Recursul judiciar în procedura penală din Ungaria

## Recours judiciaires d'enquête dans la procédure pénale hongroise

Prof. Phd. Csaba FENYVESI  
University of Pecs – Hungary

### Rezumat

*Legea XIX din 1998 referitoare la procedura penală, conținând idei și instituții reformatoare – după numeroase modificări – a intrat în vigoare în Ungaria pe 1 iulie 2003. Reforma a vizat chiar și căile de recurs formulate în perioada anchetei penale. Scopul acestui articol este să expună, să interpreteze și să analizeze aceste modalități de recurs.*

### Résumé

*Loi XIX de 1998 sur la procédure pénale, contenant des idées et des institutions de réforme – à la suite de plusieurs remaniements – est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2003 en Hongrie. La réforme a touché même les recours d'enquête. Ce mémoire, (cet essai) tente de les exposer, interpréter et examiner.*

**Cuvinte-cheie:** *recursul judiciar; plângere; ancheta penală; procuror; apel*

**Mots clé:** *le recours judiciar; la plainte; l'enquête; le procureur; l'appel*

**1. Les voies de recours d'enquête.** La procédure pénale nomme de différents types de recours dans l'étape d'enquête, d'une manière trop différenciée et injustifiée à cause des raisons et aux personnes nommées ci-dessous: a) **la plainte** – contre les décisions du procureur ou des autorités d'enquête, les personnes à l'égard desquelles la disposition a été prise (recours judiciaire); b) **le pourvoi en révision** – contre la décision de rejet de recours contre la décision du procureur, les personnes à l'égard desquelles la disposition a été prise (extraordinaire ou spéciale); c) **objection** – à cause d'abstention des mesures des autorités d'enquête ou du procureur général, les personnes en question (spéciale); d) **la poursuite de l'enquête** – contre la fin (le non-lieu) de l'enquête à cause de la demande de grace requéri d'office, contre le refus d'informer à note de service le suspect (spéciale); e) **appel** – contre les décisions rendu par le juge d'enquête à propos des mesures coercitives, l'accusé ou le défenseur (ordinaires)<sup>1</sup>.

### 2. La plainte

**a) La base et la forme de la plainte, toute personne visée dans la plainte.** La voie de recours judiciaire la plus fréquente est la plainte, on l'examine le premier. L'alinéa 1 de l'art. 195 de la loi dit, «*les personnes à l'égard desquelles la disposition a été prise dans les décisions des autorités d'enquête ou du procureur peuvent porter plainte contre cette décision dans un délai de 8 jours*» La plainte en général n'a pas d'effet suspensif. La loi prévoit en cas spécial la plainte ayant l'effet suspensif des décisions qui suivent:

---

<sup>1</sup> Voir en détail, Fenyvesi Csaba-Herke, Csongor-Tremmel Flórián, *Nouvelle procédure pénale hongroise (Új magyar büntetőeljárárs)*, Éd. Dialóg-Campus, Budapest-Pécs, 2004, pp. 418-425.

- dans le sujet d'être libéré des frais personnels ou contre les décisions condamnantes aux dépens causés (alinéa 4 de l'art. 74)
- refusant l'exonération du témoignage (art. 94)
- ordonnant l'examen de l'état mental du suspect mis en liberté (alinéa 2 de l'art. 107)
- qui n'assure pas de l'exonération pour l'expert (alinéa 3 de l'art. 113)
- qui n'assure pas de l'exonération pour l'interprète (alinéa 3 de l'art. 114)
- percevant l'amende (alinéa 4 art. 161)

Néanmoins, dans les cas exceptionnellement bien établis (p.e. pour éviter les désavantages trop graves ou iniques) l'exécution de décision peut être suspendue jusqu'à l'examen de la plainte par la personne qui l'avait pris ou l'avait jugé.

La loi énumère des décisions où la possibilité de plainte est exclue: décision commettant un autre expert et contre la décision autorisant l'entraînement de la personne comme expert qui a été invitée à préparer l'expertise par l'avocat ou le suspect.

Il n'y a lieu ni de recours ni de plainte contre la note ordonnant l'enquête (décision inachevée) ni contre l'arrêt de mise en accusation non plus. Il n'y a lieu de plainte des personnes à l'encontre desquelles la décision ne comporte pas des dispositions. P.ex. la décision commettant l'interprète pour le suspect qui ne parle pas le hongrois. Par contre il y a lieu de plaindre contre la décision déclarative de l'honoraire de l'interprète car il y a des dispositions comportant au suspect.

Les personnes ayant droit de la plainte ne sont pas énumérées précisément par la loi. Il n'est indiqué qu'une condition générale, voir «les personnes à l'encontre desquelles la décision comporte les dispositions». Ce dernier inclut non seulement les participants de la procédure, mais toutes les personnes qui ont participé dans l'enquête et à l'égard desquelles la décision (il faut souligner, que ce n'est que la décision) comporte les dispositions. La disposition est beaucoup plus qu'une inclusion, une citation. Le dispositif prévoit des droits ou des obligations quelconques à l'encontre des participants de la procédure. Ainsi peuvent être sujet d'une amende de simple police le témoin, l'expert, l'interprète, etc. Provenant de sa situation spéciale la victime peut porter plainte contre le refus de sa plainte ainsi que contre l'ordonnance de non-lieu (alinéa 1-2 de l'art. 198).

La plainte doit être déposée devant l'autorité chargée de l'enquête ou le ministère public par lesquels la décision a été prise. La plainte peut être écrite ou orale, mais dans le dernier cas l'autorité doit dresser un procès-verbal.

**b) La voie de règlement de la plainte.** Il existe deux méthodes: accomplissement de la plainte dans sa compétence et jugement par le procureur (le procureur général).

Premier, la loi assure un très court délai – trois jours – pour l'autorité chargée de l'enquête de reconnaître si la plainte est bien fondée et de réparer les erreurs en recevant la plainte. Au cours de ce délai il modifie ou retire la décision laquelle pourrait parvenir parmi les actes très urgents de l'enquête. L'autorité chargée de l'affaire ne peut régler la plainte dans sa compétence que de façon unilatérale, exclusivement en donnant droit à la plainte déposée. Si elle ne le fait pas, elle est obligée de l'envoyer sur-le-champ avec tous les actes et sa déclaration au procureur ou au procureur général (alinéa 4 de l'art. 195). L'accomplissement de la plainte ne se qualifie pas que la plainte soit jugée.

Deuxième, le procureur, ou le procureur général statu sur la plainte en générale dans un délai de 15, ou en cas d'une ordonnance de non-lieu dans un délai de 30 jours en forme de décision (alinéa 4 de l'art. 195). Dans ce cas il peut agir: *il annulle*



*l'ordonnance de non-lieu ou la décision déclinatoire de la plainte et décide de l'ordre de l'enquête: de sa continuation ou bien de la mise en accusation; si la plainte n'est pas bien fondée il la refuse (alinéa 1 de l'art. 199).*

Le plaideur doit être informé du jugement de la plainte – en cas de l'annulation ou de modification de la décision doivent être informés toutes les personnes qui ont reçu les décisions. Contre cet acte il n'existe qu'une seule voie de recours –le pourvoi en révision ou bien les droits spéciaux de la victime.

Notamment: La victime peut se constituer partie civile en cas de refus de la plainte (alinéa 2 de l'art. 199), si *la plainte a été refusée à la base des § a, c de l'alinéa 1 de l'art. 174; la fin de l'enquête a été mise à la base des § a,d,f de l'alinéa 1 de l'art. 190.* La victime ne peut se constituer partie civile si les faits justificatifs sont: la minorité pénale ou les troubles de la faculté mentale, ainsi que le décès de l'auteur (alinéa 3 de l'art. 199).

**3. La pourvoi en révision.** Le pourvoi en révision est une nouvelle voie (extraordinaire), une nouvelle institution de recours pour la constitution du contrôle judiciaire concernant l'enquête. Déjà au cours de l'enquête il est possible qu'un juge impartial révise la décision finale de la magistrature. La personne à l'encontre de laquelle la décision comporte des dispositions peut porter plainte devant le juge d'enquête si le procureur général refuse sa plainte portée contre la première décision du procureur de la République. Ce n'est possible qu'après la plainte ordinaire, comme la voie extraordinaire de recours.

Le pourvoi en révision est possible dans les cas énumérés par la loi:

- le mandat de perquisition (alinéa 3 de l'art. 149),
- la décision de fouille (alinéa 2 de l'art. 150)
- acte exécutoire ordonnant la saisie des courriers postaux et de communication non-expédiés ainsi que les documents de l'agence de presse (4 alinéa de l'art. 151)
- la décision de saisie d'un acte qui fonde le refus de témoigner (alinéa 2 de l'art. 153)
- acte exécutoire ordonnant la saisie du système informatique ou du support de données enregistrées par un tel système (2 alinéa de l'art. 151)

Le pourvoi en révision peut être déposé par la personne ayant droit devant la magistrature qui a pris la décision de refus dans un délai de 8 jours de date de remise. La magistrature n'a pas la possibilité de la corriger dans sa compétence, elle est obligée d'envoyer au juge d'enquête le pourvoi en révision avec des actes et son réquisition en annexe dans un délai de trois jours.

**4. L'objection.** La plainte ne peut être portée que contre les décisions tandis que l'objection est une voie spéciale de recours contre les actes ou la forfaiture des actes du procureur ou de l'autorité de l'enquête. Il existe encore un rapport entre la plainte et l'objection: la plainte doit être jugée comme objection si elle est tardive ou si elle est portée par une personne n'ayant pas d'autorisation (art. 196).

L'objection est une remarque, une requête qui n'est liée ni à la formalité ni au délai, c'est une voie de recours contre un préjudice subi des actes ou de la forfaiture des actes de quelques autorités. L'objection peut être portée par les personnes visées par les actes ou par la forfaiture des actes des autorités, peut être portée devant l'autorité dont les actes en question (p.ex. la note de la prévention établie) ou la forfaiture (p.ex. l'absence d'un délai

raisonnable pour la préparation d'assurer la défense, le refus de faire des copies des dossiers) ont été faits.

L'objection n'a pas d'effet suspensif, mais notre opinion est que l'autorité chargée de l'enquête a la possibilité selon les règles générales de suspendre l'application de ses actes, par contre l'application des actes pris par la magistrature ou par le procureur ne peut être jamais suspendue, même si la proposition semble bien fondée. L'objection est jugée par le chef de la même autorité chargée de l'enquête devant laquelle elle a été portée. Ainsi l'objection du défendeur ou du suspect faite contre la suspicion comme acte est jugée par le chef de l'autorité chargée de l'enquête, l'objection contre la suspicion de la magistrature est jugée par le chef de la magistrature chargée.

Contre le refus de l'objection il n'y a plus de possibilité de recours, la plainte ne peut être posée non plus comme le refus n'est pas notifié en forme de décision, mais en forme de notification. Cette solution se porte la critique en soi-même. On ne peut pas parler d'un recours judiciaire effectif si la personne qui statue est elle-même le chef de la magistrature qui peut donner et donne l'ordonnance concernant l'acte. Personne ne peut ni juger ni réviser soi-même, cela fait part des règles d'exception. Ainsi l'interprétation de la loi, introduite par le règlement concerté de l'enquête, notamment la forme du jugement par des chefs ne sert ni la légalité ni le principe de l'état de droit. L'intention de simplification n'est pas raisonnée, même on pourrait dire que ce méthode du règlement est contestable en vue de la principe constitutionnelle du recours judiciaire.

En cas de l'enquête des délits militaires étant en compétence des chefs c'est le procureur qui statue comme sur des plaintes ainsi sur des oppositions (voir l'art. 21 de la loi n° 7 de 2003).

Si la personne qui statue ou qui décide trouve l'objection bien fondée (ce qui n'est pas ainsi en pratique) les actes nécessaires et justifiés sont pris par le procureur ou par l'autorité chargée de l'enquête. Notre opinion est que le procureur ordonne l'autorité chargée de l'enquête de prendre des actes nécessaires ou de les corriger. Il peut le bien faire et il est souhaitable de le faire, parce que selon le règlement concerté de l'enquête le procureur doit être informé par écrit de la décision refusant l'objection contre la suspicion justifiée (alinéa 5 de l'art. 141). La requête est appréciée par le procureur selon son contenu et pas selon sa dénomination. En plus si le procureur ou le procureur général constate que le refus de l'objection a été faux il prend des actes nécessaires d'office ou ordonne de les prendre (ordonnance du procureur général n°11 de 2003, alinéa 3 de l'art. 11 et alinéa 5 de l'art. 47).

La loi ne prescrit pas combien de temps faut-il ou peut-il mettre pour statuer, règle principale le délai est de 8 jours après la transmission immédiate.

Comme le règlement concerté de l'enquête, ainsi l'ordonnance du procureur général continuent l'insûreté parce que la notion s'interprète de diverses façons. Selon l'une le chef de l'autorité chargée de l'enquête décide des actes «dans un délai raisonné» (alinéa 2 de l'art. 141 du règlement concerté de l'enquête), selon l'autre l'enquêteur doit être informé par écrit de l'appréciation de l'objection «dans un délai raisonné» (alinéa 6 de l'art. 47 de l'ordonnance n° 11 de 2003 du procureur général).

Il est à noter, qu'il n'existe pas d'objection contre tous les actes ou l'absence des actes de l'autorité chargé de l'enquête ou du procureur. Ainsi est inclu l'objection concernant l'ordonnance ou l'ordre des actes de l'enquête du domaine de justification. Mais le domaine de justification des actes de l'enquête ne peuvent pas être interprétés au

sens plus large (ainsi presque tous les actes de l'enquête pourraient faire part). A notre avis les actes de l'enquête concernant la recueille des moyens de preuve ou la procédure de preuve nommés dans les art. 76 et 119-124. sont du domaine de justification.

Il ya lieu des actes de poursuite (p.ex. l'audition du témoin) en cas d'ommission des actes de l'enquête se comportant sur la preuve. L'objection peut être formée dans tous les étapes de la procédure contre le moyen d'appréciation des actes de l'enquête (endommagement en excédent v. inutile, le manque d'intolérance).Ansi peut-on poser la question si l'autorité chargée de l'enquête a la possibilité de recours contre la décision ou l'acte contestable du procureur? Dans ces derniers cas selon des lois en vigueur il n'y a lieu ni de plainte ni d'objection. Alinéa 4 de l'art. 7 de la loi n° V de 1972 sur la magistrature dit que dans les cas spéciaux on peut faire l'introduction de la requête contre les décisions des procureurs. Le chef de l'autorité chargée de l'enquête peut introduire l'enquête au procureur général contre la décision du procureur par l'autorité supérieur chargée de l'enquête, mais elle n'a pas d'effet suspensif.

**5. La poursuite de l'enquête.** Le cas peut être mentionner comme quatrième voie de recours judiciaire quand à la demande des personnes déterminées par la loi l'autorité décide de la poursuite de l'enquête, Ces cas sont prévus à l'art. 197: *(1) Si le procureur met fin de l'enquête en vertu de l'alinéa 1 de l'art. 190, parce que la punissabilité a cessé à cause de grâce procédurale requéri d'office, le suspect peut demander la poursuite dans un délai de 8 jours ayant reçu l'arrête de non-lieu, dans ce cas l'enquête doit être poursuivie. (2) Si le suspect dans sa demande contre l'arrêt de non-lieu de l'enquête incrimine l'application du blâme et la fin de la procédure n'a pas d'autre cause, alors l'enquête doit être poursuivie. Le suspect en doit être instruit.*

Le suspect est le seul sujet de la voie de recours, ce n'est qu'à sa demande que l'enquête puisse être procédée dans les deux cas spéciaux. Dans ce dernier cas ce n'est pas un hasard si la notion légale est la poursuite «de la procédure pénale» et non plus de l'enquête. La conséquence de la demande du suspect sera la poursuite, mais ce ne sera plus l'enquête qui va se continuer– s'il n'y a plus de questions de fait ou points de droit à enquêter–, mais elle entre dans un autre étape, titulé l'étape d'accusation, où le procureur va inculper le suspect d'un acte. Le suspect peut demander recours au tribunal qui juge l'affaire. La décision de fond met en garde cette conséquence. Á noter que la conséquence de la demande du suspect contre l'arrêt de non-lieu peut être aussi la poursuite de l'enquête, mais cette demande est assurée d'une voie de recours.

**6. L'appel.** Comme l'appel ne peut être porté que contre le jugement des tribunaux durant toute la procédure pénale, contre la décision du juge d'enquête, comme une des voies de recours ordinaires. L'interjection d'appel est possible par les parties qui ont été informé de décision. En cas du prononcé d'un arrêt sans délai, la personne absente de la séance ayant droit dans un délai de trois jour, en cas d'une décision notifié dans un délai de trois jours (alinéa 1 de l'art. 215). Le droit d'appel est limité, l'appel n'est pas possible (alinéa 4 de l'art. 215)

- dans certains cas des mesures coercitives (la saisie des dossiers durant la perquisition dans le cabinet de notaire, d'avocat ou dans un établissement sanitaire) (alinéa 6-8 de l'art. 149); le refus de la perquisition très urgent du procureur ou de la proposition ayant pour but la réunion des jugement a posteriori (alinéa 3-6 de l'art. 151);

le refus de la proposition du procureur ayant pour but la saisie des dossiers du refus de témoigner (alinéa 2 de l'art. 153),

- le permis et l'arrêt de la saisie des données secrets (alinéa 4 et 6 de l'art. 203) (alinéa 3 de l'art. 205), le pourvoi en révision contre la décision du procureur (alinéa 2 de l'art. 151), la transformation judiciaire d'une amende de simple police imposée par le procureur (alinéa 6 de l'art. 161),

- certains actes d'enquête (l'audition des témoins protégés en particulier, mise en danger direct ou l'audition d'un témoin mineur) (alinéa 3-4 de l'art. 207),

- la décision concernant la proposition d'exécution de l'acte de preuve durant la séance.

Si quelqu'un fait appel dans les cas mentionnés ci-dessus – ainsi que dans les cas des décisions sans appel – le juge d'enquête ne doit pas disposer même du refus, il peut omettre de prendre la décision concernant l'appréciation de l'appel (alinéa 6 de l'art. 215).

A noter, que le règlement de l'alinéa 4 de l'art. 215 concernant l'exclus de l'appel contient un renvoi double, ce qui rend impossible son application en pratique. Des difficultés proviennent aussi de ce que dans les renvois se confondent les différentes voies de recours, même telles qui ne sont pas dans la compétence du juge d'enquête; ainsi p.ex. l'appréciation des plaintes contre la décision ordonnant la perquisition. (alinéa 4 de l'art. 215 renvoi au point e de l'alinéa 2 de l'art. 207, ce qui renvoi à l'alinéa 3 de l'art. 149 et concernant les décisions qui apprécient les plaintes contre les décisions nommées dans l'alinéa 2 de l'art. 150). Il serait plus utile d'énumérer dans la loi trop précise des décisions contre lesquelles l'appel n'est pas possible.

L'appel à l'effet juridique est jugé par le conseil de la juridiction de second degré quand le juge d'enquête le renvoi avec les actes en connexe après l'échéance du délai. La procédure pénale ne prescrit pas les recours judiciaires extraordinaires contre les décisions de la juridiction de second degré à l'effet juridique. L'appel n'a pas d'effet suspensif dans les cas de l'exécution des mesures de restriction de la liberté de la personne. Si le juge d'enquête prononce un non-lieu dans ce domaine et ce n'est fait que sur le vu des pièces (p.ex il ne prolonge pas le délai de l'arrestation provisoire) l'appel fait par le procureur à cet égard a un effet suspensif – si le non-lieu n'était pas prononcé à sa proposition –, l'exécution n'est pas possible jusqu'à l'appréciation.

Ainsi pourrait arriver un cas bizarre en pratique que le juge d'enquête en suite d'une arrestation provisoire de six mois n'a pas ordonné à la séance le prolongement de l'arrestation à la réquisition du procureur, mais il a mis fin des mesures coercitives contre les deux personnes âgées. Comme la décision a été prononcée à la séance et non seulement sur le vu des pièces ainsi l'appel du procureur n'a pas eu d'effet suspensif et les personnes mises en examen ont été délibérées. Mais la juridiction de second degré a reçu l'appel du procureur et dans une semaine – à grand surpris des accusés – des agents de police les ont arrêtés à la maison et les ont retransportés de continuer leurs arrestation provisoire.

**7. Conclusions.** Tout ce qui est décrit provient du principe d'avoir le droit au recours, ce qui est déclaré dans les sources nationales, notamment dans la Constitution et dans les sources internationales. Il est regrettable que la loi de la procédure pénale hongroise ne relève pas le principe, elle ne fait que le renvoi. Par contre son importance

ne se diminue pas car dans la procédure pénale peuvent arriver des erreurs graves ou moins graves, réelles ou présumées dans le domaine des questions de fait (error in facto), des questions du droit objectif (error in jure) des questions de procédure (error in procedendo). La commission des erreurs de ce type est inconciliable avec les fonctions générales de la procédure pénale, on a besoin des voies de recours, de la correction des erreurs. Il faut que l'affaire, le cas, des faits soient examinés par de différentes juridictions supérieures et que les erreurs soient corrigées et que le préjudice soit réparé. C'est une prétention à l'égard des autorités et des personnes qui appliquent le droit même dans l'étape préparatoire de la procédure c'est à dire dans l'étape d'enquête (dans notre système juridique).

# Politique criminelle: entre raison scientifique, rationalité économique et irrationalité politicienne ...

Nicolas QUELOZ

Professeur de droit pénal et de criminologie

Université de Fribourg – Suisse

## 1. Genèse et racines

Le pénaliste allemand Feuerbach (1801) utilisa le concept de «Kriminalpolitik» pour désigner «l'ensemble des procédés répressifs par lesquels l'Etat réagit contre le crime»<sup>1</sup> et préconisa, comme Beccaria (1764), la légalité du droit pénal: la loi pénale écrite est la pierre angulaire de la politique criminelle étatique, garde-fou de l'arbitraire et elle peut exercer une pression sur la population (impact du «code sacré des lois» de BECCARIA<sup>2</sup>, «contrainte psychologique» de Feuerbach) pour la retenir de commettre des infractions.

Beccaria affirmait encore que «le moyen le plus sûr, mais le plus difficile, de lutter contre le crime est de perfectionner l'éducation»<sup>3</sup>. Plus d'un siècle après lui, von Liszt (1882) prononcera cette phrase devenue célèbre: «Une bonne politique sociale est la meilleure politique criminelle».

Politique sociale, politique de l'éducation, politique criminelle: ont-elles des points communs? Oui, leurs racines communes sont d'être des politiques, publiques, faisant partie du contrôle social, selon la relation suivante:

- *Politique*
- *politiques publiques*
- *politiques de contrôle social*
- *politiques de sécurité*
- *politiques économiques et sociales*
- *politiques criminelles et politiques pénales*

Au sens large, la politique «concerne l'organisation, l'exercice du pouvoir, le gouvernement des hommes, par un Etat, au sein d'une société organisée»<sup>4</sup>. Au sens étroit de «policy», la politique désigne des programmes appliqués dans des domaines concrets de la vie de la Cité: ce sont les politiques publiques qu'une autorité «choisit d'engager pour intervenir – ou ne pas intervenir – dans un domaine spécifique»<sup>5</sup>: par exemple, la politique de la santé, la politique de la famille, de la jeunesse ou la politique de l'éducation.

Par le concept de «social control», Ross désignait à la fin du 19<sup>e</sup> siècle la capacité qu'une société a de se réguler elle-même en fonction de principes et de valeurs guides. Nous avons défini le contrôle social comme l'ensemble des valeurs, des normes et des actions (de prévention, d'intervention, de réaction) qui sont mises en oeuvre dans une

---

<sup>1</sup> Delmas-Marty, 1992, 13.

<sup>2</sup> Beccaria, 1965, 14.

<sup>3</sup> Beccaria, 1965, 78.

<sup>4</sup> Arnaud, 1993, 453.

<sup>5</sup> *Ibidem*, 457.

société afin de réguler, voire de discipliner la vie sociale<sup>6</sup>. Le *contrôle social* comprend donc l'ensemble des *processus de socialisation* (éducation, intégration) et de *resocialisation* ou de réinsertion sociale (l'un des buts des politiques pénales).

Les politiques de sécurité, qui font partie des processus de contrôle social, comprennent les actions engagées par un Etat pour protéger ses citoyens contre les dangers externes et internes (conflits, crises, attentats, accidents, crimes) menaçant leur sécurité et celle de la vie en société<sup>7</sup>. Elles sont donc plus larges et devraient inclure la politique criminelle.

## 2. Politique criminelle et politique pénale

Les concepts de *politique criminelle* et de *politique pénale* sont-ils différents?

Dans la conception «originelle» de Feuerbach et de la plupart des pénalistes, politique pénale et politique criminelle sont pris comme synonymes, ce qui est toutefois une conception trop restrictive de la politique criminelle.

En revanche, quand Ancel définit la politique criminelle comme «la réaction organisée et délibérée de la collectivité contre les activités délictueuses, déviantes ou antisociales»<sup>8</sup> ou Delmas-Marty comme «l'ensemble des procédés par lesquels le corps social organise les réponses au phénomène criminel» avec le droit pénal comme «noyau le plus dur»<sup>9</sup>, il ressort que la *politique pénale* n'est qu'un *sous-ensemble* de la *politique criminelle*. A vrai dire, au lieu de politique criminelle, il serait plus juste de parler de politique *anti-criminelle*, bien que nous n'aimions pas l'image d'une «lutte contre le crime» dont découle trop souvent un langage guerrier (de type «guerre aux criminels»).

Cusson, plutôt que de «politique criminelle», a toujours parlé de «*contrôle social du crime*»<sup>10</sup> pour «désigner les efforts de tous pour maintenir la délinquance dans des limites supportables» ou «l'ensemble des moyens mis en œuvre par les membres d'une société dans le but spécifique de contenir ou de faire reculer le nombre et la gravité des délits. La définition ... exclut donc ... les politiques économiques, sociales ou démographiques qui produisent ce résultat sans que leurs participants en aient l'intention nette»<sup>11</sup>. Nous avons donc ici une définition plus étroite du contrôle social (que celle donnée ci-dessus) et qui correspond au sens que nous souhaitons donner au concept de *politique criminelle*.

Quant à la *politique pénale*, comme l'un seulement des types d'action de la politique criminelle, elle vise à élaborer les *incriminations* (définition des infractions) et les *sanctions* qui s'ensuivent et qui s'individualisent dans les *sentences* prononcées par la justice pénale.

## 3. Sources de la politique criminelle

Sur quelles bases s'édifie la politique criminelle? La question est d'importance. Elle permet d'illustrer la distinction courante entre politique criminelle «*rationnelle*» et politique criminelle «*pratique*».

La politique criminelle «*rationnelle*» devrait être fondée sur des théories

---

<sup>6</sup> Queloz, 1988, 41.

<sup>7</sup> Cf. Cusson/Dupont/Lemieux, *Traité de sécurité intérieure*, Montréal, HMH, 2007.

<sup>8</sup> Ancel, 1975, 15.

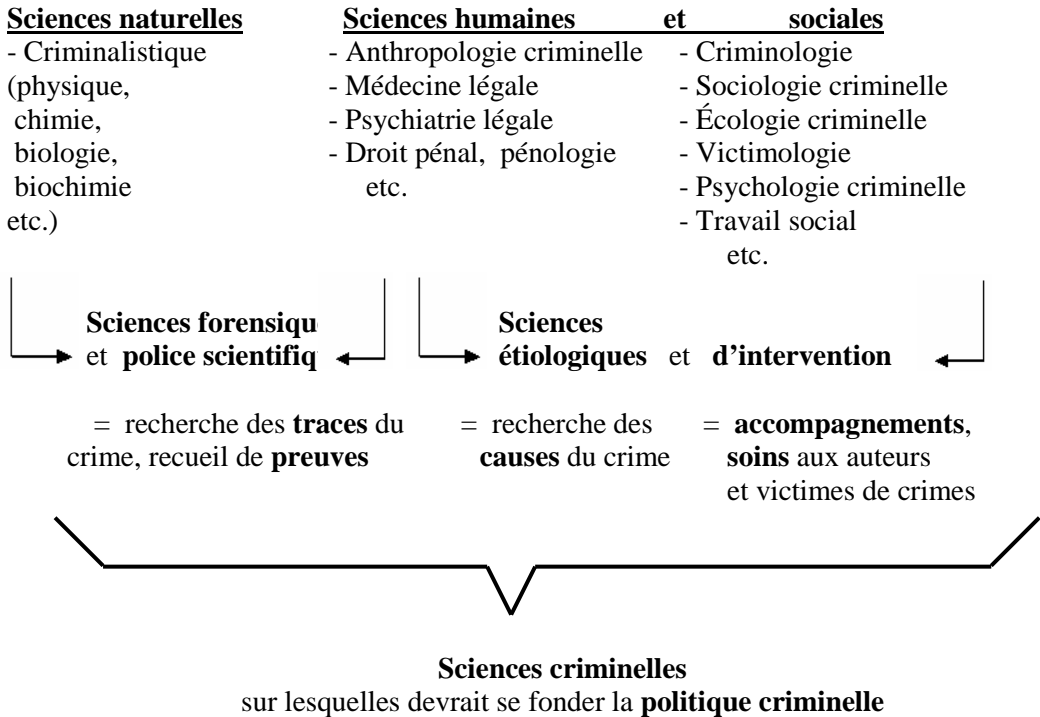
<sup>9</sup> Delmas-Marty, 1992, 13.

<sup>10</sup> Titre de son ouvrage de 1983 (Paris, PUF).

<sup>11</sup> Cusson, 2005, 119.

scientifiques et des données empiriques fiables. Ses sources principales résideraient dans les *sciences criminelles* (voir [figure 1](#)).

**Figure 1: Sciences criminelles et politique criminelle**<sup>12</sup>



Toutefois, sur la contribution des sciences criminelles à l'élaboration de la politique criminelle, les scientifiques ne se font aujourd'hui plus beaucoup d'illusions: la politique criminelle est très peu «rationnelle» (peu fondée sur les connaissances théoriques et empiriques acquises), très politisée (très influencée par les idées partisans, voire populistes<sup>13</sup>) et très émotionnelle (menée au gré, très médiatisé, des drames criminels et des dysfonctionnements des appareils de contrôle). C'est toute la difficulté de la relation complexe entre ce qui est vu comme l'«angélisme» des uns («théoriciens») et le «pragmatisme» des autres («praticiens», «décideurs»).

En ce qui concerne la politique criminelle «pratique», nous la définissons, dans une perspective interactionniste, comme le résultat d'un processus permanent de *confrontations sociales* entre quatre catégories d'acteurs sociaux (voir [figure 2](#)): des

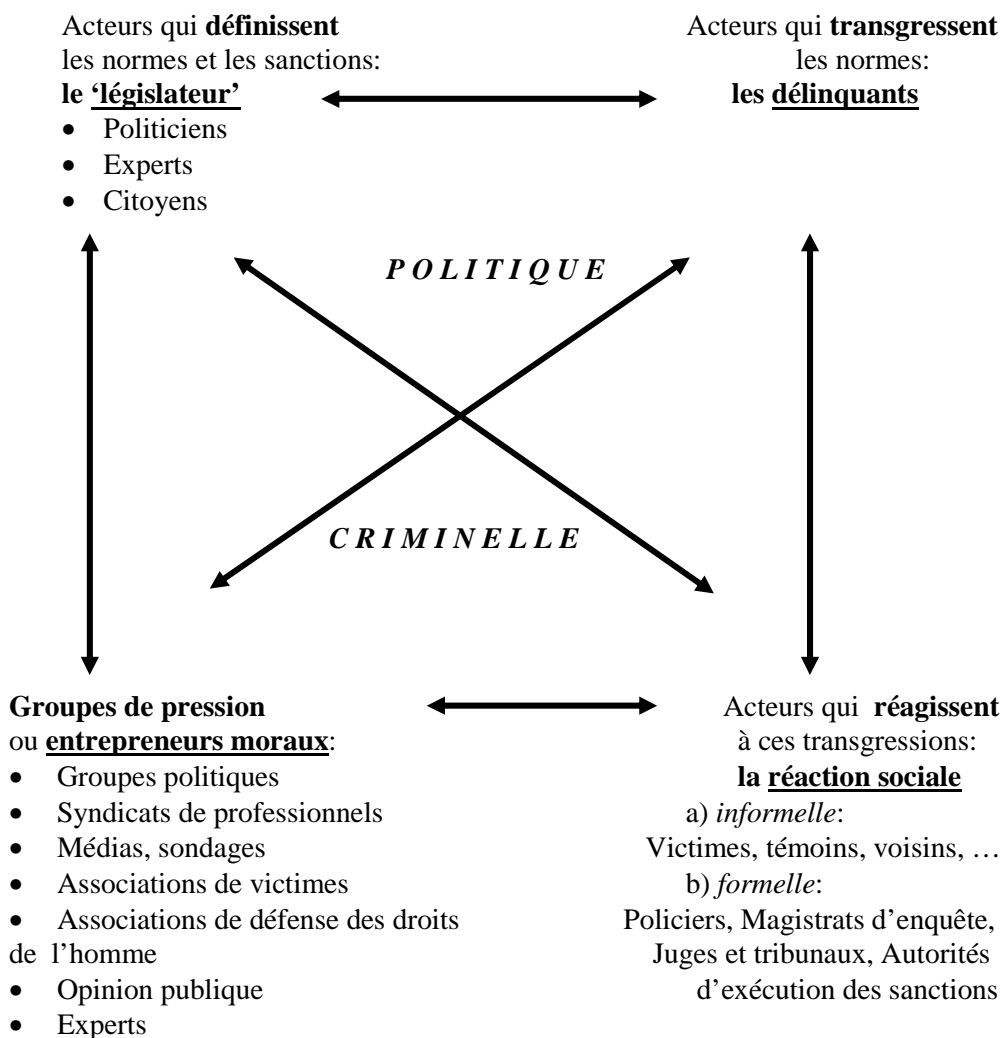
<sup>12</sup> Queloz, 2004, 324.

<sup>13</sup> Cf. D. Salas, *La volonté de punir: essai sur le populisme pénal*, Paris, Pluriel, 2008, qui constate qu'en France, la «dérive sécuritaire» a tourné au «populisme pénal», centré sur une «idéologie victimaire» ou sur l'obsession de protection des victimes, réelles et, plus encore, potentielles: gestion des risques «de devenir victime».



entrepreneurs de morale<sup>14</sup>, des acteurs qui définissent les normes d'incrimination et de sanction, des acteurs qui transgressent ces normes et des acteurs qui réagissent à ces transgressions.

Figure 2: *Politique criminelle comme produit de confrontations sociales*



Ces processus d'interactions conduisent aussi bien à la définition de politiques criminelles concrètes, qu'à celle des objets-cibles de ces politiques, à savoir les crimes, les criminels, la criminalité et ses victimes. Ce sont finalement des processus de construction-déconstruction-reconstruction constants de l'ordre social, dans lesquels ni le

<sup>14</sup> Au sens de H.S. Becker, *Outsiders*, Paris, Métailié, 1985, à savoir des individus et groupes de pression qui entreprennent «une croisade pour la réforme des moeurs» et croient ainsi poursuivre «une mission sacrée».

«rationnel», ni les «scientifiques» ne sont évidemment exclus<sup>15</sup>.

#### 4. Composantes essentielles de la politique criminelle

**4.1** Nous considérons les *objets-cibles* de la politique criminelle comme étant *les crimes* (aussi bien dans leur dimension de définition que d'action), *les criminels* (dans la double dimension des acteurs criminels et des représentations sociales qu'ils suscitent), *la criminalité* (avec une double dimension: «objective», comme ensemble des crimes commis dans un temps et un espace donnés et «subjective», comme objet de rumeurs, de peurs et de sentiments d'insécurité) et *les réponses* à ces phénomènes (de tout type organisé et quelles que soient leurs finalités), y compris la protection des *victimes* de la criminalité.

**4.2.** Quant aux *buts* de la politique criminelle, nous estimons qu'ils sont:

- de prévenir la criminalité ou d'éviter sa survenance;
- de la réduire et de la sanctionner là où elle existe;
- afin de protéger:
  - la société (biens collectifs, de sécurité et de paix publiques)
  - et les biens des personnes ainsi que leurs droits fondamentaux, aussi bien des victimes que des auteurs justiciables.

**4.3.** Dans la poursuite de ces buts, la politique criminelle exerce alors les *fonctions* majeures suivantes:

- de prévention, au sens de véritable proaction;
- d'intervention, qui comprend les actions de contrôle, de détection, de renvoi et d'enregistrement;
- de réaction ou «post-vention», dont les formes sont très variées et concernent particulièrement deux catégories d'acteurs: la sanction des délinquants, par des peines (qui peuvent frapper divers biens des condamnés) et des mesures (de suivi, de traitement, de sûreté); et l'aide aux victimes d'infractions, selon diverses formes de soutien et de réparation.

**4.4.** Enfin, les *moyens d'action* de la politique criminelle sont nombreux:

- politiques publiques, d'éducation, de prévention et de contrôle;
- et politiques pénales proprement dites, avec le droit pénal, l'organisation judiciaire, la procédure pénale et le domaine de l'application des sanctions.

Cusson distingue 3 grandes catégories d'action de contrôle social du crime:

- informelles: par l'éducation et la prévention développementale (formation de la conscience morale);
- situationnelles: par l'autoprotection (publique et privée);
- pénales: par les sentences et les sanctions pénales, qui peuvent viser la neutralisation, la persuasion, la réinsertion et la dissuasion.

---

<sup>15</sup> Par exemple, en Suisse, les débats relatifs aux infractions contre l'intégrité sexuelle, à l'interruption (punissable et non punissable) de la grossesse, aux initiatives populaires sur «l'internement à vie des délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables» (acceptée en 2004) et sur «l'imprescriptibilité de l'action pénale et de la peine pour les auteurs d'actes d'ordre sexuel ou pornographique sur des enfants impubères» (acceptée en 2008) sont des illustrations marquantes de ces processus de confrontations sociales.

Ensemble, ces trois types d'action devraient jouer un effet de limitation de la criminalité: «Selon cette logique, la criminalité est, par ricochet, façonnée par les décisions des acteurs du contrôle social, par cette myriade d'acteurs sociaux qui décident de faire ou de ne pas faire quelque chose contre le crime. Ou, plus précisément, elle résulte de la rencontre entre les décisions des agents du contrôle social et celles des contrevenants»<sup>16</sup>.

## 5. Politique criminelle et rationalité économique

L'évolution des politiques criminelles de ces vingt dernières années (en Amérique du Nord puis en Europe) démontre la place prioritaire prise par la rationalité économique, à tel point que les termes de «*gestion pénale*», de «*gestion de la sécurité*» et de «*gestion des risques*» (de criminalité et d'insécurité) tendent à se substituer à ceux de politique criminelle et de politique pénale.

Une lueur d'espoir émerge de cette logique de calcul permanent: elle peut mener à une réduction du recours à la peine de mort et à la peine privative de liberté. Les deux exemples suivants, tirés des débats récents de politique criminelle aux USA, où la philosophie de la «*deterrence*» (dissuasion par l'intimidation et la neutralisation pénales) est pourtant si forte, nous semblent très significatifs:

– Si, aux USA, ce ne sont que 12 Etats sur 51 qui ont *de jure* aboli la peine de mort, ce sont 19 Etats qui, *de facto*, à fin 2009, ne pratiquent plus la peine capitale. Au cours des années 2007-09, ce sont 2 nouveaux Etats qui ont aboli la peine de mort et 7 autres qui ont suspendu les exécutions capitales. «Ce qui explique les récents progrès du mouvement abolitionniste ... c'est une histoire de gros sous. La peine de mort coûte cher... Et en période de crise, elle aurait même tendance à devenir un luxe, que certains Etats américains ne peuvent plus s'offrir. Des initiatives sont en cours dans une dizaine d'Etats américains pour abolir la peine capitale»<sup>17</sup>.

– La peine privative de liberté est utilisée à plein régime aux USA, selon des tarifs («*sentencing guidelines*») très rigides et des règles inflexibles (comme celle du «*three strikes and you are out*»). Cette politique d'incarcération forcenée a conduit à une très forte surpopulation carcérale. Le record est atteint par la Californie, l'un des plus gros Etats incarcérateurs du monde<sup>18</sup> qui, depuis 30 ans, a dépensé tellement pour ses prisons que c'est tout son système d'éducation et de formation qui en subit les réductions désastreuses. En septembre 2009<sup>19</sup>, sous la pression de la crise économique, les parlementaires californiens ont voté un plan visant à réduire la population carcérale de près de 25'000 prisonniers d'ici deux ans: le gouverneur Schwarzenegger avait demandé une réduction de 55'000 prisonniers en soulignant que la Californie dépense près de 49'000 dollars par an et par prisonnier.

Nous sommes pleinement d'accord avec Kellens lorsqu'il affirme qu'il faut être conscient de la portée de ses choix<sup>20</sup>: «Il faut savoir que la violence des moyens est un

---

<sup>16</sup> Cusson, 2005, 138.

<sup>17</sup> Article RFI, Sylvain Biville, 18.03.2009.

<sup>18</sup> Avec notamment la Russie, Cuba et la Chine.

<sup>19</sup> La Californie comptait alors 170'000 prisonniers, pour une capacité théorique de 85'000: Los Angeles Times, 12.09.2009.

<sup>20</sup> Kellens, 1991, 303.

élément d'une société violente. Il faut savoir que l'enfermement est un élément d'une société fermée. Les choix sont étroitement liés. Ils se libèrent ou s'étranglent mutuellement».

### Références

- M. Ancel, Pour une étude systématique des problèmes de politique criminelle, *Archives de politique criminelle*, 1975, 15 ss.
- A. J. Arnaud (sous la direction de), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993.
- C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Genève, Droz, 1965.
- M. Cusson, *La criminologie*, Paris, Hachette, 4<sup>e</sup> édition 2005.
- M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, PUF, 1992.
- G. Kellens, *Précis de pénologie*, Liège, Faculté de droit, 1991.
- N. Queloz, La sociologie du contrôle social, *Revue internationale de sociologie*, 1988, 7-47.
- N. Queloz, Quelle(s) criminologie(s) demain? In B. Brägger et al. (EDS.), *La criminologie, évolutions scientifiques et pratiques*, Zurich, Ruegger, 2004, 321-347.

# Pierderea dreptului de opțiune rezultat din alternativitate

## Revoking right of option resulted from alternative obligations

Asist. univ. dr. *Irina Olivia POPESCU\**

### Rezumat

*Obligația alternativă reprezintă acel tip de obligație plurală al cărei obiect constă în două sau mai multe prestații, dintre care, la alegerea uneia dintre părți, executarea unei singure prestații duce la stingerea obligației. Potrivit legislației naționale, dreptul de opțiune între cele două sau mai multe prestații ale obligației alternative aparține debitorului, creditorul având posibilitatea de a-și exprima dreptul de opțiune numai în cazul unei stipulații exprese în acest sens. În cazul în care debitorul nu dorește să iasă din pasivitate se pune problema cum se poate concilia imprescriptibilitatea dreptului de opțiune al debitorului cu posibilitatea creditorului de obține executarea uneia dintre prestațiile obligației alternative. Așa cum vom observa din analiza realizată în cele ce urmează, soluțiile oferite de doctrina și jurisprudența națională nu beneficiază de un suport legislativ, dând astfel naștere la controverse.*

### Abstract

*Alternative obligation represents that type of plural obligation whose object consists in two or more benefits, of which the choice of a party, the performance of a single benefit leads to the settlement of the obligation. According to national codification, the right of choice between two or more benefits of the alternative obligation belongs to the debtor, the creditor being able to express the right of choice only in the presence of an express stipulation to that effect. If the debtor does not want to get out of passivity, it appear the problem concerning how to reconcile the inalienable right of option of the debtor with the possibility of the creditor to obtain the execution of one of the benefits of the alternative obligation. As we will see from the analysis realized below, the solutions offered by the national doctrine and case law have no legislative support, thus giving rise to controversy.*

**Cuvinte-cheie:** *obligație alternativă; drept de opțiune; decădere din termen; imprescriptibilitatea dreptului de opțiune; doctrina și jurisprudența națională; dreptul de opțiune al creditorului*

**Keywords:** *alternative obligation; right of choice; inalienable right of choice; national doctrine and case law; right of choice of creditor*

**1. Obligațiile alternative în reglementarea Codului civil român.** Potrivit doctrinei de specialitate obligația alternativă reprezintă acel tip de obligație plurală al cărei obiect constă în două sau mai multe prestații, dintre care, la alegerea uneia dintre părți,

---

\* Autorul este cadru didactic la Facultatea de Drept și Științe Administrative a Universității din Craiova.

executarea unei singure prestații duce la stingerea obligației<sup>1</sup>. Vom fi în prezența unei astfel de obligații dacă debitorul se angajează să-i predea creditorului fie un televizor, fie o sumă de bani. Ca atare obligația alternativă are o pluralitate de obiecte.

Obligația alternativă nu se prezumă, ci trebuie stipulată în mod expres, având în vedere că obligația pură și simplă constituie regula, în timp ce obligația alternativă constituie excepția.

Executarea uneia dintre prestațiile prevăzute alternativ duce la stingerea obligației în întregime<sup>2</sup>. Chiar în situația în care cele două sau mai multe prestații alternative sunt inegale, executarea uneia dintre ele duce la stingerea obligației în totalitate<sup>3</sup>.

Regula în materie este că alegerea între cele două sau mai multe prestații aparține debitorului. Potrivit art. 1027 C. civ. alegerea aparține creditorului numai în cazul unei stipulații exprese în acest sens.

În cazul în care, la data scadenței debitorul nu își exprimă opțiunea pentru una dintre cele două prestații, în doctrina de specialitate națională s-a exprimat opinia potrivit căreia, creditorul poate cere executarea silită pentru oricare dintre prestațiile datorate, dar numai pentru una dintre ele<sup>4</sup>.

Potrivit art. 1028 din C. civ., oricare ar fi prestația aleasă pentru a fi executată, debitorul nu poate obliga creditorul să primească doar o parte din datorie având în vedere că s-ar aduce atingere principiului indivizibilității plății, iar excepțiile de la acest principiu sunt de strictă interpretare.

Așa cum se arată în art. 1029 C. civ.<sup>5</sup>, dacă unul dintre obiectele prevăzute alternativ este ilicit, imoral sau imposibil, obligația va fi considerată ca având un singur obiect, care trebuie executat, fiind deci o obligație pură și simplă.

Obligația devine pură și simplă și în situația în care unul dintre cele două lucruri piere fortuit, din culpa debitorului ori lucrul nu mai poate fi predat din orice altă cauză<sup>6</sup>, când spre exemplu el a fost expropriat pentru cauză de utilitate publică.

Art. 1030 dispune că debitorul, în această situație nu poate oferi creditorului prețul lucrului pierit, ci este obligat să execute cealaltă prestație<sup>7</sup>.

## 2. Dreptul potestativ de a alege în caz de alternativitate și prescripția extinctivă.

În categoria drepturilor secundare<sup>8</sup> (potestative) intră și dreptul de opțiune în situația obligației alternative. Având în vedere faptul că nu dau naștere în mod direct unui drept la acțiune, ci reprezintă posibilitatea de a da naștere unor efecte juridice ce afectează și

---

<sup>1</sup> C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, ed. a IX-a, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 397; I. P. Filipescu, A.I. Filipescu, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Universul Juridic, București, 2004, p. 299; C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. 2, Ed. All, București, 1998, p. 420.

<sup>2</sup> A se vedea Decizia Secției Comerciale a Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 381/02.06.2008.

<sup>3</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 7<sup>me</sup> éd., Dalloz, Paris, 1999, p. 1035.

<sup>4</sup> C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 399; I. P. Filipescu, A. I. Filipescu, *op. cit.*, p. 300.

<sup>5</sup> Textul de lege menționat reproduce reglementarea franceză cuprinsă în art. 1192 C. civ. fr.

<sup>6</sup> I. P. Filipescu, A. I. Filipescu, *op. cit.*, p. 300.

<sup>7</sup> A se vedea Decizia nr. 2099/07.03.2007, Secția civilă și de proprietate intelectuală a Înaltei Curți de Casație și Justiție.

<sup>8</sup> În literatura de specialitate, se arată că drepturile secundare (potestative) reprezintă mai degrabă niște simple facultăți, beneficii legale sau convenționale, nefiind veritabile drepturi subiecte civile. A se vedea G. Boroi, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 362.

interesele altei persoane prin manifestare unilaterală de voință, drepturile secundare sunt apreciate ca fiind imprescriptibile extinctiv<sup>9</sup>. Cu toate acestea, termenul de prescripție extinctivă va opera în mod indirect, având în vedere faptul că dreptul la acțiune având ca izvor raportul juridic referitor la care s-a exercitat dreptul secundar este prescriptibil.

În aceste condiții se pune problema concilierii imprescriptibilității dreptului debitorului de a face alegerea în cazul unei obligații alternative cu prescriptibilitatea dreptului de creanță al creditorului. Cu alte cuvinte, atâta timp cât facultatea debitorului de a alege nu este afectată de termenul de prescripție, care este posibilitatea pe care o are creditorul de a-și valorifica dreptul de creanță?

În măsura în care creditorul investeste instanța de judecată cu o cerere de chemare în judecată prin care solicită obligarea debitorului la executarea obligației alternative așa cum este prevăzută în raportul juridic stabilit între părțile contractante, nu există nicio problemă.

Apar însă dificultăți, în situația în care creditorul introduce o acțiune prin care solicită obligarea debitorului la executarea uneia dintre prestațiile prevăzute în mod alternativ, cu toate că nu există o stipulație expresă în acest sens în convenția părților.

O primă soluție, care ar avea ca temei legal însuși art. 1027 din C. civ. ar fi respingerea acțiunii. Astfel, nefiind prevăzută facultatea creditorului de a alege, instanța nu poate suplini voința părților, neexistând un text de lege care să o îndreptățască să acționeze astfel.

O a doua soluție, ar fi în mod evident admiterea acțiunii creditorului prin care solicită obligarea debitorului la executarea unei prestații precise.

**3. Temeiul legal potrivit căruia creditorul poate face alegerea în situația în care debitorul nu iese din pasivitate.** În ceea ce privește posibilitatea creditorului de a cere executarea obligației alternative, în cazul în care debitorul nu face alegerea, ne punem întrebarea care este temeiul legal care stă la baza posibilității creditorului de a alege între cele două obiecte, la momentul la care obligația a devenit exigibilă.

O posibilitate o reprezintă asemănarea între lucrurile de gen și obligațiile alternative<sup>10</sup>. Pe scurt, în funcție de modul în care sunt determinate, deosebim între bunuri individual determinate (*res certa*), care se individualizează prin însușiri specifice și bunuri determinate generic (*res genera*), care se individualizează prin însușirile speciei sau categoriei din care fac parte<sup>11</sup>. În calificarea unui bun ca fiind individual determinat sau generic trebuie să avem în vedere atât natura bunului cât și voința părților exprimată în actul juridic civil respectiv deoarece este posibil ca un bun generic să fie considerat de părți ca fiind individual determinat<sup>12</sup>. Clasificarea bunurilor în certe și generice prezintă importanță în special pe planul transmiterii dreptului de proprietate. Astfel, dacă în cazul bunurilor individual determinate proprietatea se transmite la momentul realizării acordului de voință al părților, situația este diferită în cazul bunurilor generice. În actele juridice translativ de drepturi reale, momentul transmiterii dreptului real coincide cu

<sup>9</sup> G. Boroi, *op. cit.*, p. 362; Gh. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2005, p. 267.

<sup>10</sup> F. Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Ed. Universul Juridic, București, 2001, p. 16; L. Stănciulescu, *Drept civil. Contracte speciale. Succesiuni*, Ed. All Beck, București, 2002, p. 13.

<sup>11</sup> V. V. Popa, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Ed. C. H. Beck, București, 2006, p. 59.

<sup>12</sup> G. Boroi, *op. cit.*, p. 103.

momentul individualizării, cu excepția cazului în care părțile au prevăzut contrariul. Ca regulă, transferul dreptului de proprietate operează odată cu predarea deoarece numai în acest moment se realizează individualizarea bunurilor.

În cuprinsul art. 1678 din Noul Cod civil se arată că proprietatea în cazul bunurilor de gen se transferă numai după individualizarea bunurilor prin predare, numărare, cântărire, măsurare ori prin orice alt mod convenit sau impus de natura bunului.

Revenind la asemănarea între lucrurile de gen și obligațiile alternative, putem concluziona că, atât în situația lucrurilor de gen cât și în cazul obligației alternative proprietatea se transmite în momentul individualizării, care ia forma cântăririi, numărării sau măsurării<sup>13</sup> în cazul bunurilor generice și forma alegerii între cele două sau mai multe obiecte în cazul obligațiilor alternative.

În cazul în care, cele două obiecte ale obligației alternative sunt bunuri de gen, pentru a opera transferul dreptului de proprietate, trebuie să se realizeze atât alegerea cât și individualizarea propriu-zisă a bunului ales<sup>14</sup>. Așa cum am arătat, în cazul bunurilor determinate generic, transferul dreptului de proprietate se realizează la momentul individualizării pentru că până la acest moment nu se cunosc care sunt bunurile ce urmează a fi predate. La termenul stipulat de părți sau în lipsă, la cererea cumpărătorului vânzătorul trebuie să individualizeze lucrul vândut și să-l predea cumpărătorului. Dacă vânzătorul nu și îndeplinește obligația, va răspunde pentru neexecutarea obligației asumate<sup>15</sup>.

În același mod poate funcționa și executarea unei obligații alternative. Astfel, dacă la termenul stabilit de părți, debitorul nu realizează alegerea în scopul individualizării obiectului obligației, creditorul îi poate cere individualizarea. Refuzul debitorului de a individualiza echivalează cu neexecutarea obligației asumate. Cu toate acestea, așa cum am arătat dreptul debitorului de a face alegerea este imprescriptibil și ca atare, am ajuns în același punct al analizei din care am pornit și astfel nici această asemănare nu ne oferă o soluție concretă.

Temeiul legal al dreptului de opțiune rezultat din alternativitate poate fi reprezentat de chiar art. 1026-1028 C. civ., dacă realizăm o interpretare extensivă a textelor legale menționate.

**4. Dreptul de opțiune și soluția oferită de jurisprudența națională.** În Decizia nr. 2909 din 13.11.2009 a Înaltei Curți de Casație și Justiție se arată că *în ceea ce privește raportul juridic stabilit între părți, ca fiind un raport complex, respectiv obligația alternativă a debitorului de a restitui datoria sau de a cesiona creanța sa de valoare egală cu datoria cu consecința stingerii obligației urmare executării unei singure prestații, dreptul de a alege între obiectele obligației aparține creditorului după expirarea termenului, respectiv ajungerea obligației la scadență conform art. 1026-1028 C. civ. care constituie sediul materiei. Astfel spus, debitorul are alegerea numai în momentul plății, respectiv al executării obligației, după expirarea termenului, dreptul de a alege aparține creditorului, deoarece debitorul, prin neexecutarea niciuneia dintre prestații se consideră că a renunțat la această alegere.*

<sup>13</sup> În situația în care creanța nu prevede un termen în favoarea creditorului iar acesta refuză plata, debitorul poate proceda la oferta reală urmată de consemnațiune și individualizează obiectul obligației constând în bunurile generice, prin această procedură. A se vedea C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 335.

<sup>14</sup> Fr. Deak, *op. cit.*, p. 16.

<sup>15</sup> *Ibidem.*



Totodată, în Decizia C.A. Braşov, nr. 410 din 10.05.1994, se arată că, dacă debitorul nu a luat măsura necesară unei executări voluntare la momentul la care obligaţia devenise exigibilă, acesta pierde opţiunea acordată de lege. De asemenea, în speţă se mai arată că, în cazul în care lucrul promis nu mai poate fi predat, chiar din culpa debitorului, potrivit dispoziţiilor art. 1030 alin. 1 C. civ. obligaţia alternativă devine simplă. Cu toate acestea, debitorul nu se poate libera prin plata contravalorii acestui lucru. Aşa cum se arată în speţa menţionată, *împrejurarea liberatorie invocată nu a fost pieirea fizică a lucrului, ci pieirea sa juridică, realizată prin fraudă de către debitor, constând în vânzarea lui în scopul zădărnirii executării hotărârii într-un moment când, după ce obligaţia devenise exigibilă, debitorul nu a luat măsura necesară unei executări voluntare, pierzând opţiunea acordată de lege. Într-o astfel de situaţie, a admite că debitorul este descărcat prin consemnarea preţului, ar însemna consacarea dublei sale culpabilităţi (culpa constatată în procesul de fond şi fraudă din faza execuţională) ca izvor de drept, ceea ce nu se poate admite.*

**5. Pierderea dreptului de opţiune în viziunea doctrinarilor francezi.** Doctrina franceză, aşa cum vom vedea în continuare oferă o soluţie diferită problemei analizate. Cu toate că textele de lege din Codul civil român reproduc cu fidelitate reglementările franceze privind obligaţiile alternative, în doctrina de specialitate din această ţară a fost exprimat un punct de vedere diametral opus faţă de opinia doctrinarilor români. Ca atare, se susţine faptul că, în ipoteza în care, la scadenţă, debitorul nu face alegerea, creditorul poate apela la instanţa de judecată pentru a-l condamna să facă alegerea<sup>16</sup>. Instanţa de judecată nu poate însă să facă alegerea în locul debitorului şi nici nu poate autoriza alegerea uneia dintre prestaţii de către creditor. Dacă, şi după ce a fost condamnat de către instanţă să facă alegerea, debitorul rămâne în pasivitate, în doctrina franceză se arată că instanţa de judecată va pronunţa rezoluţiunea contractului şi va obliga debitorul la plata de daune-interese<sup>17</sup>.

**6. Critica soluţiei oferite de doctrina franceză.** Dreptul de critică al soluţiei oferite de doctrinarii francezi are ca punct de plecare ideea de salvagardare a contractului ce reiese din încercările de codificare a dreptului european în materia contractelor. Astfel, Anteproiectul de Cod European al Contractelor cuprinde toate sancţiunile care afectează contractul în Titlul XI, intitulat „Alte anomalii şi remedii ale contractului”. Din plasarea nulităţii, caducităţii, ineficacităţii, inopozabilităţii, simulaţiei în categoria anomaliilor şi a remediilor contractuale, şi nu în secţiunea dedicată „problemelor generale” sau „modalităţilor de stingere a obligaţiilor”, reiese dorinţa autorilor Anteproiectului de Cod European al Contractelor „de a aşeza pe primul plan ideea de salvare a contractului prin eradicarea, eliminarea, purificarea acestuia de vicii şi vede numai ca o soluţie finală nimicirea actului. De altfel această idee reiese şi din obligaţia ce incumbă părţilor de a purta negocieri prelabile pentru a rezolva problemele pe plan extrajudiciar”<sup>18</sup>.

De asemenea, tergiversarea raporturilor juridice stabilite între creditor şi debitor poate avea consecinţe negative importante asupra activităţii creditorului. Imposibilitatea

<sup>16</sup> Y. Buffelan-Lanore, *Droit civil*, 7<sup>ème</sup> ed., Ed. Armand Colin, Paris, 2000, p. 177.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> V. V. Popa, *op. cit.*, p. 193.

acestui de a face alegerea între cele două sau mai multe obiecte ale obligației alternative nu face decât să prelungească incertitudinea asupra siguranței economice a creditorului.

Mai mult decât atât, faptul că un creditor, în această situație nu are decât posibilitatea de a se adresa instanței de judecată pentru a-l condamna pe debitor să facă alegerea nu oferă nicio soluție în plus de vreme ce nu face decât să reitereze situația premisă. Atâta timp cât debitorul, la scadență, nu face alegerea, deși este pasibil de plata de daune-interese pentru neexecutarea unei obligații contractuale, este puțin probabil că o va face în cazul în care va fi condamnat de instanță.

Soluția finală oferită de doctrina franceză este de asemenea neavantajoasă pentru creditor care nu are decât posibilitatea de a cere desființarea contractului. Ca atare, cu toate că o parte contractuală a intrat cu bună-credință în raportul juridic și și-a executat sau s-a declarat gata să-și execute obligațiile contractuale, se vede în ipostaza de a cere desființarea contractului cu toate că această soluție poate fi prejudiciabilă din perspectiva sa.

Ca atare, soluția oferită de jurisprudența națională ne apare ca fiind mult mai avantajoasă atât din punct de vedere economic cât și din punct de vedere juridic.

Nu vedem care este motivarea pentru care creditorul nu poate face alegerea între cele două obiecte ale obligației, atâta timp cât până la scadență debitorul a decis să rămână în pasivitate cu privire la efectuarea alegerii.

Oricum faptul că potrivit art. 1026 C. civ., debitorul face alegerea, iar creditorul numai în caz de stipulație expresă, în spiritul noilor realități economice și juridice, trebuie înțeles în sensul că numai debitorul poate face alegerea în termenul care i s-a acordat în acest sens, iar creditorul nu poate face alegerea în acest interval de timp decât în caz de stipulație expresă.

Este și normal să fie așa, având în vedere regula potrivit căreia termenul este presupus a fi prevăzut în favoarea debitorului, dacă nu rezultă din stipulație expresă sau din circumstanțe că a fost prevăzut și în favoarea creditorului<sup>19</sup>. În sprijinul acestei opinii poate fi adusă și reglementarea cuprinsă în viitoarea codificare civilă națională potrivit căreia, dacă debitorul nu își exprimă opțiunea în termenul care îi este acordat în acest scop, alegerea prestației va aparține creditorului.

**7. Diferența între obligația alternativă și titlul executoriu cu obligație alternativă.** Un alt aspect demn de menționat este reprezentat de faptul că obligația alternativă nu trebuie confundată cu titlul executoriu cu obligare alternativă. Așa cum se arată și în Decizia nr. 686 din 20.03.2000 a Curții de Apel București, *în cazul titlurilor executorii care stabilesc obligația de predare a lucrului sau plata contravalorii lui, prestația este unică și presupune executarea în natură, iar creditorul are posibilitatea de a proceda la executarea prin echivalent numai în ipoteza în care executarea în natură a devenit imposibilă.*

Cu toate că între titlul executoriu cu obligare alternativă și obligația alternativă există anumite similitudini, cele două instituții nu se suprapun. Astfel, în cazul titlurilor executorii care stabilesc obligația de predare a lucrului sau plata contravalorii lui, creditorul poate proceda la executarea prin echivalent numai dacă executarea în natură a devenit imposibilă. În situația obligațiilor alternative însă, așa cum am arătat, debitorul

---

<sup>19</sup> Art. 1024 C. civ.

urmează a alege obiectul obligației de executat, creditorul beneficiind de această facultate numai în caz de stipulație expresă, în condițiile stabilite de art. 1026-1033 C. civ.

Se arată totodată în decizia menționată că, *în cazul titlului executoriu cu obligare alternativă, obligația care s-a născut sub forma unei prestații unice nu se transformă, cu prilejul executării silită, în obligație alternativă, cu opțiune de executare la latitudinea creditorului. Executarea silită presupune executarea în natură, iar intervertirea în executare prin echivalent a obligației de predare a bunului se face numai în ipoteza imposibilității de executare în natură. Deoarece principiul executării în natură rezultă din art. 572 și art. 575 C. pr. civ., titlul executoriu cu obligare alternativă, în afara opțiunii ambelor părți implicate în executarea silită, obligă, dacă este posibil, la executarea în natură.*

#### **8. Obligația alternativă în viitoarea reglementare națională – Noul Cod civil.**

Noul Cod civil, întocmai ca actuala reglementare, reiterează în cuprinsul art. 1462 alin. 1, principiul potrivit căruia alegerea prestației în cazul obligației alternative aparține debitorului, creditorul putându-și exprima opțiunea pentru una dintre cele două prestații numai în caz de stipulație expresă. Limitele alegerii debitorului și implicit imposibilitatea încălcării principiului indivizibilității plății sunt prevăzute expres în cuprinsul art. 1463. Viitoarea reglementare civilă soluționează foarte clar situația în care debitorul rămâne în pasivitate și nu face alegerea la scadență. Astfel, în art. 1462 alin. 2 se arată că, „dacă partea căreia îi aparține alegerea prestației nu își exprimă opțiunea în termenul care îi este acordat în acest scop, alegerea prestației va aparține celeilalte părți”. Ca atare, controversele existente între soluția oferită de doctrina națională și cea oferită de doctrina franceză sunt soluționate prin intermediul viitoarei reglementări.

# **Antecontractul – etapă procedurală în formarea contractului de transport feroviar de mărfuri**

## **The pre-contract – procedure stage at the conclusion of the railway transportation contract**

*Lect. univ. dr. Cristina STANCIU\**

### **Rezumat**

*Dreptul civil asigură un fundament juridic pentru dreptul transporturilor, așa cum o face și pentru alte ramuri din sfera dreptului privat, dar, dreptul transporturilor rămâne, totuși, o ramură autonomă, cu particularitățile și specificitățile de rigoare. Una din consecințele care decurg din această calitate de fundament juridic este faptul că ea, adică ramura de drept civil, oferă un ansamblu de noțiuni și instituții juridice utilizate și în sfera dreptului transporturilor, ca și în alte ramuri de drept: noțiunea de contract, de antecontract, contract sinalagmatic, condiții de valabilitate ale unei convenții, răspundere civilă, delictuală sau contractuală, principii din materia contractuală, etc, un adevărat „instrumentar” a cărui structură îi servește drept „bază” juridică contractului de transport. Și contractul de transport de mărfuri pe calea ferată în trafic intern apelează la acest „instrumentar” de drept civil, atât în ansamblul său, cât și în privința etapelor procedurale pentru încheierea contractului de transport feroviar.*

### **Abstract**

*As it does for other branches in the field of private law, civil law assures a juridical ground for transportation law too, but yet this latter remains an autonomous branch, with its own peculiarities and specific marks. One of the consequences issued from this quality of being a juridical ground is that civil law offers an aggregate of juridical concepts and institutions used as well by transportation's law and by other law branches. This is a real „tool box” upon which the transportation contract relies juridical as upon a „basis”. The „tool box” offers a structure containing concepts like: contract, pre-contract, synallagmatic contract, validity requirements for a convention, civil liability, either contractual or for misdemeanors, principles used in the matter of contracts, etc. This „tool box” from civil law is employed by the merchandises' transportation contract for internal railroad traffic. And it is used of as well as an aggregate in its entirety as concerning the stages of procedure required for concluding the railroad transportation contract.*

**Cuvinte cheie:** *antecontract; obligații precontractuale; efecte juridice; drept civil; dreptul transporturilor; contract de transport*

**Keywords:** *pre-contract; pre-contract obligations; juridical effects; civil law; transportation law; transportation contract*

---

\* Autorul este cadru didactic la Facultatea de Drept și Științe Administrative a Universității din Craiova.

**Formarea progresivă a contractelor.** De regulă, în încheierea unui contract distingem două etape care, deși în practică adesea nu se deosebesc datorită succesiunii lor quasi-simultane, totuși, din punct de vedere teoretic pot fi evidențiate ca fiind distincte.

Prima etapă este aceea în care au loc discuțiile între părți pentru a se pune de acord asupra contractului pe care urmează a-l încheia, asupra elementelor acestui contract și a clauzelor sale particulare. În această fază părțile vor stabili operațiile ce urmează a fi îndeplinite: o vânzare, o locațiune, un schimb, un împrumut, un depozit, un comodat ori un contract nenumit. În continuare ele se înțeleg asupra elementelor specifice ale contractului: într-un contract de vânzare părțile trebuie să convină mai întâi asupra transferării proprietății, asupra vânzării, apoi asupra obiectului vândut și a prețului. Urmează stabilirea clauzelor speciale: modul de plată a prețului, predarea lucrului, clauzele de nerespabilitate sau respabilitate atenuată pentru viciile bunului, etc., ajungând astfel în fața unui proiect de contract.

Correspondentul teoretic al acestei etape este așa numita „teorie a formării progresive a contractelor” care își găsește explicația în constatarea decalajului dintre explicația tradițională a genezei instantanee a convențiilor și situațiile practice în care voința juridică „se maturizează progresiv”, prin parcurgerea unei evoluții cuprinzând două sau mai multe etape decisive. Așadar, consimțământul la contractul final și obiectul convenției finale pot prinde contur și în mod etapizat, drepturile și obligațiile ce vor fi generate pentru părți de către viitoarea convenție fiind supuse unui proces mai mult sau mai puțin lent de negociere sau de gândire. Astfel, reprezintă cazuri de formare progresivă a obiectului contractului final: oferta cu rezerve obiectuale, promisiunea sinalagmatică de contractare, promisiunea unilaterală de contract<sup>1</sup>.

În sfera voinței, deosebim următoarele componente: perimetrul nejuridic al voinței și perimetrul juridic al acesteia.

În perimetrul nejuridic al acesteia se înscriu toate întreprinderile de ordin volitiv ale individului, inclusiv cele care se realizează prin participarea la diferitele acorduri de voință. Sunt acorduri de voință care rămân în afara perimetrului juridic al acesteia pentru că nu conțin elementul esențial: nu creează angajamente juridice și deci, nu dau naștere la drepturi și obligații. Intră în această categorie, de exemplu, acordurile ce se realizează pe planul curtoaziei și complezenței care formează conținutul unor legături ce nu produc efecte juridice.

În perimetrul juridic al voinței intră, însă, neîndoielnic, contractele. În cele mai multe cazuri, formarea convenției este progresivă volițional, părțile însele fiind cele care, urmând cursul negocierilor, ajung la acorduri fragmentare, cărora dreptul pozitiv le recunoaște calitatea de contracte veritabile, aplicându-le normele generale în materie de convenții ori alocându-le drept un regim juridic specific. Misiunea lor este fie să faciliteze încheierea contractului final, fie să creeze relațiile dintre părți în această perioadă. Aceste construcții juridice „fragmentare” necesită abordări teoretice clare care să le stabilească fiecareia în parte conținutul și natura juridică și să le determine efectele ce le produc și să le departajeze de contractul final. Un contract cu forță obligatorie implică o manifestare de voință individuală a fiecăruia dintre contractanți prin care să-și exteriorizeze hotărârea de a încheia contractul astfel cum a fost convenit. Aceasta este cea de a doua fază care finalizează contractul spre deosebire de cea dintâi care îl prepară și a cărei analiza juridică ne-am propus s-o abordăm.

---

<sup>1</sup> J. Goicovici, *Formarea progresivă a contractului*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, pp. 7-15.

**Etapa precontractuală.** Etapa precontractuală este etapa prealabilă încheierii unui acord, unui contract și este definită ca totalitatea actelor și faptelor juridice întreprinse în scopul încheierii acordului, contractului.

Etapa precontractuală, ca etapă cu implicații juridice, nu beneficiază în sistemul nostru de drept de o reglementare juridică specială. Nici Codul civil, nici Codul comercial nu se concentrează asupra acestei etape, ci mai ales asupra contractului pe care această etapă îl prepară, cu toate că, de multe ori, în această fază precontractuală părțile „se obligă” și se nasc obligații precontractuale pentru aceștia. Altfel spus, această fază este producătoare de efecte juridice.

Formarea contractului prin consimțământ imediat și simultan<sup>2</sup> este apanajul teoriei clasice a formării contractului ce presupune formarea instantanee a acestuia.

Așa cum am mai precizat, teoria formării progresive a contractelor ia amploare în raport cu teoria clasică a formării contractului și ea presupune constatarea unui decalaj între explicația tradițională a genezei instantanee a convențiilor și situațiile practice în care voința juridică „se maturizează progresiv”, prin parcurgerea unei evoluții cuprinzând două sau mai multe faze decisive. Consimțământul la contractul final, cât și obiectul contractului final pot prinde contur în chip etapizat, drepturile și obligațiile ce vor fi generate pentru părți de către viitoarea convenție fiind supuse unui proces mai mult sau mai puțin lent de negocieri sau de gândire<sup>3</sup>.

Izvorul material<sup>4</sup> al evoluției formării contractelor este reprezentat de dezvoltarea relațiilor civile și comerciale și de deplasarea lor din zona „locală” în zona „internațională”, „globală”. Acest lucru este dublat și de importanța economică a tranzacțiilor care devin din ce în ce mai însemnate din punct de vedere valoric și care impun precauții suplimentare în vederea încheierii contractului final.

Globalizarea tranzacțiilor economice, complexitatea operațiunilor și contractelor comerciale, interesele economice și financiare din ce în ce mai importante valoric, declinul formalismului contrazic schema tradițională a formării instantanee de consimțământ, prin întâlnirea ofertei cu acceptarea.

Adesea, părțile, mai degrabă decât să treacă direct la încheierea unui contract cu efecte definitive, preferă să întreprindă negocieri ample, laborioase, pe parcursul unor săptămâni, luni sau chiar ani, discutând în detaliu elementele viitorului contractului. Acest proces le oferă premisele unui timp de analiză suficient de amplu a avantajelor și dezavantajelor unei potențiale relații contractuale definitive cu celălalt. Consimțământul astfel format „se maturizează progresiv”, de-a lungul întregii etape precontractuale<sup>5</sup>.

Așadar, obligațiile precontractuale nu numai că există și își produc efecte juridice, dar, actualmente, au căpătat din ce în ce mai multă importanță în economia formării unui contract.

---

<sup>2</sup> S. Golub, *Obligațiile precontractuale în cadrul contractului de vânzare-cumpărare*, în Revista Curentul Juridic, anul X, NR. 1-2 (28-29), 2007, ISSN 1224-9173.

<sup>3</sup> J. Goicovici, *Formarea progresivă a contractului*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, pp. 7-12.

<sup>4</sup> B. Predescu, *Drept internațional privat*, Ed. Universitaria, Craiova, 2002, p. 106: „izvorul material al oricărei reglementări juridice îl constituie viața, condițiile materiale și morale ale existenței omului. Interesele indivizilor și cele generale ale societății, nevoile și aspirațiile oamenilor determină reglementarea juridică, dau sens evoluției acesteia.

Istoria evoluției reglementărilor juridice este de fapt istoria condițiilor materiale și morale ale societății umane”.

<sup>5</sup> S. Golub, *Obligațiile precontractuale în cadrul contractului de vânzare-cumpărare*, în Revista Curentul Juridic, anul X, NR. 1-2 (28-29), 2007, ISSN 1224-9173.

**Promisiunea de contract – raport juridic adiacent contractului final.** A promite din punct de vedere juridic echivalează cu a te adresa unui subiect de drept și a-ți asuma față de acesta un angajament juridic. Promisiunea reprezintă manifestare de voință, promisiunea făcută unui alt subiect de drept conduce la un acord de voință menit să producă efecte juridice, înseamnă, practic, un contract.

Dacă anumite persoane urmăresc să desfășoare o anumită activitate economică împreună, ele încheie contractul ce corespunde scopului urmărit; ele cad de acord asupra obiectului și clauzelor acelu contract. Sunt cazuri în care părțile, deși ar dori să încheie o anumită convenție, totuși, nu o pot face, fie pentru că încheierea contractului dorit ar fi, la momentul respectiv, imposibilă, fie pentru că efectele unor convenții preparatoare, a unor promisiuni de contract ar fi preferate în acel moment de cei interesați de efectele contractului<sup>6</sup>.

În asemenea situații, voința părților fiind însă de a încheia acest contract în viitor, când se vor îndeplini condițiile favorabile pentru aceasta și spre a nu se pierde până la îndeplinirea acestei eventualități posibilitatea de a contracta în anumite condiții<sup>7</sup>, recurg la o altă convenție prin care promit încheierea în viitor a acelu contract.

Caracteristic pentru toate aceste convenții este că ele prezintă unele caractere comune, fiind toate promisiuni de a contracta și altele particulare, în legătură cu materia la care se referă.

Denumite precontract, contract preliminar, contract prealabil, contract provizoriu, contract preparatoriu, avancontract<sup>8</sup>, „compromis”<sup>9</sup>, antecontract<sup>10</sup> sau promisiune de contract, promisiunilor de a contracta nu li s-a acordat în nici o legislație texte care, printr-o reglementare metodică, să li se determine structura juridică. Demersul de lămurire a naturii juridice și a structurii promisiunilor de contract rămâne, așadar, în sarcina doctrinei care și ea înregistrează foarte puține lucrări asupra unei teorii generale a promisiunilor de contract.

Astfel, potrivit literaturii de specialitate, promisiunile de a contracta sunt convenții prin care una din părțile contractante se obligă față de cealaltă să încheie în viitor un anumit contract, în condiții anumite sau, cu alte cuvinte, promisiunea de a contracta este o convenție prin care cel puțin una din părțile contractante se obligă să stea la dispoziția celeilalte un timp determinat pentru a încheia o convenție asupra unui obiect precizat și în condiții stabilite. Cele mai frecvente sunt: promisiunea de a vinde sau de a cumpăra, promisiunea de a închiria, promisiunea de căsătorie în dreptul nostru mai vechi, promisiunea de a încheia un contract de societate, promisiunea de împrumut (deschiderea de credit)<sup>11</sup>.

Așa cum am mai precizat, în privința promisiunilor de contract, nu beneficiem de o reglementare juridică<sup>12</sup> care să-i determine structura juridică, ci doctrina de specialitate

---

<sup>6</sup> M. Planiol, G. Ripert, *Traite pratique de droit civil*, vol. VI, p. 190.

<sup>7</sup> Este evident că, tratând ulterior, este posibil ca prețurile să crească sau să nu se mai poată încheia acel contract.

<sup>8</sup> I. Sabău-Pop, G. Niță, *Antecontractul – studiu teoretic și practic. Corelațiile cu sistemul publicității imobiliare*, în *Curentul Juridic*, anul X, NR. 1-2 (28-29), 2007, ISSN 1224-9173.

<sup>9</sup> În Franța.

<sup>10</sup> În doctrina germană.

<sup>11</sup> I. Dogaru (coordonator), *Drept civil. Contractele speciale*, Ed. All Beck, București, 2004, pp. 178-183.

<sup>12</sup> De exemplu, în cadrul promisiunilor de contract, promisiunea de vânzare în dreptul român se caracterizează prin următoarele: lipsa unui text consacrat acestor promisiuni în Codul civil; numărul mic al hotărârilor judecătorești care se ocupă cu promisiunile unilaterale de vânzare, doctrina este nesigură în privința

este cea care are preocupări în această materie. Se observă cu acest prilej că majoritatea autorilor și-au exprimat părerea asupra acestei materii cu ocazia dezvoltărilor pe care le fac privind la promisiunile de vânzare.

În literatura de specialitate, fie promisiunile de contract sunt considerate simple contracte unilaterale, generatoare numai a unor obligații de *a face*, fie sunt așa numitele *antecontracte* ce dau naștere la efecte foarte asemănătoare cu cele ale contractelor pe care le pregătesc.

Teoria care se bucură de susținerea majorității autorilor este prima teorie. Conform acesteia, promisiunile de contract sunt simple convenții unilaterale prin care numai promițătorul își asumă obligația de a încheia în viitor, la o dată ce urmează a fi aleasă de beneficiar, un anumit contract și că neexecutarea acestei convenții poate duce numai la consecințele caracteristice neexecutării obligațiilor de *a face*: fie o dezdăunare, fie o obligație de executare în natură pronunțată de instanță.

Astfel considerate, asemenea convenții nu sunt translativ de proprietate. O asemenea considerare prezintă următoarele consecințe mai importante: riscurile rămân în sarcina promițătorului, transcrierea este un act inutil fără nici o consecință juridică, taxele fiscale de mutațiune a drepturilor reale nu sunt datorate până ce beneficiarul nu-și manifestă voința de a profita de promisiune, transformând-o astfel într-un contract pur și simplu, înstrăinările consimțite între momentul promisiunii și cel al manifestării de voință din partea beneficiarului sunt perfect valabile, acesta din urmă devenind proprietar numai din momentul încheierii contractului în vederea căruia fusese făcută promisiunea și fără efect retroactiv.

Cea de-a doua teorie conferă promisiunilor efecte mult mai importante, apropiate de cele ale contractului pe care îl prepară<sup>13</sup>. În acest sistem, se pornește de la ideea că pentru formarea unei convenții nu este necesar ca manifestările de voință să fie simultane, căci manifestarea de voință a fiecăreia din părți se obiectivează, producând efecte depline din momentul în care a fost emanată și pentru întregirea convenției nu mai este nevoie decât să se adauge voința celeilalte părți<sup>14</sup>.

Așadar, în acest fel, se formează un contract în două etape succesive. Manifestarea de voință a promițătorului, care formează prima etapă, nu este un contract distinct de acela pe care îl prepară, ci însuși acest contract într-o formă încă neperfectă, având nevoie de adeziunea celeilalte părți pentru a deveni un contract definitiv.

---

acestei chestiuni, exteriorizată prin părerile împărțite întâlnite la autorii cei mai remarcabili și faptul că în legile speciale există unele texte ce reglementează această materie. Astfel, prin Legea nr. 247/2005 privind reforma în domeniile proprietății și justiției, precum și unele măsuri adiacente, i se acordă posibilitatea unei părți de a solicita instanței executarea silită în natură a antecontractului, prin pronunțarea unei hotărâri constitutive de drepturi, care să opereze transferul dreptului real de la data rămânerii definitive și irevocabile a hotărârii, în cazul refuzului unei părți de a încheia contractul de vânzare. În acest sens, art. 5 alin. 2 din Legea nr. 247/2005, prevede că: „în situația în care după încheierea unui antecontract cu privire la teren, cu sau fără construcții, una dintre părți refuză ulterior să încheie contractul, partea care și-a îndeplinit obligațiile poate sesiza instanța competentă care poate pronunța o hotărâre care să țină loc de contract”.

<sup>13</sup> N. Titulescu, *Essai sur une theorie generale des droits eventuels*, Ed. Gobels, București, 1908, pp. 337-352.

<sup>14</sup> *Idem*, *Eseu despre o teorie generală a drepturilor eventuale*, Fundația Europeană Titulescu, Filiala Craiova, 2002, traducere de D. Dănișor și E. A. Nica, p. 24, în susținerea aceleiași idei: „or teoria drepturilor eventuale, construită în întregime pe *succesiunea posibilă* a elementelor unui act juridic în formarea acestuia din urmă, pe excluderea simultaneității necesare acestor elemente, este indicată în întregime pentru a obține prin ea separarea de influența romană în materia formării actelor juridice; prin aceasta, principiul nou va fi mai bine perceput și interesul practic va fi mai puțin sacrificat”.



Contractul astfel format numai din manifestarea de voință a uneia din părți acceptată de cealaltă parte fără ca aceasta să-și dea consimțământul pentru formarea contractului definitiv, produce unele consecințe specifice acestui contract, creând în favoarea beneficiarului drepturi eventuale, adică drepturile care ar rezulta din contract însă supuse, pentru a exista, necesității manifestării de voință a beneficiarului.

Drepturile eventuale sunt drepturi a căror existență este suspendată până ce se produce manifestarea de voință necesară pentru a le transforma în drepturi pure și simple. Când această manifestare de voință are utilitate<sup>15</sup>, suntem în prezența unui contract pur și simplu; dacă însă nu se produce, contractul trebuie considerat ca un act inexistent. Ele nu pot fi considerate însă nici drepturi condiționale, căci, pe când drepturile condiționale sunt drepturi complete, adică drepturi care au întrunit toate elementele necesare existenței lor – subiect, obiect, consimțământ, cauză – și care în mod artificial sunt făcute să depindă de un eveniment viitor, drepturile eventuale sunt drepturi incomplete, constituite numai din elementul principal<sup>16</sup>, așa încât, pentru a deveni complete, trebuie să li se adauge un element care, în cadrul promisiunilor de a contracta, este manifestarea de voință a beneficiarului.

Dacă s-ar limita doar la a genera drepturi eventuale, convenția prezintă consecințe destul de importante, îndreptând pe beneficiar să ia toate măsurile conservatorii necesare păstrării dreptului său<sup>17</sup>.

Dacă beneficiarul și-a dat consimțământul, promisiunea de a contracta se transformă în contractul pe care îl prepară, producând toate efectele sale specifice, promisiunea de vânzare devenind o vânzare perfectă, de exemplu, transferând beneficiarului proprietatea lucrului vândut, chiar dacă între timp a fost înstrăinat și chiar dacă terțul beneficiar era de bună-credință. Dacă, dimpotrivă, beneficiarul promisiunii nu și-a dat consimțământul în timpul și în condițiile stabilite, ne aflăm în fața unui act inexistent, iar promisiunea nu mai antrenează nicio consecință juridică. Totodată, dacă antecontractul ar fi nul, și actul final va fi tot nul, pentru că antecontractul este doar o fază a actului definitiv.

În acest context, apare diferența ce există între cele două sisteme propuse de doctrină și importanța deosebită pe care o prezintă faptul de a ne pronunța pentru unul sau celălalt.

În general, în încheierea oricărui contract, distingem două faze care, deși în practică adesea nu se deosebesc datorită succesiunii lor cvasisimultană, totuși, din punct de vedere teoretic, pot fi perfect evidențiate.

Astfel, prima fază este aceea în care au loc discuțiile între părți pentru a se pune de acord asupra contractului pe care urmează a-l încheia, asupra elementelor acestui contract și a clauzelor sale particulare.

În această fază, părțile vor stabili operațiile ce urmează a fi îndeplinite: o vânzare, o locațiune, un schimb, un împrumut, un depozit, un comodat ori un contract nenumit. În continuare, ele se înțeleg asupra elementelor specifice ale contractului: într-un contract de

---

<sup>15</sup> Respectiv, în termenul și în condițiile prevăzute.

<sup>16</sup> N. Titulescu, *Eseu despre o teorie generală a drepturilor eventuale*, p. 23 preciza: „ajungem în acest fel să sesizăm noțiunea de drept eventual și să o definim spunând: din momentul în care elementul capital – voința unilaterală și bilaterală sau neîndeplinirea unei obligații preexistente – al unui drept pur și simplu există, nu mai avem de a face cu expectativa, ci cu un drept recunoscut de către lege care s-a convenit să se numească *eventual*”.

<sup>17</sup> Măsuri care merg până la luarea unei inscripții ipotecare și la obținerea unei ordonanțe prezidențiale pentru a împiedica orice deteriorare sau degradare a lucrului.

vânzare părțile trebuie să convină mai întâi asupra transferării proprietății, asupra vânzării, apoi asupra obiectului vândut și al prețului. Urmează stabilirea clauzelor speciale: modul de plată a prețului, predarea lucrului, clauzele de neresponsabilitate sau responsabilitate atenuată pentru viciile bunului etc.<sup>18</sup>, ajungând astfel în fața unui proiect de contract.

Un contract cu forță obligatorie implică o manifestare de voință individuală a fiecăruia dintre contractanți prin care să-și exteriorizeze hotărârea de a încheia contractul astfel cum a fost convenit. Aceasta este cea de a doua fază, care finalizează contractul, spre deosebire de cea dintâi care îl prepară.

### **Etape procedurale pentru încheierea contractului de transport feroviar.**

*Transport feroviar. Reglementare juridică.* Reglementarea juridică pentru acest tip de transport – transportul feroviar de mărfuri – este asigurată tot prin două categorii de norme: norme speciale și norme generale sau dreptul comun al materiei, care se află într-o relație consacrată, într-un raport ce operează ca regulă la nivelul dreptului în general: se aplică cu precădere prevederile normelor speciale și numai în lipsă de prevederi speciale se aplică normele de drept comun.

Reglementarea juridică specială a contractului de transport feroviar este asigurată de prevederile Regulamentului de transport pe căile ferate din România<sup>19</sup>, aprobat prin O.G. nr. 7/2005, ordonanță ce oferă reglementarea cu caracter tehnic și juridic pentru acest tip de transport. Tot la această categorie, dar oferind texte legale ce stabilesc principiile generale ale activității de transport feroviar și ale organizării și funcționării operatorului național de transport feroviar<sup>20</sup> se încadrează și O.U.G. nr. 12/1998 privind transportul pe căile ferate și reorganizarea S.N.C.F.R.

Reglementarea generală sau dreptul comun în materia contractului de transport de mărfuri pe calea ferată în trafic intern este similar cu cel al contractului comercial de transport: O.G. nr. 19/1997 privind transporturile, ce asigură cadrul general de organizare și funcționare al transporturilor și principiile generale – valabile și pentru transporturile feroviare, norme juridice din Codul comercial referitoare la contractul de transport terestru de lucruri, precum și norme juridice din Codul civil<sup>21</sup>.

*Părți.* Părțile care încheie contractul de transport sunt expeditorul și cărașul.

Expeditorul este acea persoană care prezintă cererea de a contracta stației de cale ferată, cerere materializată printr-un înscris tipizat – numit *scrisoare de trăsură*.

Cărașul este operatorul de transport feroviar ce deține autorizație legală pentru acest tip de activitate și care a dobândit dreptul de acces și circulație pe C.F.R. în baza unui contract încheiat cu Compania Națională C.F.R.<sup>22</sup> În acest sens, O.G. nr. 19/1997 privind

---

<sup>18</sup> Aubry, Rau, *Cours de droit civil français*, p. 3.

<sup>19</sup> Regulamentul de transport pe calea ferată face o departajare tranșantă în ceea ce privește regimul juridic al transportului de călători și bagaje și regimul juridic al transportului de mărfuri.

<sup>20</sup> Gh. Piperea, *Dreptul transporturilor*, Ed. All Beck, București, 2003, p. 95.

<sup>21</sup> C. Stanciu, *Dreptul transporturilor*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, pp. 281-294.

<sup>22</sup> Accesul și circulația pe infrastructura feroviară publică sunt permise operatorilor de transport care au licență eliberată în condițiile legii și care încheie un contract de acces pe infrastructură cu Compania Națională C.F.R., adică cu cea care gestionează infrastructura. În țara noastră au calitate de operatori de transport feroviar: Societatea Națională de Transport Feroviar de Marfă și Societatea Națională de Transport Feroviar de Călători, dar pot fi în același timp autorizate și alte persoane juridice.

transporturile a consacrat principiul conform căruia activitatea de transport în general, inclusiv cea de transport feroviar, poate să fie realizată de orice operator de transport care deține licență acordată pentru această activitate de ministerul de resort.

Calea ferată, în calitatea sa de căraș aflat în stare de ofertă permanentă de servicii față de public, este obligată să încheie în formă scrisă contractul de transport la cererea expeditorului.

Destinatarul nu participă la încheierea contractului de transport. Cu toate acestea, el poate deveni titular de drepturi și obligații ca: dreptul de a primi marfa transportată, dreptul la acțiune împotriva cărașului pentru întârziere, pentru pierdere sau avariere a bunurilor transportate, obligația de a plăti tariful pentru transport. Aceste drepturi și obligații ale destinatarului sunt însă condiționate de aderarea la contractul de transport<sup>23</sup>.

*Încheiere a contractului și caractere juridice.* La acest tip de contract, cărașul are obligația legală de a încheia contract de transport cu orice persoană care-l solicită în acest sens, dar numai dacă sunt îndeplinite următoarele condiții: expeditorul se supune normelor din Regulament și tariful de transport, transportul este posibil cu personalul și mijloacele de transport pe care le deține și transportul nu este împiedicat de împrejurări pe care calea ferată nu le putea evita și care nu depind de ea pentru a fi înlăturate.<sup>24</sup> Este de precizat că Regulamentul distinge, din această perspectivă, între: mărfuri ce pot fi primite la transport în orice condiții – aceasta reprezentând regula –, mărfuri admise la transport în anumite condiții și mărfuri excluse de la transport<sup>25</sup>.

Caracterele juridice ale acestui tip de contract rezultă dintr-o analiză a acestuia. Astfel, contractul de transport feroviar de mărfuri este un contract *real* – contractele reale fiind acele contracte pentru a căror validitate este necesar, pe lângă acordul de voință al părților, și predarea lucrului –, iar, potrivit Regulamentului, contractul de transport se consideră încheiat în momentul în care stația de expediție a primit integral marfa, însoțită de scrisoarea de trăsură completată și semnată de expeditor, iar cărașul a aplicat ștampila cu data pe toate exemplarele documentului de transport, predarea bunurilor fiind o condiție de valabilitate a contractului.

De asemenea, contractul de transport feroviar de mărfuri este un contract *de adeziune*, pentru că transportatorul feroviar organizează, de regulă, curse regulate, cu orare anunțate periodic, cu prețuri deja stabilite, condiții prestabilite la care clientul poate adera sau nu.

Totodată, este un contract *numit* ce beneficiază de reglementare specială și care se materializează într-un document tipizat, numit scrisoare de trăsură<sup>26</sup>.

Forma scrisă a acestui tip de contract de transport este cerută ca o condiție *ad probationem*, așadar, deși dintr-o perspectivă mai mult teoretică, contractul de transport feroviar de mărfuri poate fi considerat, *lato sensu*, un contract *consensual*<sup>27</sup>. Acest

---

<sup>23</sup> Șt. Scurtu, *Contracte de transport de mărfuri în trafic intern și internațional*, Ed. Themis, Craiova, 2001, p. 186.

<sup>24</sup> Legea nu stabilește expres obligația căii ferate de a accepta toate cererile de transport, dar această obligație rezultă din interpretarea dispozițiilor Regulamentului de transport ce tratează condițiile în care calea ferată efectuează transporturile de mărfuri.

<sup>25</sup> Gh. Piperea, *op. cit.*, p. 104.

<sup>26</sup> În practică, este numită și cerere de expediție.

<sup>27</sup> Contractul de transport poate fi, așadar, încheiat și verbal. Regulamentul de transport pe calea ferată prevede, de fapt, că o completare incorectă sau incompletă ori pierderea documentului de transport nu

caracter al contractului de transport feroviar de mărfuri este analizat de o parte a doctrinei<sup>28</sup>: „scopul practic al scrisorii de trăsură și al duplicatului este acela de a servi la materializarea condițiilor contractuale, la definirea precisă a drepturilor și obligațiilor reciproce rezultate din convenție. Iar faptul că la încheierea contractelor se întrebuițează formulare-tip, nu poate fi interpretat în alt fel decât ca un mijloc expeditiv în redactarea convențiilor respective”. Același autor (E. Cristoforeanu) aduce noi argumente în acest sens: „în concluzie: contractul de transport pe căile ferate este consensual; scrisoarea de trăsură nu este cerută pentru validitatea și existența contractului de transport, ci ea constituie un document de probațiune care poate fi înlocuit sau completat cu alte probe”.

Așa cum am mai precizat, inițiativa de a încheia contractului de transport feroviar este a expeditorului, care se adresează căii ferate care, fiind un transportator profesionist, se află în stare de ofertă permanentă de servicii față de public.

Expeditorul depune la agenția de marfă C.F.R. o comandă scrisă, cu minimum 5 zile înainte de începerea operațiunilor de încărcare a mărfii, solicitând prin aceasta punerea la dispoziție a mijloacelor de transport.

Comanda făcută de expeditor trebuie să conțină următoarele elemente: data și locul unde va avea loc încărcarea, stația de destinație a expediției, tipul mijloacelor de transport solicitate<sup>29</sup>, rechizitele necesare, felul mărfii care va fi încărcată, cantitatea și modul de prezentare la transport, trenul cerut pentru expediere.

De asemenea, odată cu comanda, expeditorul trebuie să depună în contul C.F.R. și o garanție<sup>30</sup> care se stabilește în funcție de tariful de transport ce trebuie plătit în situația în care se încheie contractul de transport. După încheierea contractului, garanția se va restitui. Dacă, însă, clientul renunță la încărcarea vagoanelor înainte de încheierea contractului de transport, garanția depusă se face venit al căii ferate. Dacă, din culpa clientului, în termen de 6 ore, nu s-a început încărcarea mijloacelor de transport puse la dispoziția sa, legea prezumă că acesta a renunțat tacit la încărcare și, în acest caz, garanția depusă se va transforma tot în venit al căii ferate.

Pentru clienții cu care calea ferată are relații de afaceri îndelungate, cu un anume istoric, se încheie convenții-cadru de încărcare/descărcare, pentru a se stabili de comun acord modalitățile în care se comandă mijloacele de transport pentru încărcare, locul de încărcare sau descărcare, modul de primire și de predare a mărfurilor și mijloacelor de transport goale sau încărcate, programarea încărcărilor, modul de decontare a tarifelor și alte condiții care trebuie îndeplinite de părți pentru a se finaliza cu încheierea contractului de transport. Pentru acești clienții, adică cei cu care a încheiat convenții-cadru, calea ferată nu mai pretinde depunerea garanției cerute de Regulament ca în cazul comenzilor celorlalți clienți.

**Antecontractul – etapă în formarea contractului de transport feroviar.** Comanda unui client, urmată de acceptarea ei de către operatorul de transport feroviar, dar și convenția-cadru încheiată de calea ferată cu clienții permanenți reprezintă, din punct de

---

afectează valabilitatea contractului de transport și, tot în acest sens, art. 417 C.com. prevede că scrisoarea de trăsură este facultativă.

<sup>28</sup> E. Cristoforeanu, *Despre contractul de transport, Cartea II. Transportul de mărfuri pe căile ferate*, Atelierele „Curierul judiciar” S.A., București, 1927, pp. 28-37.

<sup>29</sup> Vagoanele acoperite, vagoanele deschise, vagoanele pentru containere.

<sup>30</sup> Garanția poate fi depusă în lei sau în valută.

vedere al naturii juridice, un antecontract. Prin acest antecontract, părțile își asumă anumite obligații de *a face*, specifice pregătirii încheierii unui contract de transport, precum și obligația de a încheia în viitor unul sau mai multe contracte de transport feroviar. Antecontractul nu se poate confunda cu contractul de transport; el este un contract cu reglementare distinctă, cu un obiect propriu, are un conținut specific și sancțiuni specifice în cazul neîndeplinirii obligațiilor asumate de părți.<sup>31</sup>

În privința structurii și a naturii juridice, comanda sau, după caz, convenția-cadru a expeditorului, căreia îi precede acceptarea din partea operatorului de transport feroviar, este un antecontract, pentru că părțile își asumă prin el obligații de *a face* – pregătirea în viitor a contractului de transport, convenție distinctă de antecontract.

Potrivit prevederilor regulamentului feroviar, există două obligații principale în sarcina părților antecontractului: obligația clientului de a preda expediția către calea ferată în termenul stabilit, pentru a se încărca mijloacele de transport și obligația căii ferate de a pune la dispoziția clientului mijloacele de transport stabilite.

În cazul în care expediția nu a plecat cu trenul convenit din culpa expeditorului, expeditorul va plăti un tarif orar de utilizare pentru mijloacele de transport ce alcătuiesc expediția, pe toată perioada imobilizării lor, adică până în momentul în care expediția poate fi îndrumată cu următorul tren.

Dacă expediția nu a plecat cu trenul convenit din culpa căii ferate, nu se va mai percepe tariful orar de utilizare a mijlocului de transport pe perioada imobilizării lui.

Totodată, dacă expeditorul a prezentat scrisori de trăsură cu altă destinație decât cea din comandă, va plăti tariful orar de utilizare pentru mijloacele de transport încărcate care așteaptă alt tren pentru îndrumare pe toată perioada imobilizării lor.

În cazul în care expediția nu a plecat cu trenul convenit din vina căii ferate și, din această cauză, se depășește termenul contractului de transport, clientul are dreptul la despăgubirile prevăzute de Regulamentul C.F.R. pentru cazurile de întârziere al transportului.<sup>32</sup>

**Încheierea contractului de transport feroviar de mărfuri.** Contractul de transport se încheie în momentul în care stația de expediție, primind marfa care face obiectul contractului și scrisoarea de trăsură, completată și semnată de expeditor, aplică ștampila cu data primirii pe exemplarele scrisorii de trăsură. Contractul de transport feroviar este, așadar, un contract real, iar contractele reale sunt acele contracte pentru a căror validitate este necesar, pe lângă acordul de voință al părților și predarea lucrului.

**Concluzie.** Dreptul civil asigură un fundament juridic pentru dreptul transporturilor, așa cum o face și pentru alte ramuri din sfera dreptului privat, dar, dreptul transporturilor care este o ramură autonomă, cu particularitățile și specificitățile de rigoare. Una din consecințele care decurg din această calitate de fundament juridic este faptul că ea, adică ramura de drept civil, oferă un ansamblu de noțiuni și instituții juridice utilizate și în sfera dreptului transporturilor, ca și în alte ramuri de drept: noțiunea de contract, de antecontract, contract sinalagmatic, condiții de valabilitate ale unei convenții, răspundere civilă, delictuală sau contractuală, principii din materia contractuală etc., un adevărat

---

<sup>31</sup> Șt. Scurtu, *op. cit.*, p. 183.

<sup>32</sup> Șt. Scurtu, *op. cit.*, p. 183.

„instrumentar” a cărei structură îi servește drept „bază” juridică contractului de transport. Și contractul de transport de mărfuri pe calea ferată în trafic intern apelează la acest „instrumentar” de drept civil, atât în ansamblul său, cât și în privința etapelor procedurale pentru încheierea contractului de transport feroviar.

Comanda unui client, urmată de acceptarea ei de către operatorul de transport feroviar, dar și convenția-cadru încheiată de calea ferată cu clienții permanenți reprezintă, din punct de vedere al naturii juridice, un antecontract – noțiune ce aparține dreptului civil care-i și oferă reglementarea juridică necesară și-i construiește fizionomia juridică.

**Acknowledgement:** „Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/89/1.5/S/61968, proiect strategic ID 61968 (2009), cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013”.

# Contractul individual de muncă cu timp parțial: între flexibilitate și rigiditate legislativă

## Part time contract: between flexibility and legislative rigidity

Conf. univ. dr. Roxana RADU\*

### Rezumat

*Salariatul cu fracțiune de normă este salariatul al cărui număr de ore normale de lucru, calculate săptămânal sau ca medie lunară, este inferior numărului de ore normale de lucru ale unui salariat cu normă întreagă comparabil. Nu există nicio prevedere legală în ceea ce privește numărul minim de ore care pot fi prestate de un salariat cu timp parțial, ci numai un număr maxim, având în vedere că un salariat cu normă întreagă prestează, de regulă, 8 ore pe zi sau 40 de ore pe săptămână. Conform principiului egalității de tratament, lucrătorii cu fracțiune de normă nu pot fi tratați mai puțin favorabil decât salariații cu normă întreagă comparabili, cu excepția cazului în care tratamentul diferențiat este justificat de motive obiective. Legiuitorul român a dat dovadă de flexibilitate oferind posibilitatea părților să stabilească durata muncii, dar și de rigiditate prin interzicerea prestării muncii suplimentare de către salariații cu timp parțial. O modificare a numărului de ore de lucru poate avea un mare impact asupra contractului individual de muncă. În practică, pot apărea neînțelegeri sau chiar conflicte între angajator și salariat în cazul în care contractul nu a fost încheiat în formă scrisă sau din cauza lipsei uneia dintre clauzele enumerate de articolul 102 alin. 1 din Codul muncii român.*

### Abstract

*A part-time worker is an employee whose normal hours of work, calculated on a weekly or monthly basis, are less than the normal hours of work of a comparable full-time worker. There is no minimum number of hours that makes someone a part time worker, but a full-time worker will usually work 8 hours a day or 40 hours a week. In respect of the equality treatment principle, part-time workers may not be treated in a less favourable manner than comparable full-time workers solely because they work part-time, unless different treatment is justified on objective grounds. Romanian legislator showed flexibility by enabling the parties to establish working hours, but also rigidity by rendering overtime ban by part-time employees. A change in the number of working hours can have a large impact on individual employment contract. In practice may appear misunderstandings or even conflicts between the employer and the employee if the contract was not concluded in written form or because of the lack of one of the clauses enumerated by article 102 par. 1 of Romanian Labor Code.*

**Cuvinte-cheie:** contract cu timp parțial; salariat; angajator; timp de lucru; ore suplimentare

**Key words:** part-time contract; employee/worker; employer; working hours; overtime hours

---

\* Autorul este cadru didactic la Facultatea de Drept și Științe Administrative a Universității din Craiova.

**1. Salariatul cu timp parțial.** Conform art. 101<sup>1</sup> alin. 1 din Codul muncii<sup>1</sup>, angajatorul poate încadra salariați cu fracțiune de normă prin contracte individuale de muncă pe durată nedeterminată sau pe durată determinată, denumite contracte de muncă cu timp parțial<sup>2</sup>. Având în vedere că salariatul cu fracțiune de normă este salariatul al cărui număr de ore normale de lucru, calculate săptămânal sau ca medie lunară, este inferior numărului de ore normale de lucru ale unui salariat cu normă întreagă comparabil<sup>3</sup>, nu putem aprecia care pot fi limitele minimă și maximă ale programului de lucru corespunzător unei fracțiuni de normă decât de la caz la caz, analizând situația unui salariat din aceeași unitate, cu normă întreagă<sup>4</sup>, care are același tip de contract individual de muncă, prestează aceeași activitate sau una similară cu cea a salariatului angajat cu contract individual de muncă cu timp parțial, avându-se în vedere și alte considerente, precum vechimea în muncă și calificarea sau aptitudinile profesionale<sup>5</sup>. Utilizând acest termen de comparație putem ajunge la concluzia că un salariat cu fracțiune de normă poate avea un program de lucru flexibil, care poate varia între o limită minimă de o zi pe săptămână sau chiar pe lună (deoarece se ia în considerație media săptămânală sau lunară<sup>6</sup>) și o limită maximă de 7 ore de lucru pe zi, respectiv de 35 de ore pe săptămână<sup>7</sup>. Prevederea, în contractul individual cu timp parțial, a unei medii săptămânale sau lunare mai mică de o oră, calculată în minute, este legală însă ea ar conduce la situații absurde în practica raporturilor juridice de muncă. Aceasta este însă o dovadă de flexibilitate legislativă în reglementarea contractului cu timp parțial, legiuitorul lăsând la latitudinea părților stabilirea duratei timpului de muncă și a organizării acestuia<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Art. 101<sup>1</sup> a fost introdus prin art. I pct. 21 din O.U.G. nr. 55/2006 pentru modificarea și completarea Legii nr. 53/2003 – Codul muncii, publicată în M. Of., Partea I, nr. 788 din 18 septembrie 2006.

<sup>2</sup> În țările cu tradiție în domeniul economiei de piață, se apelează la acest contract din mai multe rațiuni: pe de o parte, în scopul reducerii șomajului și creșterii ocupării forței de muncă; pe de altă parte, pentru a răspunde unor cerințe ale angajatorilor sau unor nevoi specifice anumitor categorii supuse riscului excluziunii profesionale (femei care au dificultăți casnice sau au în creștere și îngrijire copii, fără a se încadra însă într-una dintre situațiile legale în care pot beneficia de un concediu plătit, elevi, studenți, pensionari cărora vârsta și starea de sănătate nu le permite să presteze o activitate cu normă întreagă etc.).

<sup>3</sup> Conform art. 101 din Codul muncii, modificat prin art. I pct. 20 din O.U.G. nr. 55/2006.

<sup>4</sup> Salariatul comparabil se poate afla într-una dintre situațiile de excepție prevăzute de art. 112 alin. 1 din Codul muncii în care durata zilnică a timpului de muncă, stabilită prin lege, prin negocieri colective sau individuale, este mai mică sau mai mare de 8 ore, în funcție de specificul sectorului de activitate, unității, profesiei, condițiilor de muncă etc.

<sup>5</sup> În forma sa inițială, art. 101 alin. 1 din Codul muncii (Legea nr. 53/2003) prevedea că un contract individual de muncă cu timp parțial se poate încheia numai în cazul în care durata minimă a timpului zilnic de lucru este de 2 ore, iar în doctrina juridică anterioară s-a subliniat că un contract care ar avea un program de lucru mai mic de 2 ore pe zi nu constituie un contract individual de muncă. Astfel, în perfectă concordanță cu legislația în vigoare la momentul respectiv, se aprecia că, în ipoteza în care prestarea activității ar avea un caracter intermitent, dacă săptămânal s-ar presta munca prevăzută în contract pe o durată cel puțin egală cu totalul orelor rezultat din numărul zilelor lucrătoare din săptămână, înmulțit cu 2, ar fi fost posibilă totuși încheierea unui contract individual de muncă cu timp parțial, chiar dacă nu se întrunea minimul de 2 ore în fiecare zi. A se vedea A. Popescu, *Prestarea muncii în cadrul unui minim de ore zilnic, trăsătură caracteristică a raportului juridic de muncă*, în Revista română de drept nr. 7/1979, pp. 25-27.

<sup>6</sup> Alexandru Țiclea, *Dreptul muncii. Curs universitar*, ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, București 2008, p. 321; M. Ioan, I. Luca, *Contractul individual de muncă cu timp parțial*, în Revista Română de Dreptul Muncii nr. 4/2006, pp. 78-83; Alexandru Athanasu, Magda Volonciu, Luminița Dima, Oana Cazan, *Codul muncii. Comentarii pe articole*, vol. I, Ed. C.H. Beck, București 2007, p. 521.

<sup>7</sup> A se vedea și Marius Alexe, *Codul muncii – durata timpului de muncă*, în Revista română de dreptul muncii nr. 1/2005, pp. 23-25.

<sup>8</sup> Ion Traian Ștefănescu, *Tratat de dreptul muncii*, Ed. Wolters Kluwer, București 2007, p. 423.



Contractul individual de muncă cu timp parțial se încheie numai în formă scrisă și va cuprinde, în afara mențiunilor prevăzute de lege pentru orice contract individual de muncă, următoarele elemente prevăzute de art. 102 alin. 1:

- a) durata muncii și repartizarea programului de lucru;
- b) condițiile în care se poate modifica programul de lucru;
- c) interdicția de a efectua ore suplimentare, cu excepția cazurilor de forță majoră sau pentru alte lucrări urgente destinate prevenirii producerii unor accidente ori înlăturării consecințelor acestora.

Potrivit alin. 2 al art. 102, dacă din contractul de muncă vor lipsi mențiunile enumerate mai sus (toate?), contractul se va considera încheiat pentru normă întreagă.

Apreciem că, în practica raporturilor juridice de muncă<sup>9</sup>, două probleme pot apărea din cauza deficienței normelor juridice care reglementează contractul individual de muncă cu timp parțial: 1. din redactarea art. 102 alin. 2 din Codul muncii nu rezultă consecințele pe care le poate atrage lipsa unui singur element dintre cele trei prevăzute la alin. 1 lit. a)-c).; 2. interdicția de a efectua ore suplimentare, pentru salariații cu timp parțial, trebuia ori să fie prevăzută separat, nu ca un element constitutiv al contractului individual de muncă cu timp parțial, ori să vizeze numai depășirea unui anumit număr de ore suplimentare. De asemenea, în cazul în care contractul nu a fost încheiat în formă scrisă, acționează prezumția simplă că acel contract a fost încheiat pentru o normă întreagă<sup>10</sup>. Astfel, chiar în lipsa unui înscris doveditor, prezumția poate fi răsturnată dacă angajatorul poate dovedi că acel contract este cu timp parțial. Angajatorul va fi nevoit însă să probeze nu numai durata muncii convenită de părți – o fracțiune de normă, și nu o normă întreagă – dar și repartiția timpului de muncă pe săptămână sau pe lună<sup>11</sup>.

Salariatul încadrat cu contract de muncă cu timp parțial se bucură de drepturile salariaților cu normă întreagă, în condițiile prevăzute de lege și de contractele colective de muncă aplicabile, ceea ce semnifică că un salariat nu trebuie să lucreze un anumit număr minim de ore pentru a dobândi drepturile care derivă din orice contract individual de muncă. Drepturile salariale ale angajatului care a încheiat un contract individual de muncă cu timp parțial se acordă proporțional cu timpul efectiv lucrat, raportat la drepturile stabilite pentru programul normal de lucru. Pe cale de consecință, drepturile nepatrimoniale sunt aceleași cu cele ale salariaților cu normă întreagă, cum este cazul duratei concediului anual de odihnă, care este cea prevăzută pentru normă întreagă. Indemnizația de concediu însă, fiind un drept de natură salarială, se acordă tot proporțional cu timpul efectiv lucrat. În ceea ce privește stagiul de cotizare, durata acestuia se calculează ca pentru un salariat cu normă întreagă, iar vechimea în muncă, în lipsa unei prevederi exprese a legii sau a unei clauze din Contractul colectiv de muncă unic la nivel național care să prevadă contrariul, este proporțională cu timpul efectiv lucrat<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> A se vedea Curtea de Apel Craiova, Secția conflicte de muncă și asigurări sociale, Decizia nr. 2502 din 17 octombrie 2007, nepublicată.

<sup>10</sup> Alexandru Țiclea, *op. cit.*, p. 322.

<sup>11</sup> *Ibidem*; Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoine Jammoud, *Droit du travail*, 23<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris 2006, pp. 381-382.

<sup>12</sup> Ion Traian Ștefănescu, *op. cit.*, pp. 424-425.

**2. Durata muncii – elementul esențial al contractului individual de muncă cu timp parțial.** Potrivit prevederilor alineatului 1 al art. 102 din Codul muncii, durata muncii și repartizarea programului de lucru, condițiile în care se poate modifica programul de lucru și interdicția de a efectua ore suplimentare, reprezintă elemente care nu trebuie să lipsească din cuprinsul oricărui contract individual de muncă cu timp parțial, alături de cele prevăzute de art. 17 alin. 2 din Codul muncii. Conform alineatului 2 al aceluiași articol, „în situația în care într-un contract individual de muncă cu timp parțial nu sunt precizate elementele prevăzute la alin. 1 (toate? – n.a.), contractul se consideră încheiat pentru normă întregă”. Prezumția instituită de art. 102 alin. 2 din Codul muncii privind considerarea contractului încheiat în aceste condiții ca fiind cu normă întregă este o prezumție legală absolută<sup>13</sup>. În consecință, nu putem vorbi despre nulitatea contractului având în vedere faptul că, în dreptul muncii, nulitățile sunt, de regulă, parțiale<sup>14</sup>.

Dacă situația e clară în cazul în care din contractul cu timp parțial lipsesc toate cele trei elemente, cu totul altfel se întâmplă atunci când din contract lipsesc două sau numai unul dintre cele trei elemente prevăzute de art. 102 alin. 1. Am putea considera că lipsa mențiunilor precizate expres la alin. 1 lit. b) și c) al art. 102 din Codul muncii atrage nulitatea contractului de muncă cu timp parțial? Sau ar trebui să lăsăm să acționeze prezumția legală instituită de art. 102 alin. 2 din Codul muncii? O asemenea soluție ar fi total nejustificată atât timp cât în contractul încheiat între angajat și angajator au fost incluse elementele referitoare la durata muncii (o fracțiune de normă), repartizarea programului de lucru și quantumul salariului, calculat proporțional cu timpul efectiv lucrat, elemente din care să rezulte, fără nicio îndoială, că este vorba de un contract cu timp parțial. Considerăm că prezumția instituită de art. 102 alin. 2 din Codul muncii operează numai în cazul în care în cuprinsul contractului nu se menționează durata muncii ca fiind de o fracțiune de normă.

În lumina acestor considerente, apreciem că singurul element esențial (dintre cele trei menționate de art. 102 alin. 1), care rezultă din însăși natura contractului individual de muncă cu timp parțial, este durata muncii care „este necesar să fie precizată în contract, având în vedere că tocmai această clauză definește contractul cu timp parțial”<sup>15</sup>. Altfel stau lucrurile în cazul celorlalte elemente menționate de art. 102 alin.1. Chiar și repartizarea programului de lucru nu poate fi considerată esențială deoarece ea poate fi stabilită verbal, prin acord, sau poate rezulta din regulamentul intern sau din anunțurile postate la locul de muncă.

În sprijinul argumentelor de mai sus vine și hotărârea unei instanțe<sup>16</sup> dată într-o speță în care reclamantul a invocat nulitatea contractului individual de muncă cu timp parțial (care suferise o modificare, prin acordul părților, norma întregă pentru care fusese inițial

---

<sup>13</sup> Valeriu Zanfîr, *Noul Cod al muncii – evoluție reală sau formală?*, în Raporturi de muncă nr. 5/2003, p. 28.

<sup>14</sup> În virtutea acestei reguli, se poate vorbi cel mult despre nulitatea clauzei privitoare la încheierea contractului pentru o fracțiune de normă, urmând ca, din momentul constatării nulității clauzei respective, să ne aflăm în prezența unui contract individual de muncă cu normă întregă. A se vedea, în acest sens, Alexandru Athanasiu, Luminița Dima, *Regimul juridic al raporturilor de muncă în reglementarea noului Cod al Muncii, Partea I*, în Pandectele Române nr. 4/2003, p. 280.

<sup>15</sup> Alexandru Țiclea, *op. cit.*, p. 322.

<sup>16</sup> Curtea de Apel Craiova, Secția conflicte de muncă și asigurări sociale, Decizia nr. 2502 din 17 octombrie 2007, nepublicată.

încheiat contractul fiind înlocuită cu o jumătate de normă), invocând faptul că nu au fost respectate prevederile art. 102 alin. 1 din Codul muncii, care prevăd că un contract de muncă cu timp parțial cuprinde durata muncii și repartizarea programului de lucru, condițiile în care se poate modifica programul de lucru, interdicția de a efectua ore suplimentare, cu excepția cazurilor de forță majoră sau pentru alte lucrări urgente. Tribunalul Mehedinți a respins acțiunea, motivând că, atâta timp cât contractul încheiat între părți cuprinde, pe lângă elementele prevăzute la art. 17 alin. 2 Codul muncii, și elementele referitoare la durata muncii (1/2 normă și 4 ore pe zi), durata concediului proporțional cu durata muncii, salariul, „lipsa tuturor mențiunilor precizate expres la pct. 1 art. 102 Codul muncii nu atrage nulitatea contractului de muncă cu timp parțial, așa cum eronat susține reclamantul”<sup>17</sup>. În sentința s-a mai arătat că „în cuprinsul contractului nu sunt trecute mențiunile referitoare la programul de lucru și la posibilitatea modificării acestuia, aspect care nu atrage nulitatea actului, aceste mențiuni regăsindu-se în contractul colectiv de muncă sau în regulamentul intern” și că „nu au fost trecute mențiunile referitoare la interdicția efectuării de ore suplimentare sau condițiile deosebite în care se pot efectua, aspect nerelevant în cauză deoarece reclamantul nu a efectuat ore suplimentare”<sup>18</sup>. Susținând că a efectuat ore suplimentare pentru care nu a fost plătit și că „prestarea unei norme întregi în realitate” este de natură să dovedească prin ea însăși faptul că respectivul contract de muncă poate fi considerat „pentru o normă întreagă de 8 ore și nu de 4 ore”, reclamantul a formulat recurs considerând că instanța a motivat în mod greșit că lipsa tuturor mențiunilor impuse de art. 102 pct. 1 din Codul muncii nu atrage nulitatea contractului de muncă. Curtea de Apel Craiova a respins ca nefondat recursul arătând că: „Dacă inițial contractul fusese încheiat pentru 8 ore zilnic, iar apoi, prin acordul părților, a fost modificat la 4 ore pe zi, și reclamantul a mai lucrat ore suplimentare, acesta a formulat acțiune în justiție și, prin sentința nr. 562/2007 a Tribunalului Mehedinți, i-au fost acordate drepturile bănești pentru aceste ore, nu se poate însă considera că programul de lucru este de 8 ore pe zi, din fișa postului și fișele de pontaj a rezultat program de 4 ore/zi, fișa postului precizând programul de 4 ore/zi și fiind semnate de contestator, iar acest program a fost adoptat și prin hotărârea Consiliului local, întrucât activitatea reclamantului este remunerată din surse obținute prin autofinanțare, hotărârea Consiliului nefiind contestată. Programul de lucru fiind expres precizat, chiar dacă nu s-a precizat în contract interdicția efectuării orelor suplimentare, nu se poate considera program de 8 ore/zi, instanța respingând în mod corect acțiunea”<sup>19</sup>.

Referitor la formularea art. 102 din Codul muncii, *de lege ferenda* considerăm că legiuitorul român ar fi trebuit să stipuleze într-un articol separat faptul că modificarea programului de lucru al salariaților cu timp parțial poate avea loc numai în condițiile prevăzute de lege, de contractul colectiv de muncă și de regulamentul intern, după caz. De asemenea, interdicția de a efectua ore suplimentare este o mostră de rigiditate legislativă și, în opinia noastră, o încălcare a principiului egalității de tratament. Ea nu poate fi considerată un element constitutiv al contractului cu timp parțial, așa cum greșit rezultă din formularea art. 102 din Codul muncii.

---

<sup>17</sup> Tribunalul Mehedinți, Secția conflicte de muncă și asigurări sociale, Sentința nr. 849/05.07.2007, pronunțată în dosarul nr. 4753/101/2007, nepublicată.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

Prin urmare, această durată a muncii, inferioară celei a unui salariat cu normă întreagă comparabil, reprezintă specificul acestui tip de contract de muncă<sup>20</sup>, lipsa menționării acesteia din cuprinsul contractului fiind singura de natură să atragă consecința considerării contractului ca fiind încheiat pentru normă întreagă.

**3. Condițiile în care se poate modifica programul de lucru al salariatului cu fracțiune de normă.** Angajatorul este obligat să asigure, în măsura posibilităților, accesul la locuri de muncă cu fracțiuni de normă la toate nivelurile, inclusiv în funcții de conducere<sup>21</sup> (dintre cele prevăzute de art. 294 din Codul muncii, ori altele, stabilite de contractul colectiv de muncă aplicabil sau, după caz, prin regulamentul intern).

Angajatorul are obligația de a aduce la cunoștința salariaților lista posturilor vacante cu fracțiune de normă sau cu normă întreagă și de a lua în considerare, cu prioritate, cererile salariaților de a se transfera de la un loc de muncă cu normă întreagă la un loc de muncă cu fracțiune de normă sau invers, de la un loc de muncă cu fracțiune de normă la un loc de muncă cu normă întreagă. Cererea de transfer trebuie să o facă persoana interesată – salariatul, însă și angajatorul poate să îi propună salariatului modificarea felului contractului de muncă și a duratei programului de lucru întrucât o modificare legală nu se poate produce decât prin acordul părților. Refuzul salariatului de a da curs unei astfel de propuneri a angajatorului nu poate fi considerată, în consecință, drept o abatere disciplinară.

Situația este diferită în cazul în care angajatorul întâmpină dificultăți economice care prezintă riscul unei eventuale concedieri colective. În virtutea obligației angajatorului de a propune măsuri în vederea atenuării consecințelor concedierii sau evitării concedierii colective (art. 69 alin. 2 din Codul muncii), angajatorul poate să propună trecerea (temporară sau definitivă) a tuturor salariaților sau a unui anumit număr de salariați cu normă întreagă la contracte cu timp parțial, spre a se diminua pe această cale numărul concedierilor pe motive care nu țin de persoana salariatului sau pentru a se elimina riscul concedierii colective. În caz de refuz al salariaților, angajatorul îi poate concedia în temeiul art. 65 din Codul muncii (din motive care nu țin de persoana salariatului), concediere care poate fi individuală sau colectivă, dacă sunt îndeplinite condițiile art. 68.

Din coroborarea dispozițiilor art. 41 alin. 1 și 3 cu cele ale art. 48 din Codul muncii rezultă, de asemenea, că modificarea duratei timpului de muncă este posibilă numai prin acordul părților. Conform alin. 2 al art. 41, modificarea unilaterală a contractului poate interveni, cu titlu de excepție, numai în cazurile și condițiile prevăzute de Codul muncii. În raport de dispozițiile Codului muncii, considerăm că singura situație în care poate interveni modificarea unilaterală, de către angajator, a duratei muncii este intervenția unui caz de forță majoră sau a unor lucrări urgente destinate prevenirii producerii unor accidente ori înlăturării consecințelor acestora<sup>22</sup>. Orele pe care un salariat le poate presta peste durata normală a timpului său parțial de lucru nu pot fi considerate o modificare cu caracter permanent a duratei muncii în sensul prestării unei norme întregi, nefiind vorba decât de muncă suplimentară. În sentința nr. 562/2007 a Tribunalului Mehedinți s-a

<sup>20</sup> Vasile Val Popa, *Dreptul muncii*, Ed. All Beck, București, 2004, p. 83.

<sup>21</sup> Deoarece în legislația muncii din România nu există nici o normă imperativă care să impună faptul că funcțiile de conducere trebuie să fie ocupate numai cu normă întreagă.

<sup>22</sup> A se vedea, în acest sens, Ovidiu Macovei, *Conținutul contractului individual de muncă*, Ed. Lumina Lex, București 2004, p. 217.

subliniat faptul că „dacă s-au prestat ore suplimentare, acest lucru s-a făcut cu acordul salariatului”<sup>23</sup>, căruia i-au fost acordate drepturile bănești aferente. În speța menționată, singura modificare pe care a suferit-o durata programului zilnic de muncă al reclamantului a avut loc prin acordul părților, de la 8 ore pe zi la ½ normă, adică 4 ore zilnic; prin urmare, s-a produs un transfer de la normă întreagă la fracțiune de normă, mențiune precizată în toate rubricile contractului. Prestarea unui număr de ore suplimentare, chiar dacă este vorba despre un salariat cu timp parțial în cazul căruia acționează interdicția prevăzută de art. 102 alin. 1 lit. c din Codul muncii, nu poate duce la concluzia că programul de lucru este de 8 ore pe zi, atâta timp cât salariatul și-a exprimat acordul și câtă vreme din fișa postului și din fișele de pontaj, semnate de angajat, a rezultat un program de 4 ore pe zi.

**4. Interdicția de a efectua ore suplimentare.** În ceea ce privește interdicția de a efectua ore suplimentare, am menționat că suntem de părere că nu poate fi considerată un element esențial al contractului individual de muncă cu timp parțial; mai mult, ea constituie o încălcare a principiului nediscriminării. Principiul nediscriminării, introdus prin Directiva nr. 97/81/CEE a Consiliului din 15 decembrie 1997 privind Acordul-cadru asupra muncii cu timp parțial încheiat între Uniunea Confederațiilor din Industrie și a Angajatorilor din Europa (UNICE), Confederația Europeană a Sindicatelor (CES) și Centrul European al Întreprinderilor cu Participare Publică (CEEP), solicită, în ceea ce privește condițiile de angajare, ca lucrătorii cu timp parțial să nu fie tratați de o manieră mai puțin favorabilă decât lucrătorii cu normă întreagă pe simplul temei că ei lucrează cu timp parțial, cu excepția situațiilor în care acest tratament diferențiat este justificat de rațiuni obiective<sup>24</sup>. Acest principiu a fost instituit și de art. 103 din Codul muncii român, conform căruia salariatul încadrat cu contract de muncă cu timp parțial se bucură de drepturile salariaților cu normă întreagă, în condițiile prevăzute de lege și de contractele colective de muncă aplicabile. Excepție de la acest principiu al egalității de tratament între salariații cu timp parțial și cei cu normă întreagă nu pot face decât drepturile salariale, care se acordă proporțional cu timpul efectiv lucrat, raportat la drepturile stabilite pentru programul normal de lucru.

Suntem de părere că, în locul variantei pentru care a optat legiuitorul român la art. 102 alin. 1 lit. c), aceea de a interzice efectuarea de ore suplimentare de către salariații cu timp parțial (cu excepția cazurilor de forță majoră sau pentru alte lucrări urgente destinate prevenirii producerii unor accidente ori înlăturării consecințelor acestora), ar fi fost de dorit ca și Codul muncii român să consacre soluția adoptată de alte state europene, aceea de a stabili un plafon maxim de ore suplimentare pe care le poate efectua salariatul cu timp parțial<sup>25</sup>. Spre exemplu, în dreptul francez, timpul de muncă al salariatului cu timp parțial se compune din două elemente: un orar de bază, care constituie elementul fix, și un orar complementar, care poate fi efectuat sau nu, la aprecierea angajatorului, în funcție de nevoile întreprinderii. Aceste ore complementare nu au regimul juridic al muncii

---

<sup>23</sup> Tribunalul Mehedinți, Secția conflicte de muncă și asigurări sociale, Sentința nr. 562/2007, nepublicată.

<sup>24</sup> Pentru detalii, a se vedea Cezar Avram, Parmena Popescu, Roxana Radu, *Politici sociale*, vol. II, Ed. Alma, Craiova 2006, p. 163-164.

<sup>25</sup> A se vedea Ovidiu Ținca, *Despre contractul de muncă cu timp parțial*, în Revista de drept comercial nr. 10/2003, p. 54.

suplimentare, ele fiind remunerate, în cazul în care sunt efectuate, conform tarifului normal (și nu conform unui tarif majorat, cum sunt orele suplimentare). Utilizarea orelor complementare suportă două limitări: numărul de ore complementare efectuate de către salariat în cursul unei săptămâni sau unei luni nu poate depăși durata săptămânală sau lunară a muncii prevăzute în contract; prestarea orelor complementare nu poate antrena majorarea duratei muncii efectuate la nivelul duratei normale a timpului de muncă pentru salariații cu normă întreagă<sup>26</sup>.

De asemenea, și în dreptul muncii spaniol introducerea instituției orelor complementare a reprezentat obiectul unor multiple modificări pe care le-a suferit reglementarea contractului cu timp parțial. Astfel, orele complementare sunt considerate „o posibilitate convenită cu angajatorul de a se presta, în funcție de necesitățile unității, ore în plus față de programul de lucru cu timp parțial”<sup>27</sup>. Regimul juridic al orelor complementare prezintă următoarele particularități: orele complementare se pot presta numai în baza unui acord expres încheiat între angajator și angajat în formă scrisă; acordul se consemnează într-un act adițional la contractele cu timp parțial; angajatul se poate dezice de acest acord la un an de la încheierea sa; orele complementare nu pot depăși 15% din durata convenită în contractul cu timp parțial, dar se pot majora cu până la 30% prin prevederile contractului colectiv de muncă<sup>28</sup>.

Legislația italiană a muncii permite, de asemenea, prestarea orelor suplimentare de către salariații cu timp parțial, fiind considerate muncă suplimentare orele care depășesc durata stabilită în contract, dar în limita maximă a numărului de ore normale de lucru ale unui salariat cu normă întreagă<sup>29</sup>. Mai mult decât atât, un salariat cu timp parțial poate presta și muncă extraordinară, respectiv orele care exced durata normală a timpului de lucru (40 de ore pe săptămână), caz în care se aplică aceleași reguli ca și salariaților cu normă întreagă care prestează o astfel de „muncă extraordinară”<sup>30</sup>.

Din redactarea actuală a art. 102 alin. 1 lit. c) din Codul muncii român rezultă că salariații cu fracțiune de normă nu pot efectua muncă suplimentară decât în cazurile de forță majoră sau pentru alte lucrări urgente destinate prevenirii producerii unor accidente ori înlăturării consecințelor acestora. Aprecierea urgenței lucrărilor și a necesității prestării orelor suplimentare cade în sarcina angajatorului. În caz de litigiu, acesta are obligația de a face dovada că el sau reprezentantul său legal, atunci când au dat decizia de prestare a orelor suplimentare, au respectat legea și că, prin prestarea respectivei munci, s-a evitat producerea unui accident, s-au limitat ori s-au înlăturat consecințele acestuia. Singura în măsură să decidă dacă se impunea suplimentarea orelor de muncă este instanța de judecată<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> Gerard Lyon-Caen, Jean Pélissier, *Droit du travail*, 16<sup>e</sup> édition, Précis Dalloz, Paris 1992, p. 387.

<sup>27</sup> Vasile Popa, Ondina Pană, *Dreptul muncii comparat*, Ed. Lumina Lex, București, 2003, p. 130.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> Diferența dintre numărul de ore normale de lucru ale unui salariat cu normă întreagă și numărul de ore normale de lucru ale salariatului cu timp parțial reprezintă muncă suplimentară. A se vedea Edoardo Ghera, *Diritto del Lavoro*, Cacucci Editore, Bari 2006, pp. 351-352; *Compendio di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale, II Edizione*, f.a., Gruppo Editoriale Esselibri – Simone, Napoli 2009, p. 160.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>31</sup> Alexandru Țiclea (coord.), *Codul muncii adnotat și comentat*, ed. a II-a, Ed. Lumina Lex, București 2006, p. 454.

Problema pe care o ridică art. 102 alin. 1 lit. c) este faptul că nu se permite efectuarea orelor suplimentare decât în cazurile de forță majoră sau pentru anumite lucrări urgente. Codul muncii român nu prevede care sunt consecințele pe care le poate antrena situația în care, fără a interveni o asemenea situație de excepție, salariatul prestează ore suplimentare cu acordul său tacit, fără să manifeste vreo opoziție. În conformitate cu prevederile art. 117 alin. 2 din Codul muncii român, munca suplimentară nu poate fi efectuată fără acordul salariatului, cu excepția cazurilor de forță majoră sau pentru alte lucrări urgente destinate prevenirii producerii unor accidente ori înlăturării consecințelor unui accident.

Încheierea unui contract individual de muncă cu timp parțial poate fi rezultatul unei inițiative a angajatorului, dar și a viitorului salariat<sup>32</sup>. Chiar dacă persoana care solicită angajarea ar prefera un contract cu normă întreagă, ea poate accepta propunerea angajatorului de a presta o muncă cu timp parțial, aceasta corespunzând necesităților unității. Quantumul drepturilor salariale fiind însă proporțional cu timpul lucrat, salariații cu fracțiune de normă ar putea beneficia de pe urma prestării unor ore suplimentare pentru care ar obține, în condițiile legii, sporul aferent. Aceleași argumente se impun cu și mai multă forță în cazul unui contract cu munca la domiciliu cu timp parțial, specificul acestui contract constând în faptul că „salariatul își temporizează munca și repausul după voința și interesele sale”<sup>33</sup>. Beneficiind de această flexibilitate a propriului program de lucru, un salariat cu timp parțial care prestează munca la domiciliu și-ar putea manifesta disponibilitatea de a efectua ore suplimentare într-un anumit quantum, în funcție de necesitățile angajatorului, mod în care și-ar putea suplimenta veniturile salariale, în condițiile legii.

Principiul nediscriminării impune recunoașterea posibilității de a efectua ore suplimentare și pentru salariații cu fracțiune de normă, cu acordul acestora și în limita unui anumit număr de ore care, în medie, să nu depășească durata săptămânală sau lunară a muncii prevăzute în contract. În ceea ce privește recompensarea muncii suplimentare efectuate de salariații cu fracțiune de normă, aceasta ar trebui să urmeze același regim ca și în cazul salariaților cu normă întreagă, respectiv compensarea cu timp liber corespunzător în următoarele 30 de zile după efectuarea acesteia iar, dacă acest lucru nu este posibil, plata unui spor la salariu corespunzător duratei acesteia.

---

<sup>32</sup> Ion Traian Ștefănescu, *op. cit.*, p. 422.

<sup>33</sup> Valeriu Zanfir, *op. cit.*, pp. 43-44.

# Interesul material – element circumstanțial al infracțiunii de omor

## Material interest – circumstantial element of the crime of murder

Conf. univ. dr. **Ruxandra RĂDUCANU**

Lect. univ. dr. **Cristina Anamaria CERCEL\***

### Rezumat

*Scopul urmăririi unui interes material constituie un element circumstanțial ce califică infracțiunea de omor. Acest element se întâlnește atât la infracțiunea de omor calificat, cât și la infracțiunea de omor deosebit de grav și poate conduce cu ușurință la confuzia între cele două variante ale omorului. De asemenea, această confuzie se poate regăsi și în materia infracțiunii de tâlhărie urmată de moartea victimei care include atât scopul urmăririi unui interes material, cât și rezultatul morții unei persoane. Diferența între aceste fapte se poate realiza numai pe planul laturii subiective și cu ajutorul unor criterii generate de practica judiciară.*

### Abstract

*The purpose of pursuing a material interest is an element that qualifies the crime of murder. This element is present as a constitutive element at two versions of aggravated murder and could easily lead to confusion between the two versions of murder. Also, this confusion can be found in matters of crime of robbery followed by death of the victim that includes both the pursuit of material interests and the result of a person's death. The difference between these offences can be realised only within the subjective side, and using criteria imposed by judicial practice.*

**Cuvinte-cheie:** *interes material; omor; tâlhărie; rezultatul infracțiunii*

**Keywords:** *material interest; crime of murder; crime of robbery; result of the crime*

**1. Considerații introductive privind criteriul de delimitare a infracțiunilor.** În formarea sistemului părții speciale a dreptului penal, legiuitorul român a adoptat drept criteriu principal obiectul juridic al infracțiunilor<sup>1</sup>. Având în vedere acest criteriu precum și importanța valorilor sociale apărute împotriva activităților infracționale, prin incriminarea ca infracțiuni a faptelor ce prezintă pericol social și sunt comise cu vinovăție, se realizează delimitarea faptelor care, din punct de vedere obiectiv, produc rezultate identice.

---

\* Autoarele sunt cadre didactice ale Facultății de Drept și Științe Administrative, Universitatea din Craiova.

<sup>1</sup> A se vedea în acest sens: V. Dongoroz, S. Kahane, I. Oancea, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, R. Stănoiu, *Explicații teoretice ale Codului penal român*, vol. I, Ed. Academiei RSR, București, 1969, pp. 29-32; O. Stoica, *Drept penal special*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1976, p. 17; C. Bulai, *Curs de drept penal – partea specială*, București, 1985, p. 24; T. Vasiliu, G. Antoniu, Șt. Daneș, Gh. Dărăngă, D. Lucinescu, V. Papadopol, D. Pavel, D. Popescu, V. Rămureanu, *Codul penal comentat și anotat-parte generală*, Ed. Științifică, București, 1972, pp. 22-25; O. Loghin, A. Filipaș, *Drept penal, partea specială*, Casa de Editură și Presă „Șansa” SRL, București, 1992, pp. 10-11.



O astfel de situație se poate întâlni în cazul în care o faptă, pe lângă producerea rezultatului morții unei persoane, conține, ca element constitutiv urmărirea unui interes patrimonial. Apărarea vieții persoanei prin mijloacele dreptului penal se realizează prin incriminarea ca infracțiunilor contra vieții ce cuprind faptele de ucidere a unei persoane săvârșite cu intenție sau din culpă. Valoarea socială lezată în principal prin săvârșirea acestor fapte este viața persoanei. Există însă infracțiuni care, deși sunt îndreptate împotriva altor valori sociale, produc, pe lângă rezultatul urmărit de făptuitor și moartea unei persoane. Obiectul juridic secundar al acestor fapte îl constituie viața persoanei, dar deoarece această valoare este lezată în subsidiar, asemenea fapte sunt incriminate în cadrul altor grupe de infracțiuni.

Obiectul juridic al infracțiunii constituie un criteriu pentru delimitarea faptelor ce produc, din punct de vedere obiectiv, rezultate identice. Un alt element ce permite diferențierea acestor infracțiuni este reprezentat de forma de vinovăție cu care acționează făptuitorul în comiterea acestor fapte.

**2. Interesul material urmărit de făptuitor – element constitutiv al infracțiunii de omor și de tâlhărie urmate de moartea victimei.** Realizarea unui interes material este elementul urmărit de făptuitor atât în cazul infracțiunii de omor, calificat (prevăzut de art. 175 lit. b) sau deosebit de grav (prevăzut de art. 176 lit. d), cât și în cazul infracțiunii de tâlhărie urmată de moartea victimei (prevăzută de art. 211 alin. 3).

Omorul calificat săvârșit din interes material se poate ușor confunda cu omorul deosebit de grav comis pentru a săvârși sau a ascunde săvârșirea unei tâlhării. În ambele situații făptuitorul acționează cu intenția față de uciderea persoanei, prevede și urmărește sau măcar acceptă eventualitatea morții unei persoane. Interesul material a cărui satisfacere îl urmărește făptuitorul prin comiterea omorului constă nu numai în obținerea de bunuri mobile sau imobile ci și, spre exemplu, în stingerea unor datorii sau obligații, în obținerea unor avantaje materiale la locul de muncă<sup>2</sup>. Probleme pot să apară în cazul în care interesul material se concretizează în obținerea unui bun mobil ca urmare a săvârșirii omorului. În această situație activitatea făptuitorului și finalitatea acestei activități se regăsește atât în cazul infracțiunii de omor săvârșită din interes material, cât și în cazul infracțiunii de tâlhărie urmată de moartea victimei.

Din punct de vedere subiectiv, tâlhăria urmată de moartea victimei se săvârșește praeterintenționat, moartea victimei reținându-se în sarcina făptuitorului din culpă. Făptuitorul a urmărit și a acționat intenționat față de deposedarea victimei prin violență de un bun, rezultatul mai grav producându-se *peste* intenția sa, depășind-o. În cazul infracțiunii de omor din interes material făptuitorul a acționat cu intenție atât în ceea ce privește scopul urmărit – interesul material, cât și în ceea ce privește rezultatul activității infracționale desfășurate – moartea persoanei.

Diferența între cele două infracțiuni se desprinde și din rezultatul produs în cazul fiecăreia. În cazul omorului calificat, rezultatul constă în uciderea unei persoane și consumarea infracțiunii se produce independent de satisfacerea interesului material. Ceea ce interesează pentru calificarea omorului în această variantă este doar ca făptuitorul să urmărească un interes material, nu să-l și realizeze. Interesul material reprezintă scopul urmărit de făptuitor și se prezintă ca un element al laturii subiective a infracțiunii.

---

<sup>2</sup> T. Vasiliu ș.a., *op. cit.*, p. 84.

În cazul tâlhăriei urmate de moartea victimei, interesul material constând în obținerea unui bun mobil reprezintă un element constitutiv al laturii obiective a infracțiunii, reprezintă chiar urmarea imediată a infracțiunii a cărei producere este necesară pentru consumarea infracțiunii. Așadar, spre deosebire de infracțiunea de omor calificat pentru a cărei existență nu era necesară satisfacerea interesului material, în cazul infracțiunii de tâlhărie urmate de moartea victimei, existența ca infracțiune consumată este condiționată de realizarea interesului material.

O deosebire importantă între cele două infracțiuni a reieșit din practica judiciară și a vizat modul de satisfacere a interesului material. Astfel, dacă obținerea interesului material se realizează pe o cale ilicită, ilegală se poate reține infracțiunea de tâlhărie. Dacă satisfacerea interesului material se produce pe o cale aparent legală fapta se va încadra ca omor calificat. Într-o speță s-a apreciat<sup>3</sup> că în condițiile în care nu s-a făcut dovada existenței interesului material urmărit de inculpată la formarea, luarea și punerea în executare a hotărârii de a ucide victima fapta acesteia de a ucide victima nu poate fi încadrată prin reținerea agravantei omorului calificat din interes material, prevăzută în art. 175 lit. b) C. pen. În acest caz, inculpata a săvârșit omorul fără a avea reprezentarea foloaselor materiale pe care le-ar dobândi în urma morții victimei, fără a avea convingerea că interesul său material ar fi satisfăcut pe cale legală sau că lucrurile victimei îi vor reveni de drept și, în consecință, prevederile art. 175 alin. (1) lit. b) C. pen. nu sunt incidente. În concluzie, în cazul în care, luarea și punerea în executare a hotărârii infracționale de a ucide victima nu este determinată de un interes material, iar omorul este săvârșit fără ca făptuitorul să aibă reprezentarea foloaselor materiale ce le-ar dobândi în urma morții victimei, pe o cale aparent legală, nu se poate reține aplicarea agravantei prevăzute de art. 175 lit. b) C. pen.

Dimpotrivă, în cazul în care făptuitorul urmărește să intre în posesia ilegală a unor bunuri prin însușirea acestora cu violență sunt întrunite toate elementele constitutive ale infracțiunii de tâlhărie. În cazul în care, urmare a violențelor exercitate de făptuitor în vederea însușirii bunului se produce moartea victimei care se reține din culpa făptuitorului, va exista forma agravată a tâlhăriei reglementată de art. 211 alin. 3 C. pen.

Așadar, în cazul omorului din interes material, făptuitorul intră în posesia bunurilor de drept, invocând vocația patrimonială rezultată din faptul morții victimei și care nu poate fi înlăturată, pe când în cazul tâlhăriei urmate de moartea victimei are loc o însușire a bunurilor prin mijloace violente, iar folosul material este clandestin, bunurile nu intră în patrimoniul făptuitorului cu titlu legal, ci prin fraudă evidentă<sup>4</sup>.

Dificultăți pot exista în practică și în ceea ce privește delimitarea infracțiunii de omor săvârșit din interes material de omorul deosebit de grav comis pentru a săvârși sau a ascunde săvârșirea unei tâlhării. În ambele situații făptuitorul acționează cu intenție față de uciderea unei persoane. În literatura de specialitate<sup>5</sup> s-a arătat că elementul ce poate conduce la diferențierea faptelor îl reprezintă timpul scurs între săvârșirea omorului și satisfacerea interesului material. Astfel, în cazul omorului calificat din interes material,

---

<sup>3</sup> Înalta Curte de Casație și Justiție, secția penală, decizia nr. 2080 din 19 aprilie 2007, publicată în *Înalta Curte de Casație și Justiție. Jurisprudența Secției penale pe anul 2007*, vol. I, Ed. Hamangiu, București, 2008, pp. 22-26.

<sup>4</sup> I. Dobrinescu, *Infracțiuni contra vieții persoanei*, Ed. Academiei Române, București, 1987, p. 68.

<sup>5</sup> V. Cioclei, *Drept penal. Partea specială. Infracțiuni contra persoanei*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 30.

realizarea acestui interes are loc ulterior, la o perioadă de timp după săvârșirea omorului, pe când în cazul omorului deosebit de grav concomitent cu uciderea persoanei sau imediat după aceasta făptuitorul își realizează interesul material constând în obținerea anumitor bunuri ce se găsesc în sfera de stăpânire a victimei.

În ceea ce privește omorul deosebit de grav comis pentru a săvârși sau a ascunde săvârșirea unei tâlhării și prevăzut de art. 176 lit. d) C. pen., din punct de vedere obiectiv se observă o identitate între această infracțiune și infracțiunea de tâlhărie urmată de moartea victimei. În ambele situații făptuitorul este vinovat atât pentru uciderea unei persoane, cât și pentru tâlhărirea acesteia.

Diferența dintre aceste fapte se poate realiza plecând de la analiza obiectului juridic. Ambele infracțiuni prezintă un obiect juridic complex, prin ambele aducându-se atingere mai multor relații sociale. Omorul deosebit de grav este incriminată ca o infracțiune împotriva vieții, valoarea socială lezată în principal fiind viața persoanei, și în subsidiar se aduce atingere și patrimoniului persoanei. În cazul tâlhăriei urmate de moartea victimei suntem în prezența unei infracțiuni complexe incriminate în cadrul infracțiunilor contra patrimoniului. Din caracterul complex al infracțiunii decurge și o complexitate a obiectului juridic al acesteia. Fapta aduce atingere, în principal, aspectelor patrimoniale și, în subsidiar, relațiilor sociale ce se referă la viața persoanei.

Din punct de vedere subiectiv, omorul deosebit de grav este o faptă realizată cu intenție atât în privința uciderii unei persoane, cât și cu privire la deposedarea acesteia de bunuri prin violență. Infracțiunea de tâlhărie în forma agravată în care este urmată de moartea victimei este o infracțiunea praeterintenționată, iar moartea persoanei se reține în sarcina făptuitorului din culpa sa. În cazul în care făptuitorul urmărește să ucidă victima prin tâlhărirea acesteia, infracțiunea de omor deosebit de grav se va reține în concurs cu infracțiunea de tâlhărie<sup>6</sup>. Infracțiunea de omor deosebit de grav presupune ca scopul urmărit de făptuitor să fie săvârșirea unei tâlhării, legiuitorul cerând pentru existența infracțiunii ca acest scop să fie numai urmărit de făptuitor, iar nu și realizat efectiv. Dacă scopul urmărit de făptuitor a fost realizat se va reține concurs între infracțiunea de omor deosebit de grav și infracțiunea de tâlhărie.

**3. Concluzii.** Delimitarea infracțiunilor care sunt fundamentate pe existența unui interes material urmărit de către făptuitor apare de multe ori dificilă ca urmare a elementelor identice ce se regăsesc în conținutul constitutiv al acestora. De aceea identificarea și încadrarea corectă a acestor infracțiuni necesită o examinare atentă a tuturor împrejurărilor și condițiilor în care s-a săvârșit fapta, dar și o analiză minuțioasă a aspectului subiectiv, a vinovăției făptuitorului în comiterea infracțiunii.

---

<sup>6</sup> Înalta Curte de Casație și Justiție, secția penală, decizia nr. 1250 din 27 februarie 2006, [www.scj.ro](http://www.scj.ro); Curtea Supremă de Justiție, secția penală, decizia nr. 258 din 7 februarie 1995, în *Buletinul Jurisprudenței. Culegere de Decizii pe anul 1995*, Ed. Proema, Baia Mare, 1996, pp. 176-177.

# Noțiunea de „consumator” în legislația românească în contextul transpunerii aquis-ului comunitar

## The notion of „consumer” in romanian law, in context of aquis transposition

Asist. univ. dr. **Ion Cătălin VOICULESCU\***

### Rezumat

*În condițiile în care aproximativ 70% din veniturile din gospodăriile românilor sunt direcționate către consum, stabilirea unui regim juridic stabil și coerent pentru drepturile a ceea ce denumim consumator este de o importanță deosebită.*

*Ce înseamnă consumator și profesionist nu este o întrebare la care răspunsul să fie facil, având în vedere utilizarea acestor noțiuni în diferite acte normative și mai ales în perspectiva modificării aquis-ului*

*Drepturile consumatorului român sunt cuprinse cu titlu de principiu în Codul Consumului și sunt detaliate vertical pe diferite sectoare, prin reglementări diferite. Este așadar necesar să se creeze un instrument orizontal care să unifice aceste prerogative.*

### Abstract

*Given that approximately 70% of Romanian households incomes are targeted to consumption, establishing a stable and coherent legal regime for the rights of what we call the consumer is extremely important.*

*What is the consumer and the professional is not a question easy to answer, considering the use of these concepts in various acts and especially with changing acquis*

*Romanian consumer rights are included as a principle in the Consumer Code and are detailed in various vertical sectors, through various regulations. It is therefore necessary to create horizontal tools to unify these prerogatives.*

**Cuvinte-cheie:** *consumator; profesionist; protecția consumatorului; drepturile consumatorului*

**Keywords:** *consumer; professional; consumer protection; consumer rights*

**1. Preliminarii.** În condițiile în care aproximativ 70% din veniturile din gospodăriile românilor sunt direcționate către consum, stabilirea unui regim juridic stabil și coerent pentru drepturile a ceea ce denumim consumator este de o importanță deosebită. România a transpus în aquis-ul comunitar fără derogări, însă în continuare consumatorul roman nu își utilizează prerogativele pe care le are și nici comercianții se pare că nu au nici un interes în a îi educa să le utilizeze.

Contractele pe care le încheiem și care își produc efecte poate în cele mai multe situații ale vieții cotidiene sunt rar citite, dar și mai rar sunt înțelese. Dacă în situația

---

\* Autorul este cadru didactic la Facultatea de Drept și Științe Administrative a Universității din Craiova.

încheierii unui contract clasic, cum ar fi de exemplu un contract de închiriere sau de vânzare cumpărare, cei mai mulți ar solicita un ajutor specializat sau cel puțin ar alocă un timp mai lung pentru analiză, în situația achiziționării ultimului tip de telefon mobil, contractul cu furnizorul de telefonie mobilă este semnat fără nici o umbră de îndoială, cu toate că unele clauze sunt de-a dreptul înrobitoare pentru consumator.

Situația este și mai complicată în cazul contractelor de creditare. Discuțiile din ultima vreme pe marginea Ordonanței 50/2010 și "războiul" dintre bănci pe de o parte și Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorului și cetățeni pe de altă parte au demonstrat dimensiunea atât financiară, cât și cea socială a fenomenului creditării, în condiții netransparente.

## **2. Noțiunea de consumator. Definiția consumatorului în dreptul intern.**

Consumatorul se regăsește, independent de modul în care este reglementat de lege, în fiecare dintre noi. Modul actual de organizare a societății, specializarea deosebită între diversele ramuri ale economiei, profesionalizarea prestațiilor de orice fel, determină și ne obligă pe fiecare dintre noi să devenim consumatori. Viața noastră se desfășoară de altfel, prin încheierea unor contracte cu diverși furnizori sau prin simpla utilizare de bunuri sau servicii când de exemplu sunt procurate de alții.

Conturarea noțiunii de consumator este astfel prioritară în orice demers care are drept scop să analizeze cadrul legal al protecției de care beneficiază consumatorul.

Fără îndoială, termenul a fost consacrat de economiști. Ei au analizat consumatorul pentru a vedea ce nevoi are și pe ce ar fi dispus să își cheltuiască banii. Au creat produse și servicii în consecință. Din ce în ce mai multe și mai variate, însă nu neapărat mai bune. De altfel, interesele celor care vând și ale celor care cumpără nu sunt neapărat convergente ci dimpotrivă. Anii de prosperitate de după cel de-al doilea război mondial de care a beneficiat Europa și America de Nord au reprezentat terenul perfect pentru explozia consumului de orice fel.

Însă, în timp ce bunurile și serviciile au devenit din ce în ce mai promovate, mai ales prin intermediul televiziunii, consumatorii au realizat că sunt la dispoziția furnizorilor când este vorba să reclame ceva legat de calitatea sau valoarea noului lor produs sau servicii.

Variatatea domeniilor determină o varietate de reglementări. Transpunerea aquisului comunitar în legislația românească a dus la instituirea, pe parcursul timpului a mai multor definiții ale noțiunii de consumator, care au fost ulterior unificate.

Definiția dată în articolul 2 din Ordonanța Guvernului nr. 21 din 21/08/1992 (în versiunea consolidată la data de 27.12.2008 și care este în vigoare) este următoarea: „consumator – orice persoană fizică sau grup de persoane fizice constituite în asociații, care acționează în scopuri din afara activității sale comerciale, industriale sau de producție, artisanale ori liberale;

Conținutul definiției a cunoscut, așa cum am precizat, o evoluție în timp. Forma inițială a Ordonanței prevedea că este consumator persoana fizică care dobândește, utilizează ori consumă, ca destinatar final, produse obținute de la agenți economici sau care beneficiază de servicii prestate de aceștia. Prin modificarea efectuată prin Ordonanța 58/2000 definiția este următoarea: „consumator – persoana fizică care cumpără, dobândește, utilizează ori consumă produse sau servicii, în afara activității sale profesionale”. Prin Legea nr. 37/2002 de aprobare a Ordonanței nr. 58/2000, se modifică

definiția după cum urmează: „– consumator – persoană fizică sau grup de persoane fizice constituite în asociații, care cumpără, dobândește, utilizează ori consumă produse sau servicii, în afara activității sale profesionale”.

Intervine apoi și ultima modificare prin Legea nr. 363/2007<sup>1</sup>, care în articolul XI modifica definiția din Ordonanța nr. 21/1992 după cum urmează: „consumator – orice persoană fizică sau grup de persoane fizice constituite în asociații, care acționează în scopuri din afara activității sale comerciale, industriale sau de producție, artisanale ori liberale”.

În textul Legii nr. 363/2007 la art. 2 alin. 1 lit. a) *consumatorul* este definit ca fiind orice persoană fizică sau grup de persoane fizice constituite în asociații, care, în practicile comerciale ce fac obiectul prezentei legi, acționează în scopuri din afara activității sale comerciale, industriale sau de producție, artisanale ori liberale”

De altfel, acest din urma act normativ, în *TITLUL II Modificarea unor acte normative privind protecția consumatorilor*, face o unificare a definițiilor date noțiunii de consumator, ceea ce nu poate avea decât un efect pozitiv asupra coerenței reglementărilor naționale.

Această ultimă variantă a definiției este de altfel și cea menționată în Legea nr. 296/2004 a Codului Consumului: consumator – orice persoană fizică sau grup de persoane fizice constituite în asociații, care acționează în scopuri din afara activității sale comerciale, industriale sau de producție, artisanale ori liberale.

În Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori prin consumator se înțelege orice persoană fizică sau grup de persoane fizice constituite în asociații, care, în temeiul unui contract care intră sub incidența prezentei legi, acționează în scopuri din afara activității sale comerciale, industriale sau de producție, artisanale ori liberale.

**3. Cum este definit consumatorul în dreptul european?** Așa cum am precizat, definiția adoptată de legiuitorul român transpune definiția din directivele europene. Astfel, în conformitate cu Directiva 85/577 consumatorul este ”o persoană fizică care, în tranzacții acoperite de această directivă acționează în scopuri care pot fi privite ca nefăcând parte din activitatea sa comercială sau profesională”. Variante ușor modificate sunt utilizate în directivele 93/13/CEE<sup>2</sup>, 97/7/CE<sup>3</sup>, 99/44/CE<sup>4</sup>, 2000/31/CE<sup>5</sup> și 2002/65/CE<sup>6</sup>, care definesc consumatorul ca o persoană fizică care acționează în scopuri

---

<sup>1</sup> Legea nr. 363 din 21/12/2007, Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 899 din 28/12/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor.

<sup>2</sup> Directiva 93/13/CEE a Consiliului din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii.

<sup>3</sup> Directiva 97/7/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 20 mai 1997 privind protecția consumatorilor cu privire la contractele la distanță.

<sup>4</sup> Directiva 97/7/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 20 mai 1997 privind protecția consumatorilor cu privire la contractele la distanță.

<sup>5</sup> Directiva 2000/31/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 8 iunie 2000 privind anumite aspecte juridice ale serviciilor societății informaționale, în special ale comerțului electronic, pe piața internă (directiva privind comerțul electronic).

<sup>6</sup> Directiva 2002/65/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 23 septembrie 2002 privind comercializarea la distanță a serviciilor financiare de consum și de modificare a Directivei 90/619/CEE a Consiliului și a Directivelor 97/7/CE și 98/27/CE.

în afara activității comerciale, de afaceri sau profesionale. Directiva 2208/122/CE<sup>7</sup> definește „consumatorul” ca orice persoană fizică care acționează în scopuri care nu sunt legate de activitățile sale comerciale, de afaceri, artizanale sau profesionale.

Directiva 98/6/CE<sup>8</sup> definește consumatorul ca fiind orice persoană fizică ce cumpără un produs în scopuri care nu intră în domeniul său de activitate comercială sau profesională.

Definiția folosită de directiva 90/314/CEE<sup>9</sup> are o abordare diferită a noțiunii. Astfel, consumatorul este persoana care cumpără sau se angajează să cumpere pachetul („contractantul principal”) sau orice altă persoană în numele căreia contractantul principal se angajează să cumpere pachetul („ceilalți beneficiari”) sau căreia contractantul principal sau oricare dintre ceilalți beneficiari îi cedează pachetul („cesionarul”).

Directiva 2005/29/CE<sup>10</sup> este în aceeași linie: „consumator” înseamnă orice persoană fizică ce acționează, în legătură cu practicile comerciale reglementate de prezenta directivă, în scopuri care nu se încadrează în activitatea sa comercială, industrială, artizanală sau liberală

După cum se poate observa, în ciuda diferențelor de terminologie sau limbaj, toate definițiile au elemente comune: Se referă la persoane fizice; scopul în care acționează acestea este în afara activității de afaceri, de comerț, profesionale sau artizanale, aceste fiind de altfel rezultatul unei evoluții în timp a noțiunii.

Acquis-ul comunitar este în curs de revizuire<sup>11</sup>. Până la adoptarea în 2005 a Directivei privitoare la practicile comerciale neloiale, legislația aferentă protecției consumatorilor a urmat o abordare verticală, cu scopul de a reglementa probleme specifice pentru anumite sectoare. Implicit, cadrul juridic a cunoscut un proces de fragmentare.

Cele mai multe directive care fac parte din acquis-ului consumatorilor sunt prescriptive mai degrabă decât bazate pe principii. Cele mai multe dintre ele nu mai îndeplinesc în totalitate cerințele de astăzi ținând seama de evoluția rapidă a piețelor. Acest lucru este deosebit de important în fața creșterii importanței tehnologiei digitale și serviciilor digitale (de exemplu, descărcarea de muzică), care ridică probleme controversate referitoare la drepturile de autor, în comparație cu vânzarea de fizică bunuri.

Dezvoltările tehnologice determină crearea de noi canale pentru tranzacții între comercianți și consumatori, care nu sunt reglementate de legislația privind obișnuită privind protecția consumatorilor. Licitările online sunt un bun exemplu al acestui fenomen. Directiva vânzarea la distanță, care a fost realizat înainte de extinderea recentă a

---

<sup>7</sup> Directiva 2008/122/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 14 ianuarie 2009 privind protecția consumatorilor în ceea ce privește anumite aspecte referitoare la contractele privind dreptul de folosință a bunurilor pe durată limitată, la contractele privind produsele de vacanță cu drept de folosință pe termen lung, precum și la contractele de revânzare și de schimb.

<sup>8</sup> Directiva 98/6/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 februarie 1988 privind protecția consumatorului prin indicarea prețurilor produselor oferite consumatorilor.

<sup>9</sup> Directiva Consiliului din 13 iunie 1990 privind pachetele de servicii pentru călătorii, vacanțe și circuite

<sup>10</sup> Directiva 2005/29/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 mai 2005 privind practicile comerciale neloiale ale întreprinderilor de pe piața internă față de consumatori și de modificare a Directivei 84/450/CEE a Consiliului, a Directivelor 97/7/CE, 98/27/CE și 2002/65/CE ale Parlamentului European și ale Consiliului și a Regulamentului (CE) nr. 2006/2004 al Parlamentului European și al Consiliului („Directiva privind practicile comerciale neloiale”).

<sup>11</sup> Green Paper on the Review of the Consumer Acquis.

comerțului electronic, permite statelor membre să excepteze licitațiile de la aplicarea ei. Astfel cum sa confirmat prin evaluările naționale, utilizarea diferită a acestei opțiuni de reglementare de către statele membre creează fragmentare și a condus la o creștere a reclamațiilor consumatorilor cu privire la aceste licitații online.

Excluderea software-ului și a datelor din domeniul de aplicare al Directivei privind vânzările către consumatori a determinat producătorii să încerce să evite responsabilitatea pentru posibilele daune / neconformitate a acestor produse prin intermediul condițiilor în utilizator final Licențele pentru utilizatorul final (EULA), împiedicând consumatorii să utilizeze căi de atac pentru neconformitate

Normele privind protecția consumatorilor sunt fragmentate în esență în două moduri. În primul rând, actualele directive permit statelor membre să adopte norme mai stricte în legislațiile lor naționale (armonizare minimă) și multe state membre au făcut uz de această posibilitate în scopul de a asigura un nivel mai ridicat de protecție a consumatorilor.

Aceste exemple de fragmentare a reglementării generează costuri suplimentare de conformare pentru întreprinderi: costurile de achiziție relevante, consiliere juridică, informații și materiale de marketing sau contracte, sau în caz de nerespectare, eventual, costurile de litigii.

Apare astfel necesitatea creării unui instrument orizontal care să reglementeze sistematic anumite aspecte. Noțiunea de consumator și profesionist în domeniu sunt doar două dintre ele. De asemenea se poate crea un asemenea instrument și în ceea ce privește contractul de vânzare, care este de departe cel mai des întâlnit în relația consumator-profesionist. Această abordare ar simplifica și ar raționaliza acquis-ul consumatorului în direcția principiilor unei reglementări mai bune. Acesta ar abroga, printr-un efort de reformare, directivele existente privind consumatorii, complet sau parțial, și astfel s-ar reduce volumul acquis-ului.

Rezultatele consultării asupra modificării aquis-lui sunt diferite, însă nu și în cazul noțiunilor de consumator și profesional, un există un larg consens printre statele membre. Majoritatea au optat pentru o definiție restrictivă a noțiunii de consumator: persoană fizică care acționează în scopuri care nu se încadrează în activitatea sa comercială, de afaceri sau profesională.

În aceeași direcție este și poziția României care a optat pentru menținerea definiției și implicit limitarea consumatorului la categoria persoanelor fizice<sup>12</sup>.

Nu pot avea așadar calitatea de consumatori, indiferent de poziția pe care se afla, utilizator final sau doar intermediar, persoanele juridice. Activitatea acestora, indiferent de forma de organizare – societăți comerciale, regii autonome, organizații non guvernamentale, instituții publice este orientată spre obținerea de profit sau prestarea unor alte servicii esențiale de administrație publică.

Pentru a avea calitatea de consumator nu este obligatorie cumpărarea bunului sau al serviciului ci este suficienta utilizarea lui, în baza unei relații contractuale exprese (de exemplu plata utilităților aferente unui contract de închiriere) sau chiar în lipsa unei asemenea relații (utilizarea unor produs primite prin posta în urma unei campanii promoționale).

---

<sup>12</sup> Reply of Romania on the questions sent by the european ommission. For the review of consumer acquis disponibilă la adresa: [Http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/acquis/responses/ms\\_ro.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/responses/ms_ro.pdf).



Așa cum am precizat este esențială utilizarea privată a bunului sau a serviciului: personal sau în cadrul familiei sau în cadrul unor activități sociale (de exemplu utilizarea în cadrul unui grup de oameni care nu sunt rude între ele)

Legislația românească, adaptată prevederilor aquis-ului comunitar, îmbrățișează astfel orientarea obiectivă a noțiunii de consumator, față de orientarea subiectivă. Aceasta presupunea un grad mai mare de cuprindere a noțiunii putând fi consumatori:

– Agenții economici care achiziționează bunuri în vederea desfășurării activității proprii;

– Dobânditorii de bunuri și servicii destinat uzului personal;

– Persoanele fără legătură cu produsul dar care suferă ca urmare a caracterului defectuos sau viciilor acestuia (de exemplu cei care suferă prejudicii ca urmare a exploziei unei butelii de gaz).

Extinderea noțiunii de consumator în mod excesiv nu este însă în interesul protejării celor care până la urmă folosesc bunuri sau servicii pentru existența proprie. Dacă în cazul acestora nevoia de protecție este evidentă, nu se poate susține același lucru și în cazul unor societăți comerciale care acționează în vederea obținerii de profit. Eventualele prejudicii pe care aceste persoane le suferă își pot găsi remediul în oricare din mijloacele juridice puse la dispoziție de legislația generală, în condițiile prevăzute de răspunderea contractuală sau delictuală după caz.

Orientarea legislativă pune astfel capăt unor controverse care ar putea apărea în legătură cu sfera de aplicabilitate a regimului juridic al protecției consumatorului. Având în vedere că doctrina românească este la început de drum pe acest domeniu, este util să efectuăm o scurtă trecere în revista a soluțiilor existente în alte state membre ale Uniunii Europene<sup>13</sup>.

Problemele se ivesc în situația în care achiziționarea unui bun sau serviciu se face de către o persoană juridică, însă pentru scopuri care exced activității sale obișnuite. În acest caz se poate pune în discuție aplicarea regimului juridic specific sau se merge pe calea dreptului comun.

**4. Noțiunea de adresant final.** Extinderea noțiunii de adresant final se întâlnește în legislațiile relevante din Spania, Grecia, Ungaria și Luxemburg. În Spania este necesar ca utilizatorul sau consumatorul să „dobândească, folosească sau să se bucure de produs ca adresant final” și fără a intenționa să folosească respectivul bun în producție, să îl transforme sau să îl comercializeze.

O soluție similară este prevăzută și în Grecia, cu deosebirea că legea nu impune și condiția utilizării private. Astfel, în conformitate cu prevederile Art. 1(4)(a) din Actul privind protecția consumatorilor nr. 2251/1994 un consumator este orice persoană fizică sau juridică care utilizează produse sau servicii care îi sunt oferite pe piață, atât timp cât are calitatea de utilizator final.

În Ungaria, o tranzacție cu un consumator reprezintă furnizarea de bunuri sau prestarea de servicii, inclusiv furnizare de mostre gratuite direct către consumator, ca destinatar final. În Luxemburg, se utilizează noțiunea de destinatar final (consommateur final prive).

---

<sup>13</sup> Consumer Law Compendium Comparative Analysis, Part 3. Common structures in the Directives, A. The notion of „consumer”, de Martin Ebers disponibil la adresa de internet [http://www.eu-consumer-law.org/consumerstudy\\_part3a\\_en.pdf](http://www.eu-consumer-law.org/consumerstudy_part3a_en.pdf).

Noțiunea de destinatar final este mai largă decât cea de consumator pentru că include și acele situații în care o persoană juridică acționează în tranzacții care nu sunt specifice obiectului lor de activitate, ceea ce nu poate genera decât dificultăți în aplicarea legii, atât timp cât demonstrarea calității de utilizator final sau uz privat trebuie efectuată în fiecare caz în parte.

**5. Cazul profesioniștilor care încheie contracte atipice.** În Franța, în lumina unei jurisprudențe bine conturată, consumatorul este o persoană (fizică sau juridică) care încheie contracte care nu sunt direct legate cu profesia exercitată. În acest sens este relevantă decizia Curții de Casație din 28 aprilie 1987<sup>14</sup>. În acest caz, o agenție imobiliară a achiziționat un sistem de alarmă pentru biroul propriu, care nu a funcționat corespunzător. O clauză în condițiile generale de furnizare a bunului preciza că nu se pot solicita daune sau rezilia contractul de către beneficiar. Curtea a apreciat că se poate face aplicarea Codului francez al Consumului, deoarece scopul contractului încheiat cu furnizorul de alarme nu are o legătură directă cu afacerea agenției și nici cunoștințele tehnice ale acesteia nu se suprapun cu cele relevante pentru acest domeniul al alarmelor. Ca atare, agenția trebuie tratată ca un consumator obișnuit. Ulterior, interpretarea Curții s-a limitat la criteriul legăturii directe a contractului cu activitatea propriu zisă a persoanei juridice.

În Marea Britanie, în conformitate cu secțiunea 12(1) din UCTA<sup>15</sup>, profesioniștii care acționează în afara obiectului lor de activitate pot solicita să fie tratați ca și consumatori. Decizia Relevantă este *R&B Customs Brokers Ltd. V United Dominions Trust Ltd*<sup>16</sup>. În acest caz, s-a pus problema dacă anumite clauze contractuale care excludeau posibilitatea de a cere daune pot fi aplicate, având în vedere că actul normativ menționat exclude acest tip de clauze în cazul contractelor încheiate cu un consumator. Considerându-se că în speță reclamanta a acționat în scopuri care nu sunt direct legate de afacerea proprie (achiziționarea unei mașini second-hand pentru uzul angajaților) s-a apreciat că ea poate fi tratată ca un consumator și ca atare clauzele care exclud dreptul la despăgubiri nu pot fi invocate.

Revenind la legislația națională, așa cum am arătat, beneficiază de protecția specifică doar persoanele fizice și asociațiile acestora constituite în scopul apărării și protejării intereselor consumatorilor. Apreciem că aceasta este și soluția cea mai lipsită de echivoc, o eventuală extindere a noțiunii de consumator către persoanele juridice care încheie acte care nu sunt în legătură directă cu activitatea lor va genera o aplicare neunitară a legii.

Este foarte dificil să separi contractele obișnuite de cele care nu sunt legate de activitatea propriu zisă, de exemplu în cazul unei societăți comerciale, atât timp cât prin natura lor activitățile acestora sunt specializate, iar sfera unor contracte care nu sunt direct legate este astfel foarte largă.

O persoană juridică atunci când prestează o activitate în vederea obținerii unui avantaj economic o face utilizând resurse diverse, care toate combinate duc la rezultatul urmărit. De exemplu, fabricarea unui produs presupune cheltuieli cu materii prime, materiale, cheltuieli cu personalul, utilitățile și alte tipuri de cheltuieli indirecte. Oricare din contractele încheiate pentru obținerea acestor prestații ar putea fi privit ca un contract care excede activității

<sup>14</sup> Decizia Curții de Casație din 28 aprilie 1987 (JCP 1987. II. 20893 Juris-classeur periodique).

<sup>15</sup> Unfair Contract Terms Act 1977.

<sup>16</sup> *R&B Customs Brokers Ltd. V United Dominions Trust Ltd.*, [1988] WLR 321.

curente a societății care este producerea și comercializarea anumitor bunuri și ca atare ar putea beneficia de un regim juridic derogatoriu de la dreptul comun.

Această orientare obiectivă, care nu introduce criterii suplimentare pentru definirea consumatorului sau nu lasă deschisă calea la interpretări subiective este și mai utilă în condițiile revizuirii aquis-ului și a necesității dezvoltării pieței comune.

România a mai realizat de asemenea un pas important în crearea unui instrument orizontal de lucru pentru protecția consumatorului, care se pare este și direcția în care se îndreaptă revizuirea aquis-ului și anume adoptarea Codului Consumului<sup>17</sup>.

Actul este deosebit de important, atât timp cât oferă o serie de definiții și reguli aplicabile tuturor contractelor încheiate cu consumatorii și completează instrumentele verticale de reglementare care transpun în legislația națională prevederile Directivelor.

Capitolul III din acest act stabilește cu titlul de principiu care sunt drepturile de care beneficiază consumatorii:

a) dreptul de a fi protejați împotriva riscului de a achiziționa un produs sau de a li se presta un serviciu care ar putea să le prejudicieze viața, sănătatea sau securitatea ori să le afecteze drepturile și interesele legitime;

b) dreptul de a fi informați complet, corect și precis asupra caracteristicilor esențiale ale produselor și serviciilor, astfel încât decizia pe care o adopta în legătură cu acestea să corespundă cât mai bine nevoilor lor, precum și de a fi educați în calitatea lor de consumatori;

c) dreptul de a avea acces la piețe care le asigură o gamă variată de produse și servicii de calitate;

d) dreptul de a fi despăgubiți pentru prejudiciile generate de calitatea necorespunzătoare a produselor și serviciilor, folosind în acest scop mijloacele prevăzute de lege;

e) dreptul de a se organiza în asociații pentru protecția consumatorilor, în scopul apărării intereselor lor;

f) dreptul de a refuza încheierea contractelor care conțin clauze abuzive, în conformitate cu legislația în vigoare;

g) dreptul de a nu li se interzice de către un agent economic să obțină un beneficiu prevăzut de legea în vigoare;

Modul concret în care fiecare din aceste drepturi se realizează este detaliat în actele normative specifice, dar ar putea fi utilizat și textul general pentru invocarea anumitor drepturi sau pentru reclamarea anumitor neconformități.

**6. Concluzii.** Putem spune că din punct de vedere legislativ, lucrurile stau bine. Avem o delimitare clară a ceea ce înseamnă consumator, avem un instrument orizontal de reglementare și orientări care sunt similare cu cele ale majorității statelor membre.

Avem însă mult de recuperat în ceea ce privește educarea consumatorilor și în învățarea acestora în a utiliza prerogativele conferite de lege.

**Acknowledgment.** „Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/89/1.5/S/61968, proiect strategic ID 61968 (2009), cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013”.

---

<sup>17</sup> Lege nr. 296 (r1) din 28/06/2004 privind Codul consumului.

# Certificatul de urbanism, paralele în dreptul francez

## Certificate of urbanism, parallel in french law

*Lect. univ. dr. Robert BISCHIN\**

### Rezumat

*Certificatul de urbanism asigură stabilirea temporară a dispozițiilor ce condiționează ocuparea unui teren în scopuri urbanistice, aceasta trebuie să acționeze pe principiul dispozițiilor de urbanism, regimului de taxe și participările precum și limitele administrative ale dreptului de prioritate așa cum existau ele la data certificatului fără a fi nevoie să treacă prin mențiunile sau enunțurile acestuia.*

### Abstract

*Planning certificate provides temporary provisions which determine the establishment of land for urban employment, it must act on the principle of planning provisions, duties and participation arrangements and the administrative limits of the right of priority as they existed at the date of the certificate without have to go through its terms or statements.*

**Cuvinte-cheie:** *certificatul de urbanism; administrație publică; urbanism*

**Keywords:** *planning certificate; public administration; urban planning*

**1. Conținutul certificatului. Punerea problemei.** Până la legea SRU din 13 decembrie 2000, răspunsul la cererea de eliberare a unui certificat de urbanism A sau B dădea loc eliberării a două categorii de certificate pe formulare de culori diferite: un certificat pozitiv dacă terenul era constructibil sau dacă operația avută în vedere era realizabilă; un certificat negativ în caz contrar. Acest sistem binar nu acoperea ansamblul situațiilor, iar alegerea formularului de răspuns putea fi o sursă de serioase dificultăți în cazul certificatelor A „de informare generală”, conform terminologiei vremii, pentru care eliberarea unui certificat pozitiv nu însemna ca autorizația de ocupare a solurilor va fi acordată, în timp ce eliberarea unui certificat negativ nu conducea, în mod necesar, la un refuz. Era într-adevăr dificil pentru cei în cauză, să se pronunțe asupra simplei constructibilități a unui teren, iar garanția atașată certificatului era, în această ipoteză, destul de subțire. Distingerea între certificatul pozitiv și cel negativ, provenind din fostul certificat de informare generală a fost suprimată de legea SRU și acesta a devenit un certificat neutru de simplă informare. Cât despre certificatul B, calificat drept „pre-operational”, acesta fusese menținut; conținea aceleași informații ca și certificatul A și, în plus, indica dacă terenul putea fi utilizat pentru realizarea operației menționate în cerere; această parte a răspunsului avea în mod necesar un caracter pozitiv sau negativ. Ordonanța din 8 decembrie 2005 și decretul din 5 ianuarie 2007 păstrează acest dispozitiv, sub rezerva unei simplificări a conținutului certificatului, denumit în prezent „de informare” care trebuie eliberat în termen de o lună.

---

\* Autorul este cadru didactic la Facultatea de Drept și Științe Administrative a Universității din Craiova.

**2. Informații furnizate de cele două tipuri de certificate. Natura informațiilor furnizate.** Informațiile care trebuie furnizate în prezent prin cele două tipuri de certificate – de informare și operațional – sunt următoarele:

**a.** Natura dispozițiilor de urbanism aplicabile terenului: articolul L. 111-1-4 relativ la intrările de oraș; norma constructibilității limitate, regulamentul național de urbanism, dispozițiile de urbanism specifice litoralului și zonelor de munte, directivele teritoriale de sistematizare care să precizeze aplicarea acestor legi, planul de coerență teritorială, planul local de urbanism, planul de apărare și de punere în valoare, reglementarea unei parcelări, harta comunală, pentru a nu cita decât pe cele principale. Autoritatea administrativă trebuie să dea, în acest scop, o informare completă reclamantului. Aceasta este în mod special obligată, în prezența unui plan local de urbanism sau a unei reglementări de parcelare, să precizeze, dincolo de natura, conținutul normelor referitoare la teren. Aceste norme nu pot fi decât cele aplicabile în momentul eliberării certificatului. Nu este posibil să se țină seama de proiectele de modificare a normelor existente, chiar dacă acestea sunt susceptibile de a da loc unei suspendări a deciziei. Dar, pentru a informa, în mod util, reclamantul, articolul L.410-1 din Codul urbanismului, impune administrației să menționeze posibilitatea opunerii suspendării deciziei în cazul în care proiectele de modificare a dreptului existent ar putea conduce la luarea unei asemenea măsuri.

**b.** Limitările administrative ale dreptului de proprietate care afectează terenul. Este vorba despre servituțile de utilitate publică care afectează utilizarea solurilor ce figurează pe lista anexată articolului R.126-1 din Codul de urbanism (deasupra nr. 145 și s.). Si aici, informația furnizată trebuie să fie exhaustivă. Sub imperiul dreptului anterior, Consiliul de Stat considerase, în consecință, în mod surprinzător, că exista o cauză de neconstruire provenită din reglementarea locală de urbanism, un certificat de urbanism negativ, netrebuind să menționeze totalitatea motivelor de neconstruire ce decurgeau din existența servituților.

**c.** Regimul taxelor și contribuțiilor de urbanism aplicabile unui teren. Această inovație adusă de legea Solidarității și reînnoirii urbane nu se referă decât la principiul diferitelor prelevări menționate în articolele L.332-6 și L.332-6-1 din Codul de urbanism. Dacă terenul este situat într-un program de amenajare de ansamblu (PAA), nu numai că acesta trebuie menționat ci și deliberarea în urma căreia se adoptă programul de amenajare de ansamblu trebuie anexată răspunsului (art. L.332-9, al. 3).

**d.** Situația terenului față de perimetrul unuia dintre drepturile de preemțiune definite în Codul de urbanism. Pentru acest motiv, certificatul de urbanism înlocuiește certificatele de „situație” care existau în materie de drept de preemțiune urbană și de drept de preemțiune în ZAD, și care au fost abrogate de decretul nr. 97-503 din 21 mai 1997.

**e.** În sfârșit, atunci când proiectul este supus unui aviz sau unui acord al Statului, certificatele trebuie să menționeze în mod expres acest lucru (art. L.410-1). Aceste formalități condiționează în realitate eliberarea autorizațiilor și a deciziilor de acceptare a declarației.

**f.** Dimpotrivă, certificatul de informare care trebuie să fie în prezent eliberat în termen de o lună nu mai trebuie să menționeze, ca înainte, starea echipamentelor existente sau prevăzute. Dar această informație esențială pentru determinarea constructibilității terenului continuă să fie în mod imperios cerută pentru certificatele operaționale.

**3. Informații proprii certificatului operațional. Conținutul specific al certificatului operațional.** În plus față de diferitele informații pe care trebuie să le conțină certificatul de informare, certificatul operațional trebuie să indice starea echipamentelor publice existente sau prevăzute pentru deservirea terenului și dacă acesta poate fi utilizat pentru realizarea operației menționate în cerere (art.L.410-1,a.2,b).

**a.** Certificatul operațional trebuie să indice în primul rând condițiile de deservire a terenului de către echipamentele publice existente sau prevăzute, trebuie precizate natura acestora (rețele de apă potabilă, salubritate, electrificare, drumuri), capacitatea de deservire suficientă sau insuficientă și, pentru echipamentele care sunt doar prevăzute, data de realizare a acestora și condițiile de funcționare (service sau concesionar însărcinat cu gestionarea acestora).

**b.** Certificatul menționează în special dacă terenul poate fi utilizat pentru realizarea proiectului anexat cererii. Răspunsul poate fi pozitiv sau negativ și, în primul caz, „însoțit de prescripții”(art. R.410-14). Această notate a decretului din 5 ianuarie 2007 are drept obiect evitarea eliberării unui certificat „negativ”. Dar, până în prezent, dreptul de a edicta prescripțiile este rezervat autorizațiilor și el conduce la eliberarea unui certificat de tip nou. Oricum, dacă se dă un răspuns negativ sau însoțit de prescripții, acesta trebuie motivat. Putem prevedea în acest caz că judecătorul va reveni asupra jurisprudenței care scutea administrația să precizeze toate motivele de neconstruire, pentru ca certificatul să aducă o informație care să permită într-adevăr lămurirea constructorilor.

Indiferent dacă este pozitiv sau negativ, răspunsul implică o luare de poziție din partea administrației care, în situații speciale, poate întâmpina anumite dificultăți.

O primă dificultate se referă la luarea în calcul a normelor de urbanism „permisive” care se găsesc în special în regulamentul național de urbanism. Aceste norme permit autorității competente să refuze autorizațiile solicitate dar nu o obligă să facă acest lucru și îi lasă, sub controlul judecătorului, o anumită putere de apreciere. În această ipoteză Consiliul de Stat nu admitea ca administrația să adopte o poziție definitivă față de aplicarea normei în etapa eliberării certificatului de urbanism.

Într-o hotărâre Blouet, i se interzisese, în primă fază, eliberarea unor certificate negative – chiar atunci când administrația intenționa să refuze ulterior autorizația – pe motiv că „autoritatea administrativă nu poate, în mod legal, să declare neconstructibil un teren pe care pot fi autorizate construcții chiar cu titlu excepțional”. Dar această jurisprudență, care era criticată, a fost repusă în cauză prin legea nr. 83-663 din 22 iulie 1983 care a introdus în articolul L.410-1 un alineat redactat după cum urmează: „Atunci când orice cerere de acordare a autorizației ar putea, pentru singurul motiv al localizării terenului, să fie refuzată ținându-se seama de dispozițiile de urbanism și, în special, de normele generale de urbanism, răspunsul la cererea de acordare a certificatului de urbanism este negativ”. Pe viitor, pentru acest tip de cerere, situația inversă este cea care prevalează. Consiliul de Stat considera că administrația era obligată să elibereze un certificat negativ chiar dacă aceasta era decisă să nu facă uz de dreptul de a respinge autorizația. Ordonanța din 8 decembrie 2005 modifică încă o dată condițiile de luare în considerare a acestor norme permisive în momentul eliberării certificatului. În redactarea Articolului L.410-1 cu privire la ordonanță, nu se reia alineatul din legea din 1983 care impunea un răspuns negativ.

Este foarte puțin probabil, căci aceasta fusese numită la vremea aceea într-un cu totul alt context pentru cele două categorii de certificat. Cauza pentru care distincția dintre

răspunsul pozitiv și cel negativ se aplică de acum înainte doar acelor certificate operaționale ar fi trebuit să faciliteze sarcina administrației. Aceasta este într-adevăr, conform acestei ipoteze, sesizată de un proiect determinat a cărui locație este cunoscută în cadrul unității funciare și căruia îi este mult mai ușor de a aprecia dacă acesta respectă sau nu dispozițiile permise în cauză.

*Luarea în vedere a regulii de construire limitată*, ce în principiu interzice construcțiile în afara părților urbane actuale (PUA) ale comunei, ar trebui să facă mai puține probleme. Certificatul ar trebui să ne ajute să aflăm dacă proiectul de construcție este situat sau nu în PUA ținând cont de elementele furnizate de către dosarul atașat cererii. Dacă acest lucru nu este necesar, răspunsul în ceea ce privește posibilitatea realizării operației nu va fi în mod sigur negativ. Într-adevăr, va putea fi pozitiv dacă cererea susține un proiect ce intră în câmpul unei excepții prin natură, sau ce poate constitui o excepție punctuală, în speranța că în acest caz el va putea fi susținut de către o deliberare motivată de consiliul municipal, demonstrând interesul său pentru comună.

În cele din urmă, în ceea ce privește deservirea terenului împreună cu echipamentele publice, judecătorul lasă autorității competente o anumită libertate pentru a decide de caracterul pozitiv sau negativ al răspunsului. Lui îi aparține decizia de a determina dacă echipamentele publice existente sau prevăzute susceptibil pentru a deservi terenul permit sau nu construcția acestuia. Când răspunsul este negativ, această autoritate, sub controlul judecătorului, poate declara acest teren drept neconstructibil deci trebuie răspuns în mod negativ cererii. Dar mai are posibilitatea de a răspunde pozitiv cu insuficiența echipamentelor.

**4. Deținerea Certificatului.** De la lansarea legii din 16 iulie 1971 certificatul de urbanism reprezintă mai mult decât o simplă notă de informație, el a devenit un act creator de drept. Într-adevăr, nu indică dispozițiile de urbanism și serviciile de utilitate publică aplicabile asupra terenului în ziua eliberării sale, el creează un drept pe care oamenii îl posedă până la un anumit termen.

Determinarea deținerii acestui drept a ridicat multe probleme pe care textele, prin multe eforturi, le-au rezolvat în mod progresiv, în același timp în care se revizua conținutul certificatului. Ordonanța din 8 decembrie 2005, după legea SRU, își aduce contribuția la acest serviciu de clarificare. Conform celui de-al patrulea alineat din articolul L. 410-1 al Codului de urbanism provenit din dispozițiile sale, atunci când o cerere de autorizație sau o declarație prealabilă este depusă în termenul a opt-zece luni de la eliberarea certificatului de urbanism, dispozițiile de urbanism, regimul taxelor și participarea la eliberarea certificatului de urbanism precum și a limitării administrative dreptului de proprietate așa cum există ele la data certificatului ce nu pot fi schimbate decât în excepția unor dispoziții ce au ca drept scop prezervarea securității sau a salubrității publice. Pe de altă parte, articolul R. 410-13 (redactarea decretului la data de 5 ianuarie 2007) precizează: „Atunci când certificatul de urbanism expres indică precum punctul *b* al articolului L. 410-1 (certificat operațional) că terenul poate fi folosit pentru realizarea operației menționate în cerere, această decizie susținând în mod exclusiv localizarea aproximativă a sau ale clădirilor din unitatea funciară, destinația lor și modalitățile de deservire cu ajutorul echipamentelor publice existente sau prevăzute”.

După ce am studiat drepturile create de către cele două tipuri de certificat, apoi garanțiile suplimentare aduse de certificatul operațional, vom putea examina incidentele nereglor certificatului asupra efectelor sale.

**Drepturile create de către cele două tipuri de certificat.** Certificatul de urbanism asigură stabilirea temporară a dispozițiilor ce condiționează ocuparea unui teren în scopuri urbanistice. Până la intrarea în vigoare a ordonanței din 8 ianuarie 2005, dacă o cerere de autorizație sau o declarație a fost depusă până la termenul de validitate a certificatului, instrucția intervenea pe baza mențiunilor înscrise (vechiul art. L. 410-1, al. 5). De la intrarea în vigoare a ordonanței, din 1 octombrie 2007, aceasta trebuie să acționeze pe principiul „dispozițiilor de urbanism, regimului de taxe și participărilor precum și limitele administrative ale dreptului de prioritate așa cum existau ele la data certificatului” (art. L. 410-1) fără a fi nevoit să treacă prin mențiunile sau enunțurile acestuia. Dacă aceste reguli au fost modificate după eliberarea sa, nu se va ține cont de noile dispoziții, doar dacă acestea sunt mult mai favorabile celui ce face cererea. Cu alte cuvinte, nu conținutul este cel care se cristalizează ci acele reguli aplicabile odată cu eliberarea certificatului sunt cele care se stabilesc definitiv. Această reformă va permite rezolvarea mult mai ușoară a problemelor de neregularitate a conținutului certificatului.

Orice avantaj are reversul lui, se poate afla la originea acestuia o distorsiune între informațiile pe care le dă și drepturile ce vor fi create. Aceasta riscă să aducă atingere fiabilității sale și, plecând, utilității sale pentru practicienii care vor fi obligați să caute ei singuri regulile ce erau aplicabile odată cu eliberarea certificatului.

Indiferent de situație și fără garanții suplimentare ce pot fi aduse prin certificatul operațional, acest dispozitiv se aplică pentru ambele tipuri de certificat indiferent de forma lor expresă sau tacită (art. R. 410-12). Această stabilire a regulilor aplicabile terenului redat în folosință prin eliberarea certificatului nu este beneficiată doar de titularul său; orice persoană cunoscătoare de cauză se poate afla în posesia ei.

Această garanție adusă de cele două tipuri de certificate în schimbul modificărilor de reglementare, ce pot interveni după eliberarea lor, este totodată limitată atât în folosire cât și în durată.

La originea limitată a regulilor de urbanism, câmpul garanției s-a lărgit prin legea Solidarității și a reînnoirii urbane pe data de 13 decembrie 2000. Acum ea este legată nu numai regulilor de urbanism aplicabile terenului, dar și limitelor administrative dreptului proprietății, precum regimului de taxe și participărilor din urbanism. În schimb, efectul stabilizării nu are întotdeauna în vedere drepturile de preemțiune, chiar și în cazul în care îi ducem lipsă.

În cazul „limitelor administrative ale dreptului de proprietate”, legea SRU excludea de altfel din garanție pe cele ce aveau ca drept scop prezervarea securității sau cea a salubrității publice: dispuneri de planuri de prevenire a riscurilor naturale sau riscurilor tehnologice, servitudini instituite în jurul instalațiilor clasate, sau pe cele ce creează zone de retenție temporară a apelor stătătoare sau curgătoare, zone de mobilitate a cursului unei ape, etc. Ordonanța din 8 decembrie 2005 a extins această rezervă regulilor de urbanism și regimului taxelor și participării de urbanism. Din clipa când au ca scop prezervarea securității sau a salubrității, ele vor fi imediat aplicabile fără ca petiționarul să poată să se opună dreptului de aplicare a reglementării anterioare mai favorabile.

„Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/89/1.5/S/61968, proiect strategic ID 61968 (2009), cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007 – 2013.”



# Judecătorul, „un executant fără viziune”?

## Judge, „an executor without vision”?

Doctorand *Oana Maria BĂLAN\**

### Rezumat

*Ideea conform căreia dreptul de interpretare a legilor aparține în exclusivitate organelor legiuitoare este evidențiată de juriștii iluminismului. Printre aceștia, Montesquieu nota, în celebra sa lucrare „Despre spiritul legilor” că spiritul legii „ar fi rezultatul unei logici bune sau rele a unui judecător (...)”. Astfel, oamenii ar deveni „victimă raționamentelor false sau a capriciilor de moment ale unui judecător (...)”. Dar legea „prinde viață” prin interpretarea pe care i-o judecătorul. Nu anumite legi sau norme cad sub semnul activității de interpretare, ci toate. Toate normele juridice cer o interpretare în momentul în care ele trebuie aplicate. În norme sunt evidențiate, ca urmare a constatării și în cele din urmă a aprecierii, de o manieră generală și abstractă, trăsăturile specifice ale domeniului de relații sociale asupra căruia trebuie să se aplice. Acțiunea de aplicare se realizează prin analiza cazului individual, fiind important a se determina trăsăturile care îl fac să aparțină unui domeniu particular, și prin corelarea normă-caz, corelare ce impune o descriere și o apreciere atât în privința normei, cât și în privința cazului concret.*

### Abstract

*The concept that the authority of interpreting laws belongs exclusively to the legislative organs is relieved by the Enlightenment lawyers. Among them, Montesquieu notes, in his famous work, entitled „About the spirit of laws”, that the spirit of the law „would be the outcome of correct or mistaken judge’s judiciousness (...)”. Thus, people would become „the victim of false reasoning or momentary judge’s kink (...)”. Converse, the law take shape through the interpretation given by the judge. Not only particular laws or rules fall into this interpretation activity, but all of them. All legal rules require interpretation at the moment of their implementation. The rules outline, as a result of an observation and, finally, an assessment, in a general and abstract manner, the specific social relationships features of the domain they must be applied on. Enforcement action is realized by analyzing the individual case. At this moment, it is important to determine the features that bring it to belong to a particular domain. Enforcement action is also realized by making correlation between rule and case, correlation which requires a description and an appreciation of both rule and practical example.*

**Cuvinte-cheie:** *interpretarea legii; judecător; legiuitor; interpretare logică; litera și spiritul legii; supunerea față de lege; text obscur; doctrina „textului clar”; necesitatea interpretării; opera de interpretare*

**Keywords:** *laws interpretation; judge; legislator; logical interpretation; word and spirit of the law; law obedience; ambiguous text; „clear text” institution; need of interpretation; work of interpretation*

---

\* Doctorand buget al Universității din Craiova, Facultatea de Drept și Științe Administrative, prin Proiectul POSDRU/6/1.5/S/14 „Creșterea atractivității, calității și eficienței studiilor universitare de doctorat prin acordarea de burse doctorale”.

**1. Judecătorul, un simplu executant?** Imediat după codificare, punctul de vedere dominant a fost acela că între spiritul legii și litera acesteia, nu există contrarietate. De aici a rezultat necesitatea respectării stricte și rigide a cuvântului și literei legii. Ulterior, dorindu-se o interpretare creatoare și susținând că interpretarea dreptului are un conținut evolutiv, au fost recunoscute contradicții între gândire și limbaj. Acest lucru determină faptul că judecătorul sau organul administrativ care aplică legea trebuie să caute sensul exact al legii după „paravanul” unor expresii legislative mai puțin conturate. Altfel spus, să caute spiritul legii dincolo sau în spatele literei legii<sup>1</sup>. În această situație, interpretul va apela la o metodologie adecvată de interpretare. Interpretul va uza de o metodă, de un procedeu prin care se tinde a se stabili înțelesul unei prevederi normative, asigurând în acest fel o aplicare cât mai corectă a legii. Procedee precum analiza morfologică și sintactică a textului normei juridice, compararea textului normei juridice respective cu textul altor norme din aceeași ramură sau din alte ramuri, cercetarea materialelor pregătitoare ale organului legislativ, examinarea expunerii de motive, a discuțiilor purtate cu prilejul adoptării, nu conduc decât la o temeinică explicare a textului normei respective. În același timp, folosirea acestor procedee reprezintă o garanție că organul de aplicare acționează, în fiecare caz concret, în spiritul și litera legii<sup>2</sup>. Utilizând această metodologie de interpretare, interpretul va identifica părțile componente ale normei de drept, adică structura sa logică, dorind a stabili câmpul de aplicabilitate și finalitatea normei. Prin urmare, judecătorul, interpretând norma de drept, nu poate rămâne total exterior acesteia. De aceea, imaginea pe care o oferă Montesquieu judecătorului de ființă neînsușită, pe care n-o poate atenua nici duritatea, nici blândețea, nu rezistă.

Postulatul potrivit căruia legea oferă soluții concrete pentru orice caz practic și că pentru a da o rezolvare la acel caz concret este nevoie doar de a apela la deducție este eronat. O asemenea teorie nu mai este îmbrățișată în prezent. A fost o vreme în care, pentru a înțelege o lege, era suficient să o citești, iar dacă citind-o cu atenție, o anumită parte era obscură, apelând la un pic de gramatică și logică, interpretul ieșea din dificultate. Se admitea astfel că pentru a rezolva cazurile practice era nevoie doar de interpretarea logică. Însă progresul societății actuale a demonstrat că această doctrină este depășită. Judecătorul apreciază și judecă legile. Pentru aceasta, el face uz de critică. Și nu ar fi capabil să realizeze o critică dacă nu ar avea o vastă cultură privind istoria dreptului, care îl va face să cunoască originile și evoluția diferitelor instituții de drept, cât și referitor la legislația comparată, care îl va ajuta să înțeleagă instituțiile și totodată diferențele între multitudinea sistemelor de drept. Această metodă logică tratează toate situațiile practice precum teoreme de geometrie, un ansamblu de axiome ce conțin, în mod virtual, soluția tuturor dificultăților posibile. Însă această metodă prezintă inconvenientul că face din jurisprudență un mecanism orb. Faptul de a interpreta mecanic legea naște un risc, acela al posibilității ca legea să se întoarcă împotriva scopului ei, care este binele social. De aceea, interpretarea logică nu trebuie utilizată singură, ci trebuie temperată de considerații de utilitate și echitate. Bineînțeles trebuie avut grijă ca judecătorul, în activitatea sa de interpretare, să nu înlocuiască părerea sa personală cu cea impusă de legiuitor<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Nicolae Popa, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Actami, București, 1997, p. 273.

<sup>2</sup> Dumitru Mazilu, *Tratat de teoria generală a dreptului – cu un studiu amplu consacrat teoriei generale a statului* (titlul III), ed. a II-a, Ed. Lumina Lex, București, 2007, p. 300.

<sup>3</sup> Henri de Page, *De l'interprétation des lois. Contribution à la recherche d'une méthode positive et théoriques en présence*, tome seconde, Librairie des Sciences juridiques, Éditeur Albert Vandeveld, Bruxelles/

Judecătorul, cel care percepând modalitățile în care societatea evoluează și ținând cont de faptul că legiuitorul nu intervine decât atunci când este justificată o intervenție legislativă, trebuie să interpreteze. Prin urmare, interpretarea devine o manifestare a progresului Dreptului. Ea nu îi subminează legiuitorului rolul său și nici nu presupune o încălcare a principiului separației puterilor în stat.

Acest judecător se subordonează numai legii, dar norma juridică trebuie aplicată la situații singulare. Aplicarea normei juridice, care este abstractă și statică, și complexitatea vieții sociale aflată în permanență mișcare sunt probleme deosebite pentru judecător. Astfel, acesta trebuie să interpreteze legea. Această interpretare a legii devine unul din momentele cele mai însemnate ale activității judiciare. Însă judecătorul trebuie să interpreteze și să aplice legea în concordanță cu litera și spiritul ei și în consonanță cu cerințele vieții sociale<sup>4</sup>. El nu poate și nu trebuie să aplice legea substanțială sau procedurală după preferințele sale subiective.

Dacă dreptul este o știință, modalitatea de aplicare a acestuia constituie o adevărată artă. Această știință a dreptului, acest ocean de incertitudini cum a fost numit, nu este suficientă prin ea însăși. Judecătorul trebuie să dețină arta de a judeca, modalitatea corectă de aplicare a dreptului presupunând din partea acestuia un studiu constant al umanității, o filosofie socială amplă, cât și o preocupare continuă de a obține progresul<sup>5</sup>.

Interpretarea trebuie realizată în orice moment datorită generalității legii și în scopul de a o face aptă să fie aplicată. Opera de interpretare devine o operație necesară și inerentă oricărui moment al aplicării dreptului. Această idee nu a fost acceptată de doctrina tradițională care făcea distincție între aplicarea și interpretarea dreptului. A fost emisă o doctrină ce a purtat numele de doctrina „textului clar”. Potrivit acesteia, când un text este clar, acesta nu trebuie interpretat. Astfel, interpretarea nu intervine decât atunci când un text este obscur. Cu alte cuvinte, un text clar nu trebuie aplicat, ci doar un text obscur conduce la interpretare. Interpretarea trebuie să răspundă la întrebarea dacă un text este clar sau obscur. Rezultă concluzia, logică de altfel, că a determina dacă un text este clar sau obscur ține de subiectivitatea și perspicacitatea interpretului. Iar acest fapt implică în practică anumite consecințe delicate. Și aceasta deoarece există posibilitatea ca unui interpret perspicace să i se pară clar un text „dificil” pe care un om de rând îl consideră obscur, în timp ce, dimpotrivă, interpretul poate evidenția anumite „nuanțe” într-un text ce unui cititor superficial îi poate părea clar. Aceste implicații nu fac decât să impună înlăturarea doctrinei „textului clar”<sup>6</sup>.

De asemenea, Delnoy critică această doctrină a „textului clar”, teorie care nici nu afirmă că toate textele sunt clare, nici nu neagă că există texte obscure, ci doar contestă necesitatea interpretării textelor clare. El recunoaște faptul că interpretarea se află în centrul activității juristului. Legiuitorul poate folosi termeni clari, dar care, pentru a exprima raționamentul acestuia, dobândesc un alt sens decât cel uzual. În această situație aceste texte nu vor fi interpretate? Este evident că da. Orice text trebuie interpretat. Mai

---

Librairie du Recueil Sirey, Directeur Léon Tenin, Paris/Librairie Payot & C<sup>ie</sup>, Lausanne, Genève, Neuchatel, Berne, 1925, pp. 315-317.

<sup>4</sup> Ioan Leș, *Tratat de drept procesual civil*, ed. a II-a, Ed. All Beck, București 2002, p. 35.

<sup>5</sup> G. Ransson, *Essai sur l'art de juger*, préface de M. Raymond Poincaré, deuxième édition, éditeur A. Pedone, Paris, 1912, pp. 32-33.

<sup>6</sup> Pierre Pescatore, *Introduction à la science du droit*, Centre Universitaire de l'Etat, Luxembourg, 1960, p. 327.

exact, orice text este întotdeauna interpretat, și aceasta deoarece fără interpretare, un text nu este înțeles<sup>7</sup>. Critica acestei doctrine constă în evidențierea a două caractere care o fac incompatibilă cu acceptarea postulatului său ca fiind adevărat. Este vorba de caracterul impracticabil și caracterul absurd al doctrinei „textului clar”. Pentru a ajunge la concluzia că un text trebuie să fie interpretat sau nu, trebuie mai întâi să verificăm dacă respectivul text este sau nu clar. Pentru aceasta trebuie să dispunem de un criteriu, de un instrument de măsurare, cel al clarității. Și „ce este claritatea?” dacă nu o noțiune subiectivă, ce ține doar de capacitatea de înțelegere a fiecărui individ în parte. De aici rezidă caracterul impracticabil al acestei teorii. Apoi, a interpreta un text implică a enunța cele avute în vedere de autorul lui în momentul redactării. Rezultă că interpretarea dreptului presupune a da o semnificație, o expresie voinței legiuitorului, a descoperi care este în mod exact raționamentul său. Necesitatea interpretării rezultă din faptul că legea este o evocare de concepte, de abstractizări ale realității, ale comportamentelor. Iar pentru a înțelege voința legiuitorului este nevoie a se căuta și a se înțelege aceste concepte. Prin urmare, interpretarea este inerentă oricărei înțelegeri a legii, este inerentă însuși procesului de comunicare. De aceea rezultă că este absurd a se susține că un text clar nu trebuie interpretat. Un text clar, ca orice alt text, trebuie înțeles. Aceasta nu înseamnă neapărat că pentru a putea fi înțeles, orice text impune întotdeauna o analiză amplă. Există texte a căror înțelegere nu ridică niciun fel de dificultate. Este vorba în general de textele în care legiuitorul a definit termenii sau le-a dat sensul comun din limbajul curent sau din limbajul juridic, care este și trebuie să fie cunoscut. Mai mult, însuși faptul de a spune că un text este clar sau nu presupune a interpreta acel text. Interpretarea este inerentă oricărei lecturi a legii, chiar și celei mai banale<sup>8</sup>. Astfel, nu se poate reține decât caracterul absurd al postulatului că doar un text obscur trebuie să fie interpretat.

Statuarea interpretării ca element nuclear al întregului sistem juridic cât și delimitarea formelor prin care aceasta se prezintă nu denotă decât interesul permanent al teoreticienilor dreptului și caracterul evolutiv al interpretării. Dacă Dreptul nu își procură mijloace de a progresa, atunci el este supus riscului de a fi inefficient. Și cum se poate asigura progresul dacă nu prin opera de legiferare și prin interpretarea efectuată de jurisprudență. Prin urmare, acest rol preponderent activ al judecătorului nu este decât o exprimare a ideii că judecătorul nu poate fi doar un executant fără viziune și fără rațiune. Interpretarea, ca instituție indispensabilă oricărui sistem de drept, poate transforma Dreptul într-un guvernator real al societății sau dimpotrivă, într-un plâpând inocent<sup>9</sup>. Această idee a fost exprimată elocvent de Rudolf von Ihering în lucrarea sa de referință „Lupta pentru drept”. Juristul german considera că „sabia fără cumpănă nu e decât forța goală, cumpăna fără sabie însemnează neputința dreptului”<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Paul Delnoy, *Eléments de méthodologie juridique. 1. Méthodologie de l'interprétation juridique. 2. Méthodologie de l'application du droit*, 3<sup>e</sup> édition, Collection de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, Éditions Larcier, Bruxelles, 2008, pp. 85-87.

<sup>8</sup> François Ost, *L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur, în L'interprétation en droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1978, p. 110 – citat în Paul Delnoy, *op. cit.*, p. 95.

<sup>9</sup> Nicolae Popa, Mihail-Constantin Eremia, Simona Cristea, *Teoria generală a dreptului*, ed. a II-a, revizuită și adăugită, Ed. All Beck, București, 2005, p. 245.

<sup>10</sup> Ion Craiovan, *Doctrina juridică*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 270.

Astfel, judecătorul, cel care în mod preponderent aplică dreptul, este departe de a fi un simplu executant. Este lăsată o considerabilă marjă<sup>11</sup> de apreciere celui care trebuie să asigure aplicarea dreptului. Mai mult, procedeele de interpretare permit interpretului de a acționa cu privire la domeniul de aplicare a textului legal<sup>12</sup>.

**2. Opera de interpretare.** Opera de interpretare reclamă o bună cunoaștere a tuturor instituțiilor juridice, a elementelor caracteristice normelor juridice, dar și o temeinică experiență socială.

Interpretarea dreptului este un fenomen juridic. Interpretăm dreptul, mai precis textele ce conțin norme juridice pentru a le cunoaște și în același timp pentru a fi în măsură să le aplicăm. Cunoașterea dreptului, în scopul de a-l aplica nu poate fi obținută decât prin intermediul unei activități intelectuale, logice. Rezultă că interpretarea dreptului presupune în mod simultan un aspect juridic și un aspect logic. Asta înseamnă că interpretarea dreptului este supusă pe de o parte, unor reguli juridice specifice și pe de altă parte, unor reguli logice. Vorbim de aspectul juridic al interpretării dreptului pentru că această interpretare este supusă unor reguli juridice stabilite fie de legiuitor, fie de practică sau doctrină. Aspectul logic al interpretării dreptului constă în faptul că a interpreta presupune a elabora concepte și a emite judecăți<sup>13</sup>.

Mentalitatea interpretului determină modalitatea de abordare a textului legal. De regulă, elementul subiectiv al mentalității apare în motivarea scrisă sau în manifestarea exterioară a interpretului. Această mentalitate poate reprezenta și gândirea refulată a interpretului. O interpretare afectată de subiectivism, prin prisma mentalității, va conduce la un rezultat diferit decât cel avut în vedere de legiuitor. Evident, există posibilitatea ca această mentalitate să constituie un element „deformant” al interpretării greu sesizabil. Este posibil ca nici interpretul să nu-și dea seama că este tributار unei anumite mentalități. Acest subiectivism, ca atitudine personală a interpretului dreptului, trebuie întâi observat și apoi analizat îndeaproape tocmai datorită rolului covârșitor pe care îl are.

Interpretarea dreptului ține mai mult de virtuțile civice, intelectuale și morale ale interpretului său, decât de metode. Interpretul este ținut de o îndatorire de loialitate față de lege, îndatorire ce se impune îndeosebi judecătorului. Într-o exprimare plastică și totodată concisă, dacă textul spune „alb”, niciun interpret nu poate citi „negru”. În cele din urmă, calitățile interpretării sunt determinate de onestitatea intelectuală a interpretului<sup>14</sup>.

Interpretul va trebui să explice norma în contextul social în care ea acționează, prin raportare permanentă la factorii conceptuali și la modalitățile de reflectare existente la nivel individual, de grup sau generale; interpretul netrebuind a raporta litera legii doar la spiritul acesteia, prin aceasta reducând interpretarea juridică la o viziune unidimensională.

### **3. Opera de interpretare, ca modalitate de activare contextuală pentru judecător.**

Forma sub care se prezintă dreptul nu exprimă, ea însăși, ideea justiției. Acest fapt a determinat apariția instituției interpretării juridice. Și aceasta deoarece această instituție este

<sup>11</sup> François Terré, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, Paris, 1991, p. 38.1

<sup>12</sup> Pierre Pescatore, *op. cit.*, p. 353.

<sup>13</sup> Georges Kalinowski, *L'interprétation du droit: ses règles juridiques et logiques* în *La jurisprudence*, Archives de Philosophie du Droit, tome 30, Éditions Sirey, Paris, 1985, pp. 171-176.

<sup>14</sup> Philippe Malaurie, Laurent Aynès, *Introduction générale*, collection Droit civil, Defrénois, Paris, 2004, p. 299.

cea care asigură atât crearea dreptului, cât și realizarea acestuia. Legiutorul este acel interpret care lucrează cu gândul la activitatea judecătorului și a organului administrativ<sup>15</sup>, devenind evidentă indisolubila interdependență între crearea și aplicarea dreptului. Astfel, interpretarea juridică presupune un ansamblu de operațiuni raționale de abstragere, lămurire și argumentare a sensului și a semnificațiilor normelor de drept formulate în textele legale, a mijloacelor de probă, cât și a principiilor dreptului. Acest ansamblu de operațiuni logice are ca scop corecta lor aplicare la orice caz concret ce se poate ivi în practică. Prin urmare, interpretarea juridică desemnează o operațiune complexă de adecvare a faptelor la drept și a dreptului la fapte, de către autoritatea investită să aplice dreptul, în cele din urmă chemată să spună ce e drept și ce nu e drept într-o pricină<sup>16</sup>.

Dreptul este un sistem viu. El nu poate progresa decât cu ajutorul acelor componente fără de care nu se poate asigura permanenta legătură cu sistemele social-politice. Este tocmai această interpretare juridică acea componentă care are rolul de a actualiza și vitaliza Dreptul, cât și de a oferi conformația juridicului. Într-o exprimare plastică, oferită de doctrină<sup>17</sup>, interpretarea juridică este liantul dintre „antefactum” și „postfactum”, dintre trecut, prezent și viitor, dintre rațional și irațional, configurând astfel „geometria juridicului”.

Judecătorul creează dreptul prin interpretare<sup>18</sup>. El ajunge mereu în situația de a interpreta și astfel de a crea. Prin urmare, actul interpretării se află în centrul creației. Nu se poate pretinde ca această putere creatoare a judecătorului nu există. Crearea dreptului de către instanță se bazează pe necesitatea de interpretare. Această nevoie nu rezultă din constatarea unei carențe a regulii apreciate *in abstracto* de către judecător, ci *in concreto*, legea fiind insuficientă pentru soluționarea cauzei. Dreptul jurisprudențial este dreptul viu, dreptul în acțiune, în sensul că el se naște din necesitatea interpretării. Astfel, jurisprudența adaptează dreptul viu, pe măsura tranșării litigiilor. Capacitatea sa de adaptare la cazul concret cât și aptitudinea sa de a evolua sunt principalele argumente ce susțin faptul că dreptul se află într-o permanentă mișcare<sup>19</sup>.

Interpretarea normelor juridice este o activitate specifică judecătorului. Ea presupune un proces amplu de rațiune și logică ce are ca obiectiv a explica sensul textului normei juridice apelând la o analiză teoretică a unui text sau sistem de texte, în raport de o situație de fapt sau o succesiune de situații de fapt prin care se urmărește punerea în concordanță a voinței legiutorului cu realitatea.

Este evidentă importanța practică a interpretării normelor juridice. Nu există interpretare fără un scop, o finalitate sau o consecință de ordin practic. Prin această interpretare se dorește să se stabilească o compatibilitate între norma juridică și o anumită relație socială. Stabilindu-se compatibilitatea în raportul „normă juridică – relație socială”, norma interpretată va fi în conformitate cu voința legiutorului. Mai mult, ea va fi aplicată corect și conform cu această voință.

Practicienii au fost mereu preocupați de interpretarea corectă a legii tocmai datorită consecințelor produse de o interpretare greșită. Dintr-o eronată apreciere a elementelor

<sup>15</sup> Nicolae Popa, Mihail-Constantin Eremia, Simona Cristea, *op.cit.*, p. 246.

<sup>16</sup> Gheorghe Mihai, *Fundamentele dreptului*, vol. I-II, Ed. All Beck, București, 2003, p. 445.

<sup>17</sup> Nicolae Popa, Mihail-Constantin Eremia, Simona Cristea, *op.cit.*, p. 241

<sup>18</sup> Ion Deleanu, *Construcția judiciară a normei juridice în Dreptul*, anul XV, seria a III-a, nr. 8/2004, Ed. C.H. Beck, București 2004, p. 13.

<sup>19</sup> Pascale Deumier, *Crearea dreptului și redactarea deciziilor de către Curtea de Casație*, în Revista română de drept privat nr. 1/2008, Ed. Universul Juridic, București, 2008, pp. 203-209.

subiective și obiective ale unei norme juridice, adică în urma unei greșite interpretări a unei norme juridice, soluția pronunțată va fi evident vădit nelegală și esențial netemeinică. Astfel, rezultatul final este o falsă reprezentare a voinței legiuitorului. Legea aplicabilă unei spețe trebuie să fie în mod științific analizată și în final interpretată în raport cu toate elementele obiective și subiective care să evidențieze voința legiuitorului, spiritul și litera legii. Soluția contrară, adică aplicarea unei norme insuficient interpretate la o situație de fapt concretă, este complet eronată<sup>20</sup>. Unul dintre cei mai cunoscuți avocați români ai secolului trecut, un renumit „om al barei”, considera că a interpreta o lege presupune a-i găsi locul în ordinea juridică înlăturând excesele și pasiunile care au determinat-o. În fond, interpretarea legilor presupune un ansamblu de operațiuni intelectuale ce au ca scop aplicarea dreptului obiectiv la cazuri concrete. Această aplicare a dreptului implică nu numai elucidarea textelor dar și alegerea celor mai potrivite reguli pentru soluționarea speței respective, ameliorarea imperfecțiunilor de text cât și pentru actualizarea unor norme învechite<sup>21</sup>. Astfel, interpretarea este o procedură mentală care însoțește procesul aplicării dreptului<sup>22</sup>.

Nu este suficient ca judecătorul doar să fi înțeles voința și intenția legiuitorului, ci trebuie să le transpună într-o decizie care să-i fie lui proprie<sup>23</sup>. În fond, aplicarea dreptului nu presupune decât o succesiune de operații de interpretare<sup>24</sup>. Judecătorul va ajunge, prin interpretare, la clarificarea sensului inițial al textului de lege, la actualizarea sensului textului de lege prin raportare la valorile sociale tradiționale și actuale, cât și la asigurarea progresului dreptului. În consecință, interpretarea asigură stabilitate, echilibru social și, de asemenea, împlinirea idealului de justiție.

---

<sup>20</sup> Fridman Nicolescu Iosif, *Interpretarea normelor juridice* – teză de doctorat, București, 2003, pp. 143-145.

<sup>21</sup> Vladimir Hanga, *Dreptul și tehnica juridică. Încercare de sinteză*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 74.

<sup>22</sup> Hans Kelsen, *Doctrina pură a dreptului*, traducere din germană de Ioana Constantin, Ed. Humanitas, București, 2000, p. 404.

<sup>23</sup> Isabelle Pariente-Butterlin, *Le droit, la norme et le réel*, Quadrige/PUF, Paris, 2005, p. 126.

<sup>24</sup> François Rigaux, *La loi des juges*, Éditions Odile Jacob, Paris, 1997, p. 239.

# Elementele caracteristice ale asocierii în participație. Regimul fiscal

## Specific elements of the association in participation. Tax regime

Conf. univ. dr. *LUCIAN SĂULEANU\**

### Rezumat

*În mod just doctrina<sup>1</sup> a remarcat în privința asocierii în participație existența anumitor elemente ce caracterizează, diferențiază acest contract. Poate cel mai important sub acest aspect o constituie lipsa personalității juridice a asocierii în participație, părțile în mod voit alegând această variantă în locul înființării și în înmatriculării unei societăți comerciale care să aibă la bază același acord de voință. De altfel, acesta este elementul central din a cărui existență decurg celelalte caracteristici, fie că ne referim la lipsa patrimoniului, a unui sediu etc.*

### Abstract

*In which concerns the association in participation, the doctrine correctly observed the existence of certain elements which characterize, differentiate this contract. Maybe the most important one is the absence of legal status of association in participation, the parties electing this option instead of establishing and registering a commercial company which has as basis the same agreement of will. As a matter of fact, this is the core element whose existence gives rise to the other characteristics, either the absence of patrimony, or of a registered office, so on.*

**Cuvinte-cheie:** *contract de asociere în participație; formalități de înregistrare; regim fiscal; impozit pe profit*

**Keywords:** *association in participation contract; registration formalities; tax regime; income tax*

**Asocierea în participație este un contract, iar nu o societate comercială**  
Incertitudinea legiuitorului în privința naturii și regimului juridic al acesteia se observă din modul global de reglementare. Poate acesta este și motivul pentru care asocierea în participație a fost considerată o formă improprie de societate comercială<sup>2</sup>. Dacă în ceea ce privește legislația română constatăm o continuitate a materiei, art. 251-256 C. com. nesuferind vreo modificare, nu același lucru s-a întâmplat, spre exemplu, în legislația franceză unde mai multe modificări au condus la diverse interpretări în doctrina juridică. Astfel, Legea din 24 iunie 1921 a prevăzut că „asociațiile în participațiune sunt societăți”

---

\* Autorul este cadru didactic la Facultatea de Drept și Științe Administrative a Universității din Craiova.

<sup>1</sup> Nicoleta Țândăreanu, Contractul de asociere în participație, Dreptul nr. 5/1995, p. 12 și urm.

<sup>2</sup> Dumitru A.P. Florescu, Roxana Popa, Theodor Mrejeru, *Contractul de asociere în participație*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 8; Ioan Schiaua, *Drept comercial*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 488.



(art. 44, C. com. vechi), iar ulterior prin Legea din 24 iulie 1966 s-a înlocuit vocabula societate cu cel de asociație, iar noul articol 1871 din Codul civil în alin. 2 se precizează că asociații trebuie să respecte dispozițiile imperative ale articolelor 1832, 1832-1, 1833, 1836 (alin. 2) 1841, 1844 (alin. 1) și 1844-1 (alin. 2), texte fundamentale referitoare la societăți<sup>3</sup>.

Evident că cea mai bună abordare a asocierii în participație este sub aspect contractual, căci ea se mulțumește să fie doar un contract de societate. Asocierea în participație nu tinde să depășească stadiul contractual pentru a deveni o instituție.

De altfel, folosirea denumirii de „asociere” trădează intenția inițială a legiuitorului de a le deosebi de societățile comerciale. Existența sau inexistența personalității juridice s-a făcut de legiuitor și prin atribuirea unei denumiri diferite. Cum prin asociere înțelegem acum persoanele juridice fără scop patrimonial, s-a propus modificarea denumirii pentru a nu exista o confuzie între acestea, urmând ca asocierile în participație să fie denumite „societăți în participație”<sup>4</sup>.

Constatăm ca și elemente comune ale asocierii în participație și societății comerciale:

– ambele au la bază *affectio societatis*, adică intenția comună de a desfășura o activitate în scopul obținerii unor beneficii și împărțirea acestora;

– la momentul constituirii fiecare din asociați aduce un aport în vederea atingerii scopului comun;

– asociații își asumă riscul participării și la pierderi în quantumul și condițiile stabilite;

– la momentul asocierii, părțile încheie un contract de asociere ce conține clauzele specifice (părțile, obiectul, aportul, cota de participare la profit și pierderi etc.).

Cu toate acestea putem cu ușurință se desprind și elementele de diferențiere:

– prin asocierea într-o societate comercială se naște o persoană juridică, în timp ce încheierea contractului de asociere în participație nu are ca efect dobândirea personalității juridice;

– societatea comercială are un patrimoniu propriu și distinct de cel al asociaților, în timp ce urmare a asocierii în participație chiar dacă părțile aduc fiecare un aport pentru realizarea obiectului totuși nu se naște un patrimoniu comun, ci așa cum s-a reținut în practica judecătorească<sup>5</sup> are loc cel mult „imixtiunea unui bun al asociatului în fondul asociantului, fără ca să rezulte un fond comun”.

### **Asocierea în participație nu are personalitate juridică. Asocierea în participație nu este supusă formalităților de înregistrare și publicitate.**

Caracterul ocult la care am făcut deja referire constituie o particularitate a asocierii în participație, însă fără ca aceasta să fie de esența asocierii, odată ce asociații pot să o aducă la cunoștința terților.

Asocierea în participație nu dobândește personalitate juridică tocmai pentru că nu este supusă vreunei condiții de înregistrare sau de publicitate. Cu alte cuvinte ea nu există decât în raporturile dintre asociați și nu se dezvăluie terților. Curtea de Casație din Franța a considerat că o asociere în participație dezvăluită terților devine o societate de fapt în

<sup>3</sup> Jocelyne Vallansan, Éric Desmorieux, *Société en participation et société créée de fait*, Joly, Paris, 1996, p. 6.

<sup>4</sup> M. A. Dumitrescu, *Asociațiunea în participație*, în *Revista societăților și a dreptului comercial* nr. 2/1924, p. 166.

<sup>5</sup> Tribunalul Ilfov II com., sentința nr. 22 din 15 ianuarie 1938, în *Pandectele Române*, 1938, III; p. 173.

care responsabilitatea fiecăruia dintre asociați față de terți este nelimitată<sup>6</sup>.

În doctrină s-a discutat dacă asocierea în participație este sau nu persoană juridică între asociați, punctul de plecare constituindu-l dispozițiile art. 253 C. com. care stabilesc că „asociațiunea nu constituie în privința celor de al treilea o ființă juridică”. Din formularea textului s-ar putea trage concluzia, odată ce legiuitorul a înțeles să se refere la terți, că între asociați respectiva asociere în participație capătă personalitate juridică. Soluția împărțită de majoritatea doctrinarilor a fost în sensul constatării unei exprimări în parte defectuoase, iar formula din Codul comercial nu este neapărat greșită odată ce noi înțelegem personalitatea juridică prin raportare la terți, iar odată ce nu există față de terți nu există rațiune pentru a o considera că aceasta există între părți, cu atât mai mult u cât o persoană juridică există sau nu există față de toți<sup>7</sup>. De precizat că în Franța este recunoscută personalitatea fiscală a asocierii în participație,

**Excepție privind lipsa formalităților de înregistrare.** Potrivit art. 28 alin. 2 din Codul fiscal orice asociere fără personalitate juridică dintre persoane juridice străine, care își desfășoară activitatea în România, trebuie să desemneze una din părți care să îndeplinească obligațiile ce îi revin fiecărui asociat potrivit Titlului II „Impozitul pe profit”.

Printre obligațiile pe care le are persoana desemnată se numără și înregistrarea asocierii la autoritatea fiscală competentă, înainte ca aceasta să înceapă să desfășoare activitate [art. 28 alin. 2 lit. a)].

Deși această excepție privește doar asocierile dintre persoane juridice străine, iar dispoziția este menită a reglementa regimul de impozitare în sensul identificării acestora, nu putem trage concluzia că aceea specificitate ocultă a asocierilor s-a pierdut, ci doar că noile reglementări în materie fiscală, modalitățile actuale de desfășurare a afacerilor conduc către „deconspirarea” asociatului ocult.

**Consecințele dispariției caracterului ocult.** În actualul context ne punem întrebarea dacă a dispărut caracterul ocult al asocierii în participație. După cum am văzut nici nu putem să mai susținem cu tărie caracterul ocult al asocierii în participație. Realitatea economică dovedește că majoritatea asocierilor nu mai sunt oculte.

Un al doilea argument ce dovedește pierderea caracterului ocult îl constituie respectarea obligațiilor fiscale privind impozitul pe venit, contribuabilii având obligația declarării acestora. Dacă ar trebui să tragem o concluzie directă din obligația legală mai înainte enunțată, ar trebui să recunoaștem că nici o asociere nu mai are caracter ocult.

În această situație observăm două ipoteze:

– prima ar fi ipoteza că asocierea nu și-a pierdut această caracteristică, iar relevarea ei terților mai mult este conjuncturală; chiar de am accepta această ipoteză observăm lipsa efectelor, însă nu putem observa ca și elemente structurale importante lipsa personalității juridice și lipsa obligațiilor de înregistrare și publicitate, elemente suficiente pentru a o caracteriza.

– a doua ipoteză este de a accepta atât posibilitatea unor asocieri ce nu se relevă terților și totodată a accepta existența unor societăți vizibile urmând ca și regulile să fie

<sup>6</sup> Cass. Com, 21 oct. 1949, JCP, 1950, II, 5339.

<sup>7</sup> M. A. Dumintrescu, *op. cit.*, p. 164.

distincte, respectiv dacă societatea este ocultă fiecare asociat rămâne proprietar al bunurilor, iar contractarea cu terții se face în numele său personal, iar dacă societatea este vizibilă bunurile sunt indivize și afectate creditorilor, iar asociații răspund solidar pentru obligațiile contractate în limitele obiectului asocierii<sup>8</sup>.

**Absența patrimoniului.** Cum asocierea în participație nu are personalitate în mod implicit nu are nici patrimoniu. Asociații își păstrează patrimoniul, iar aceștia rămân proprietar bunurilor aduse ca aport al aportului său. Prin excepție, părțile pot stabili ca aportul să conștie chiar în transferul dreptului de proprietate asupra acelui bun către celălalt asociat.

Consecințele acestei absențe a patrimoniului și astfel lipsa unor bunuri stricte determinate și folosite pentru atingerea scopului propus sunt atenuate de posibilitatea părților de a stabili regimul acestora în sensul ca fie asociații să rămână proprietari, fie să stabilească o indiviziune convențională. După cum vom observa în secțiunea rezervată regimului juridic al aporturilor, problema nu este una simplă atât timp cât legiuitorul în art. 254 C. com. stabilește că „participanții nu au nici un drept de proprietate asupra lucrurilor puse în asociațiunea chiar dacă au fost procurate de dânsii”.

**Imposibilitatea de a fi parte într-un proces.** O altă consecință a lipsei personalității juridice este aceea că pentru protejarea chiar a intereselor conturate în executarea contractului de asociere nu este posibilă promovarea în numele și pe seama asociației a vreunui proces și totodată nici să dobândească calitatea procesuală pasivă. Considerăm că în astfel de situații are calitate procesuală activă sau pasivă asociatul administrator care a contractat cu terții. Are calitate procesuală activă atât timp cât prin contract a fost desemnat ca și asociat administrator, astfel că îi incumbă obligația protejării intereselor comune ale asocierii și totodată calitate procesuală pasivă în cazul în care asocierea este ocultă față de terți. Totuși, dacă la momentul încheierii contractului cu terțul, asociații au participat împreună făcând publică asocierea lor, credem că terțul poate promova acțiune împotriva amândurora, aceștia urmând a răspunde solidar.

**Absența denumirii și a sediul social** Nefiind persoană juridică, asocierea în participație nu are denumire socială și nici sediu social.

Denumirea fiind unul dintre atributele personalității juridice, absența personalității juridice a societății în participațiune trebuie să ducă la absența denumirii. Aceași este soluția și în cazul sediului social.

Cu toate acestea nimic nu împiedică părțile ca în contractul ce-l încheie să menționeze existența unei denumiri, a unei firme cu vocație comercială sau a unui sediu care să fie folosit de părți ca și stabiliment de facto al activității, însă fără ca acestea să atragă consecințe juridice, cum ar fi stabilirea competenței în funcție de acel sediu, protejarea respectivei denumiri în mod independent. Față de terți sunt opozabile elementele de identificare ale asociatului administrator (sediul, denumire, emblemă etc.).

**Absența naționalității.** Cum și naționalitatea este un atribut al personalității juridice urmează ca naționalitatea fiecărui asociat să fie luată în considerare. Așadar, în caz de

---

<sup>8</sup> Jocelyne Vallansan, Éric Desmorieux, *op. cit.*, p. 10.

litigiu urmează a se ține cont de regulile stabilite Legea nr. 105/1992, urmând ca și competența instanțelor de judecată și eventuala executare a unei hotărâri judecătorești să fie stabilite după naționalitatea asociatului respectiv.

Cu privire importanța la naționalității asociațiilor menționăm că în cazul potrivit art. 28 din Legea nr. 571/ 2003 (Codul fiscal) orice asociere fără personalitate juridică dintre persoane juridice străine, care își desfășoară activitatea în România, trebuie să desemneze una din părți care să îndeplinească obligațiile ce îi revin fiecărui asociat potrivit Titlului II „Impozitul pe profit” din Codul fiscal.

De asemenea, într-o asociere fără personalitate juridică cu o persoană juridică străină și/sau cu persoane fizice nerezidente, precum și cu persoane fizice române, persoana juridică română trebuie să îndeplinească obligațiile ce îi revin fiecărui asociat, potrivit Titlului II „Impozitul pe profit”.

**Regim fiscal. Reguli generale.** Art. 28 alin. 1 din Codul fiscal prevede că în cazul unei asocieri fără personalitate juridică, veniturile și cheltuielile înregistrate se atribuie fiecărui asociat, corespunzător cotei de participare în asociere.

Într-o asociere fără personalitate juridică cu o persoană juridică străină și/sau cu persoane fizice nerezidente, precum și cu persoane fizice române, persoana juridică română trebuie să îndeplinească obligațiile ce îi revin fiecărui asociat, potrivit prezentului titlu (art. 28 alin. 4 din Codul fiscal).

Cu titlu de principiu art. 127 alin. 10 din Codul fiscal stabilește că asocierile în participațiune nu dau naștere unei persoane impozabile separate, iar asocierile de tip joint venture, consortium sau alte forme de asociere în scopuri comerciale, care nu au personalitate juridică și sunt constituite în temeiul legii, sunt tratate drept asocieri în participațiune.

Ordinul MFP nr. 1752/2005 pentru aprobarea reglementărilor contabile conforme cu directivele europene stabilește la art. 221 că toate cheltuielile și veniturile determinate de operațiunile asocierilor în participație se contabilizează distinct de către unul din asociați, conform prevederilor contractului de asociere, cu respectarea prevederilor pct. 13., iar la sfârșitul perioadei de raportare, cheltuielile și veniturile înregistrate pe naturi se transmit pe bază de decont fiecărui asociat, în vederea înregistrării acestora în contabilitatea proprie.

**Obligații fiscale diferite pentru persoane juridice străine.** În situația în care asociere fără personalitate juridică are loc între persoane juridice străine, care își desfășoară activitatea în România, acestea trebuie să desemneze una din părți care să îndeplinească obligațiile ce îi revin fiecărui asociat potrivit prezentului Titlului II „Impozitul pe profit” (art. 28 alin. 2 din Codul fiscal).

Persoana desemnată este responsabilă pentru:

- a) înregistrarea asocierii la autoritatea fiscală competentă, înainte ca aceasta să înceapă să desfășoare activitate;
- b) conducerea evidențelor contabile ale asocierii;
- c) plata impozitului în numele asociațiilor, conform 34 alin. 1;
- d) depunerea unei declarații fiscale trimestriale la autoritatea fiscală competentă, care să conțină informații cu privire la partea din veniturile și cheltuielile asocierii care este atribuibilă fiecărui asociat, precum și impozitul care a fost plătit la buget în numele fiecărui asociat;

e) furnizarea de informații în scris, către fiecare asociat, cu privire la partea din veniturile și cheltuielile asocierii care îi este atribuibilă acestuia, precum și la impozitul care a fost plătit la buget în numele acestui asociat.

**Impozit pe profit.** În cazul unei asocieri în participație între persoană fizică și persoană juridică, impozitul pe profit este plătit de aceasta din urmă. Conform art. 13 din Codul fiscal sunt obligate la plata impozitului pe profit, conform prezentului titlu, următoarele persoane, denumite în continuare contribuabili: (e) persoanele fizice rezidente asociate cu persoane juridice române, pentru veniturile realizate atât în România cât și în străinătate din asocieri fără personalitate juridică; în acest caz, impozitul datorat de persoana fizică se calculează, se reține și se varsă de către persoana juridică română.

De asemenea, la art. 34 alin. 2 din Codul fiscal se menționează că în cazul asocierilor fără personalitate juridică, impozitul datorat de către contribuabilii prevăzuți la art. 13 lit. c) și e) și reținut de către persoana juridică responsabilă se calculează prin aplicarea cotei de impozit asupra părții din profiturile asocierii, care este atribuibilă fiecărui asociat. Persoana responsabilă are obligația de a declara și plăti impozitul pe profit trimestrial, până la data de 25 inclusiv a lunii următoare trimestrului pentru care se distribuie rezultatul asocierii.

În cazul unei asocieri fără personalitate juridică dintre o microîntreprindere plătoare de impozit, conform Titlului II „ Impozitul pe profit” din Codul fiscal, și o persoană fizică, rezidentă sau nerezidentă, microîntreprinderea are obligația de a calcula, de a reține și de a vărsa la bugetul de stat impozitul datorat de persoana fizică, impozit calculat prin aplicarea cotei de 1,5% la veniturile ce revin acesteia din asociere<sup>9</sup> (art. 111 din Codul fiscal)

În cazul persoanelor fizice ce realizează venituri reprezentând plăți anticipate din asocieri în participație calcularea, reținerea și virarea impozitului se face prin reținere la sursă de către asociatul persoană juridică [art. 52 alin. 1 lit. f) din Codul fiscal]. Impozitul ce trebuie reținut se stabilește aplicând cota de impunere prevăzută pentru impozitul pe veniturile microîntreprinderilor la veniturile ce revin persoanei fizice din asociere<sup>10</sup> (art. 52 alin. 2 din Codul fiscal), iar impozitul ce trebuie reținut se virează la bugetul de stat până la data de 25 inclusiv a lunii următoare celei în care a fost plătit venitul, cu excepția impozitului aferent veniturilor prevăzute la art. 52 alin. 1 lit. f) din Codul fiscal pentru care termenul de virare este reglementat potrivit Titlului IV<sup>11</sup>.

**TVA.** Pct. 3 alin. 5 din H.G. nr. 44/2004 (Normele metodologice) menționează că evidența operațiunilor derulate de asocierile prevăzute la art. 127 alin. 10 din Codul fiscal se realizează potrivit prevederilor pct. 79 alin. 4 din H.G. nr. 44/2004 potrivit căruia:

În cazul asocierilor în participațiune sau al altor asocieri tratate drept asocieri în participațiune conform art. 127 alin. 10 din Codul fiscal, drepturile și obligațiile legale privind taxa pe valoarea adăugată prevăzute de Titlul IV al Codului fiscal revin asociatului care contabilizează veniturile și cheltuielile, potrivit contractului încheiat între părți.

Prin drepturi și obligații legale se înțelege printre altele, dreptul de a exercita deducerea taxei pentru achiziții conform prevederilor art. 145-147<sup>1</sup> din Codul fiscal,

<sup>9</sup> În 2009 cota este de 3%.

<sup>10</sup> Persoana fizica depune declarația 200, iar organul fiscal regularizează impozitul prin aplicarea cotei de 16%.

<sup>11</sup> 25 a lunii următoare trimestrului pentru care se calculează impozitul.

obligația de a emite facturi către beneficiar și de a colecta taxa în cazul operațiunilor taxabile. Aceste prevederi se aplică numai în situația în care asociatul care contabilizează veniturile și cheltuielile efectuează achizițiile asocierii pe numele său și emite facturi în nume propriu către terți pentru livrările de bunuri și prestările de servicii obținute de asociere, urmând ca veniturile și cheltuielile să fie atribuite fiecărui asociat corespunzător cotei de participare în asociere. Dacă membrii asociați acționează în nume propriu față de terți și față de ceilalți membri asociați, fiecare persoană va fi tratată drept o persoană impozabilă separată în conformitate cu prevederile art. 127 alin. 9 din Codul fiscal și tranzacțiile respective se impozitează distinct în conformitate cu regulile stabilite la Titlul IV al Codului fiscal.

# Particularitatea contractelor bancare

## The specificity of banking contract

*Drd. Alina DODOCIOIU\**

### Rezumat

*Particularitatea contractelor bancare a fost relevată de doctrina franceză, frecventă sursă de inspirație. Perioada de retractare, influența tehnicilor de gestiune asupra contractelor bancare, tăcerea clientului în cazul primirii unui extras de cont sau a unui aviz de tranzacționare, adesea considerată o aprobare tacită, obligația de discreție, toate acestea sunt aspecte importante la încheierea unui contract bancar.*

### Abstract

*The specificity of banking contract was developed consistently in the French doctrine, frequent source of inspiration. The cooling-off period, the influence of management techniques on the banking contracts, the client's lack of response in case of receiving a bank statement, often considered as silent approval, the non-disclosure clauses, as well as the bank's liability, these are all points of interest when entering a bank contract.*

**Cuvinte-cheie:** *contracte bancare; retractare; tehnică; extras de cont; răspundere*

**Keywords:** *banking contract; cooling-off period; techniques on the banking contracts; bank statement; liability*

**Considerațiuni generale.** Particularitatea contractelor bancare a fost relevată de doctrina franceză<sup>1</sup>; astfel, se înfățișează cele trei etape din durata de existență a contractelor: formarea, executarea și desființarea acestui tip de act juridic. În vederea stabilirii specificității contractului bancar trebuie să se cerceteze scopul economic al operațiunii, precum și calitatea părților convenției; specificitatea rezultă din însuși obiectul contractului: riscul și aprecierea sa vor condiționa angajamentul bancherului care va varia în funcție de încrederea acordată de client. Mai mult, este de la sine înțeles că factorii care conferă diverselor contracte de afaceri o anumită rigiditate, un caracter standard, operează de plin drept în domeniul bancar<sup>2</sup>.

În prezent, concurența internațională impune băncilor o productivitate din ce în ce mai mare, aceasta transpunându-se într-o mare rigoare în ceea ce privește gestiunea economică a instituțiilor bancare. Un grad mai mare de uniformizare a formulelor de contracte va permite câștiguri în rentabilitate<sup>3</sup>. În ceea ce privește executarea contractului, bancherul are o mare responsabilitate care se întinde asupra obligațiilor de consiliere, de discreție, de supraveghere și de non-ingerință.

---

\* Autorul este cadru didactic la Facultatea de Drept și Științe Administrative a Universității din Craiova.

<sup>1</sup> Jean Stoufflet, *Le particularisme des contrats bancaires*, în *Mélanges Jauffret*, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974 pp. 635-648.

<sup>2</sup> Jean Stoufflet, *op. cit.*, p. 642.

<sup>3</sup> Michel Vasseur, *Droit et Economie bancaires*, fasc. II, Les opérations de banque, Paris, Les Cours de Droit, 1982-1983, pp. 21-54.

**Perioada de retractare (cooling off-period).** Aceasta reprezintă acordarea unui termen consumatorului pentru a se asigura că acceptarea este conștientă, la sfârșitul acestei perioade contractual devenind definitive. Acest termen mai este denumit și termen de reflecție. El a fost introdus în legislația română prin Legea nr. 288/2010 privind aprobarea Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori. În art. 58 se stipulează: „Consumatorul are la dispoziție un termen de 14 zile calendaristice în care se poate retrage din contractul de credit fără a invoca motive. Acest termen nu se aplică în cazul contractului de credit legat, acordat exclusiv pentru achiziționarea de bunuri sau servicii, cu excepția situațiilor prevăzute la art. 63-65, precum și în cazul contractului de leasing”. Își are originea tot în doctrina franceză, și anume din Legea din 22 decembrie 1972, referitoare la vânzarea ce rezultă dintr-un curtaj la domiciliu. Cumpărătorul la domiciliu, în vânzările de bunuri ce nu au un caracter personal sau familial poate renunța la contract în șapte zile, prin scrisoare recomandată cu aviz de recepție<sup>4</sup>.

**Influența tehnicilor de gestiune asupra contractelor bancare.** Tehnicile moderne de gestiune ale băncilor, în special utilizarea masivă a procedeelelor informatice și telematice au transformat în mod radical forma actelor juridice încheiate cu clienții. Datorită faptului că foarte multe înscrisuri sunt redactate cu ajutorul calculatorului, s-a pus problema de a vedea dacă este posibil să vedem în acestea manifestări ale voinței apte să producă efecte de drept<sup>5</sup>.

În ceea ce privește calitatea și forța probantă a înregistrărilor și reproducerilor, fotocopiile sau faxurile au o forță probantă inferioară înscrisului, deoarece acestea nu conțin semnătură manuscrisă. Conform jurisprudenței, acestea constituie indicii care, prin ele însele, pot fi suficiente pentru constituirea probei angajamentului<sup>6</sup>. În acest sens, jurisprudența franceză<sup>7</sup> a statuat că un borderou Dailly trimis prin fax constituie o probă acceptabilă, atâta timp cât integritatea documentului și acuratețea conținutului au fost verificate sau nu sunt contestate.

Într-un caz de cecuri furate, încasate datorită unui serviciu de „depanare” propus de banca trăgătorului, responsabilitatea acestei bănci a fost reținută pentru că nu avea pus la punct un sistem de date imediate cu privire la opoziții<sup>8</sup>. Conform jurisprudenței, banca are, în principiu, datoria de a verifica semnăturile de pe facturi; cu toate acestea, nu există temeiul legal pentru a demonstra că procesarea informatică a acestor facturi nu permite verificarea semnăturilor de pe ele<sup>9</sup>. Tehnica trebuie să se adapteze dreptului, și nu invers<sup>10</sup>. Însă, obstacolul tehnic care nu depinde de puterea băncii este interpretat drept cauză de exonerare<sup>11</sup>: „o imposibilitate tehnică dovedită este de natură să exonereze banca de responsabilitatea sa”. Imposibilitatea unei bănci de a furniza o atestare nominativă de cumpărare de aur, operațiunea fiind făcută sub formă anonimă<sup>12</sup>.

---

<sup>4</sup> Phillipe Malaurie, Laurent Aynes, Pierre-Yves Gautier, Drept civil. Contractele speciale, Defrenois-Wolters-Kluwer, București, 2009, p. 58

<sup>5</sup> F. Grua, *Les contrats de base de la pratique bancaire*, Litec, Paris, 2001, p. 6.

<sup>6</sup> F. Grua, *op. cit.*, p. 9

<sup>7</sup> Cass. com., 2 decembrie 1997, Bull. civ. IV, nr. 315.

<sup>8</sup> Cass. com., 20 iunie 1977: D. 1978, 398.

<sup>9</sup> Paris 21 dec. 1984, D. 1985, inf. rap. p. 344.

<sup>10</sup> Trib. Com. Nanterre 27 sept. 1983: D 1984, inf. rap. p. 305.

<sup>11</sup> Cass. com., 19 iunie 1990, Bull. Civ., IV, nr. 178.

<sup>12</sup> F. Grua, *op. cit.*, p. 7.



**Tăcerea clientului în cazul primirii unui extras de cont sau a unui aviz de tranzacționare**<sup>13</sup>. Din numeroase decizii ale jurisprudenței rezultă faptul că clientul pierde posibilitatea de a contesta operațiunile înscrise într-un extras de cont sau într-un aviz de tranzacționare în situația în care acesta a păstrat tăcerea după primirea documentelor menționate mai sus. Cel mai adesea, tăcerea clientului valorează o ratificare, o acceptare tacită a înscrisurilor contabile. În primul rând, acest lucru poate fi considerat drept o dovadă a consimțământului care a fost dat băncii pentru efectuarea operațiunii înscrise în extrasul de cont sau în avizul de tranzacționare. În al doilea rând, se poate considera tăcerea ca o aprobare a contului.

Pentru ca tăcerea clientului să fie acceptată ca dovadă a acordului său prealabil la efectuarea unei operațiuni bancare este necesar ca instanța să ateste forța probantă a acestei dovezi.

În ceea ce privește întrebarea dacă tăcerea clientului este echivalentă cu o renunțare de a mai contesta înscrisurile respective, perspectiva de a acorda valoare de renunțare tăcerii clientului este dificilă. Fiindcă renunțarea nu se prezumă, tăcerea nu poate fi interpretată în acest sens. Tăcerea clientului poate să rezulte dintr-o simplă neglijență, și nu din intenția de a renunța<sup>14</sup>. În legislația română, tăcerea nu valorează consimțământ exteriorizat.

**Obligația de discreție**<sup>15</sup>. Doctrina și jurisprudența recunosc în sarcina băncilor o obligație de discreție în ceea ce privește clienții acestora. Aceasta se prelungește în materia dreptului civil în infracțiunea<sup>16</sup> de divulgare a secretului profesional<sup>17</sup>.

Fundamentul obligației de discreție este incert, în sprijinul acesteia putând fi aduse mai multe idei care nu se exclud una pe cealaltă pentru a o justifica.

În primul rând, una din aceste idei este legată de monedă. Banii au tendința de a scăpa privirilor terților în cursul utilizării lor; în situația în care aceștia sunt depuși în bancă, iau forma înscrisurilor contabile care permit descoperirea originilor și urmărirea destinației lor. În acest condiții, secretul bancar apare ca un mijloc de a păstra invizibilitatea banilor din momentul în care aceștia sunt încredințați băncilor. Acest lucru conferă secretului bancar un fundament contractual; acesta este un fel de garanție atașată în mod tacit contractului de depozit, în limita regulilor de ordine publică care impun o anumită transparență a conturilor.

În al doilea rând, s-a emis ipoteza că secretul bancar are o origine supracontractuală<sup>18</sup>, afirmându-se că obligația de discreție se naște din dintr-un principiu general de protecție a vieții private. Însă nu toate informațiile sunt nedivulgabile și banca are dreptul să divulge anumite informații și fără consimțământul clientului.

Această obligație a fost dezvoltată pe larg în prima parte în cadrul analizării secretului bancar.

---

<sup>13</sup> Daniel Guggenheim, *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, Georg Editeur, Geneva, 2001, p. 10.

<sup>14</sup> F. Grua, *op. cit.*, p. 13.

<sup>15</sup> În acest sens, F. Grua, *op. cit.*, pp. 16-18.

<sup>16</sup> De exemplu, în Elveția, Legea federală privitoare la bănci și case de economii cuprinde ea însăși infracțiunea de încălcare a secretului bancar în art. 47, pedeapsa fiind închisoarea de 6 luni sau amendă de 50.000 CHF (30.000 în caz de neglijență). În acest caz, încălcarea secretului profesional al bancherului va fi pedepsită și după încheierea relației cu clientul sau după încheierea exercitării profesiei.

<sup>17</sup> Art. 196 Cod penal; infracțiunea se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 2 ani sau cu amendă.

<sup>18</sup> D. Guggenheim, *op. cit.*, p. 44.

**Responsabilitatea băncii.** Anterior, în cadrul răspunderii instituțiilor de credit, am analizat răspunderea civilă contractuală care incumbă instituției de credit ori de câte ori aceasta nu execută o obligație prevăzută în contract sau o execută necorespunzător, precum și răspunderea civilă delictuală fie pentru fapta proprie, fie pentru fapta altei persoane, respectiv pentru prepușii săi; s-a relevat că instituția de credit nu răspunde pentru faptele ilicite ale clienților săi. De asemenea, instituțiile de credit răspund și din punct de vedere administrativ. În cele ce urmează, vom analiza modul în care operează răspunderea băncii în materia contractelor bancare.

Doctrina franceză<sup>19</sup> separă responsabilitatea băncii în următoarele materii: conturile în bancă, serviciul de casă, acordarea creditului și serviciile comerciale anexe.

a. În ceea ce privește *conturile în bancă*, se relevă, în primul rând, responsabilitatea băncii cu ocazia refuzului acesteia de a deschide sau de a menține un cont. În situația în care unui client i se refuză deschiderea unui cont sau menținerea unui cont mai vechi, acesta se vede nevoit să solicite concursul unei alte bănci. În ceea ce privește banca, refuzul acesteia de a deschide un cont echivalează cu un refuz de a contracta, în timp ce refuzul de a menține un cont, adică inițierea procedurilor de închidere a contului, echivalează cu o reziliere.

În situația refuzului de a deschide un cont, s-a afirmat că acest lucru poate constitui o exercitare a principiului libertății contractuale, pe de o parte, și a libertății comerțului. Banca nu este obligată să contracteze, nici să specifice motivele refuzului său. Însă libertatea contractuală face obiectul restricțiilor și exercitarea sa este controlată de către instanțe. Astfel, în situația în care banca refuză în mod abuziv de a deschide un cont, se angajează răspunderea delictuală.

În cazul refuzului de a menține un cont, trebuie să distingem dacă convenția de cont a fost încheiată pe o durată determinată sau nedeterminată. În prima situație, niciuna dintre părți nu poate, cu excepția stipulației contrare în acest sens, să pună punct relațiilor până la expirarea termenului. Orice ruptură anterioară ar angaja răspunderea contractuală a autorului acesteia. În cazul în care avem de-a face cu o convenție încheiată pe o durată nedeterminată, fiecare parte are dreptul de a rezilia în mod unilateral. Faptul că aceste convenții de cont sunt încheiate *intuitu personae* realizează o apropiere a regimului juridic care guvernează ambele forme.

Astfel, toate conturile pot, și, în anumite cazuri, chiar trebuie să fie închise în situația în care intervine un eveniment care implică personalitatea sau condiția juridică a unuia dintre contractanți: deces, incapacitate, transformare a societății, lichidarea bunurilor etc. Orice convenție de cont poate fi, în mod egal, reziliată în situația în care una dintre părți și-a pierdut încrederea pe care o avea în cealaltă parte datorită lipsei de onestitate, unei nereguli sau fraude de care aceasta din urmă s-a făcut vinovată. Astfel, convenția de cont încheiată pe o durată determinată nu este în întregime indisolubilă<sup>20</sup> înainte de termen.

Referitor la convenția de cont încheiată pe o durată nedeterminată, și aici se face distincție între convenția de cont care privește conturile simple de depozit și cea care privește conturile curente.

Astfel, banca trebuie să notifice clientul cu privire la decizia de a închide contul. Clientul este, astfel, avertizat, putând să își ia măsuri, deschizându-și cont la o altă bancă.

---

<sup>19</sup> În acest sens, a se vedea Jack Vézian, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, Litec, Paris, 1983.

<sup>20</sup> Trebuie să avem în vedere și intervenția unui caz de forță majoră, care poate antrena, de asemenea, rezilierea contractului.

Apoi, banca trebuie să respecte un anumit termen pentru a da posibilitatea clientului de a efectua la cealaltă bancă toate formalitățile necesare în acest sens (de exemplu, obținerea carnetului de cecuri).

În ceea ce privește responsabilitatea băncii cu ocazia deschiderii și funcționării contului, odată deschis contul va funcționa și va înregistra operațiuni diverse. Sarcina băncii nu este, însă, încheiată. Aceasta trebuie nu numai să păstreze contabilitatea fără greșeli, ci, de asemenea, să fie atentă la orice anomalie sau neregularitate care poate releva fraude. Titularul contului este onest până în ziua în care dovedește contrariul. Astfel, contul reprezintă un pericol pentru terți și banca trebuie să îl închidă. Băncii i se poate reproșa nu numai faptul că a deschis contul, ci și faptul că a permis funcționarea în continuare a acestuia.

b. Referitor la *acordarea creditelor*, distribuția creditului comportă esențial două aspecte. Primul este acela al dirijismului economic exercitat de de autoritatea publică prin intermediul băncilor. Al doilea aspect care prezintă un mai mare interes este acela al securității terților în ceea ce privește acordarea creditelor bancare.

În ce manieră poate fi compromisă securitatea relațiilor comerciale prin creditul acordat de către bancă? Dacă creditul este acordat unei întreprinderi a cărei situație financiară este precară, i se permite acesteia să continue activitatea o anumită perioadă de timp și îi oferă o falsă aparență de solvabilitate.

Având în vedere consecințele nefaste ale acordării greșite creditului, se pune problema dacă aceasta provoacă responsabilitatea băncii față de creditorii persoanei (sau societății) care primește creditul, față de credit sau față de garanția sa.

Aplicarea responsabilității băncii distribuitoare de credit se limitează la domeniul în care banca are influență. Odată intrat în posesia fondurilor, împrumutatul dispune liber de acestea. Banca este străină de modul de utilizare a creditului, deoarece, în principiu, nu trebuie să intervină în afacerile clientului său. Astfel, în ipoteza în care creditul se utilizează defectuos, responsabilitatea băncii nu este angajată, în principiu.

Pe de altă parte, banca are obiceiul de a supraveghea utilizarea corectă a acestor fonduri deoarece acest lucru poate reprezenta cea mai bună garanție de rambursare a acestora.

În această situație, dreptul pentru terți de a obține din partea băncii reparația prejudiciului lor se naște cel mai adesea din acordarea creditului.

Răspunderea băncii cu ocazia acordării unui credit presupune existența unei greșeli și existența unui prejudiciu legat de această greșală printr-un raport de cauzalitate.

**Contractele bancare în viziunea Noului Cod Civil.** Contractele bancare sunt reglementate pentru prima oară într-o codificare a dreptului privat din România. Acestea sunt tratate în capitolul XV, « Contul bancar curent și alte contracte », capitolul în cadrul căruia sunt reglementate doar patru tipuri de contracte: contractul de cont curent bancar, depozitul bancar, facilitatea de credit și închirierea casetelor de valori (art. 2184-2198). Există, de asemenea, și surse complementare de drept bancar, în ceea ce privește reglementarea generală a obligațiilor civile, cum ar fi plata prin virament bancar (în materia executării obligațiilor), scrisoarea de garanție (în materia garanțiilor personale) sau ipoteca asupra conturilor (în materia privilegiilor și a garanțiilor reale)<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Lucian Bercea, *Câteva observații privind contractele bancare în Noul Cod civil român. Criza financiară în lume, Reglementarea și supravegherea instituțiilor de credit*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2010, pp. 152-168.

Noul Cod Civil nu oferă, însă, o definiție a creditului bancar, ceea ce ar fi dus la o unitate a interpretării respective noțiuni în practică; de asemenea, printre neajunsurile noii reglementări, amintim și faptul că nu este reglementat contractul de credit bancar ca gen, ci doar o specie a acestuia, și anume facilitatea de credit (creditul tip revolving).

# Lecții de o viață și pentru o viață\*

Prof. univ. dr. **Vasile STĂNESCU**  
Membru de Onoare al Academiei Române

**Domnule Președinte al Academiei Române,  
Stimat auditoriu,**

Nu voi face o retrospectivă a activității mele științifice, didactice și profesionale. Au făcut-o alții mult mai bine ca mine. Voi încerca să arunc o privire asupra unui anumit spațiu și timp din care să desprind sensul și utilitatea unei deveniri și în care s-a consumat o experiență, lecția mea de viață, o viață asumată și trăită cu gravitate.

Ca ființe umane existăm prin ceea ce suntem, prin ceea ce înfăptuim, prin ceea ce lăsăm, atât prin faptă, cât și prin idee, ca și măsură a valorii. De aici întrebarea: am atins oare starea necesară înțelegerii vieții, în general, a propriei vieți, în special? Am înțeles oare cu adevărat toate experiențele trăite? Trecerea mea efemeră a fost oare folositoare, a lăsat vreo urmă? Nu sunt sigur. De ceea ce sunt însă sigur este faptul că sunt câte puțin din fiecare experiență de viață și din fiecare om cu care mi-am încrucișat destinul; că egalitatea dintre oameni se reduce la două momente: la naștere și în fața morții; că adevărul, ca și dreptatea, nu poate fi confundat cu justiția; că am reușit să nu mai am certitudini; să am, în schimb, nenumărate dileme, să nu mai fiu tributatar unui mental conservator și limitat.

Prin cele ce vă voi prezenta, voi încerca să răspund neîntrebat, pentru a putea tăcea la întrebări încă nepuse. Comod ar fi să-mi caut refugiu la Dostoievski (1821-1881) care afirma: „*dacă Dumnezeu există, el răspunde de actele mele, iar dacă nu există, nu îmi asum nicio responsabilitate*”. Nu o voi face. Îmi propun ca, la aniversarea unei vârste, pe care Dumneavoastră ați ținut să mi-o amintiți cu obstinație, să mă răfuiesc cu propria-mi conștiință, supunându-mă la cea mai grea lecție: despre viață.

Așadar, o prima lecție de la viață: **istoria nu uită și nici nu iartă, totul se plătește.**

Viața privită ca o călătorie în timp, între două praguri, este o continuă lecție în lupta cu noi înșine. Ea „... poate fi înțeleasă numai privind înapoi, dar trebuie trăită privind înainte” (Kierkegaard S.A., 1818-1855). Venim cu toții dintr-un trecut de umbră: 40 de ani de comunism au lăsat cicatrici adânci în trupul și în memoria poporului. Ca beneficiar al unei longevități norocoase – din care trei sferturi de veac în secolul XX, abia încheiat – am trăit, alături și împreună cu mulți dintre Dumneavoastră, ca prizonieri ai unei epoci dramatice, o răscruce a istoriei, cu vânatoare de vrăjitoare și compromiteri iremediabile, un regim care a distrus societatea, libertatea spirituală, intelectualii, a izolat oamenii, a înfometat populația. Am trăit împreună confiscarea personalității, frica, deznădejdea și delațunea, intimidările și marginalizarea, dramele arestărilor, detențiilor și asasinatului politic, promovarea falselor valori, întârziind astfel istoria. Am rezistat prin convențional, ducând o viață paralelă, printr-un exercițiu de mimare, neverosimilă, degradantă. Tolstoi

---

\* Alocuțiune de răspuns la cuvântul invitațiilor cu prilejul sărbătoririi vârstei de 85 de ani – 4 februarie 2010.

(1883-1945) spunea că „*viața este evoluție spirituală neîntreruptă*”. Din această perspectivă, ca trăitor și martor al acelor timpuri, conștiința mă obligă, chiar dacă personal nu am avut nici un fel de implicare, să port cu mine povara răspunderii epocii. Este o povară dureroasă pe care mi-o asum. Trecerea și, mai ales, răscumpărarea fiecăruia va fi judecată, până la urmă, de istorie.

O a doua lecție: **perenitatea culturii.**

Ideile, ca și autorii lor, nu fac excepție de la procesul curgerii indifferente, impersonale, a timpului. Există însă un timp și un spațiu al fiecărei idei mari, cu o carieră proprie și cu etapele călătoriei ei. Din perspectiva trecerii timpului se conturează și se decelează judecățile de valoare asupra traiectelor parcurse și a impunerii lor, a ceea ce reprezintă flacăra, perenitate. De aici, se desprinde concluzia că numai cultura asigură continuitatea, legătura dintre predecesori, contemporani și generațiile viitoare; că marile personalități făuresc și definesc istoria și cultura unei țări și îi dau identitate. Este motivul pentru care trecutul nu dispare niciodată, el continuă să fie prezent în actualitate, ca și în viitor, prin idei și realizări perene, ca și prin memoria unor creatori. Nume precum Socrate, Shakespeare, Michelangelo, Beethoven, Gothe, Einstein, Edison, sau Mircea Eliade, Emil Cioran, Constantin Noica, Eminescu, Enescu, Brâncuși sau invenția tiparului, cucerirea cosmosului, comunicațiile nonverbale trăiesc un timp etern, în slujba lumilor care se succed. Oamenii mor cu adevărat numai atunci când îi uităm.

A treia lecție de viață: **munca, făuritor și modelator.**

Am învățat de la viață că fiecare om este unic, fiecare are propria sa filosofie de viață și de înțelegere a raportării sale la Cosmos, la Sacru, la Divin, că fiecare vine cu propria încărcătură somatică, de cultură și civilizație; că viața continuă să fie un miracol, un mister, care cumulează materialul și sacrul, realul și contemplația, în sfârșit, că libertatea spiritului și frumusețea cunoașterii nu se pot obține decât prin dăruire de sine.

De aceea, am făcut din muncă o adevărată religie. Ea m-a eliberat de multe obsesii, fiind închinată devotamentului, abnegației și pasiunii, perfecționării și căutărilor și, mai ales, întrebărilor – fără de care rațiunea moare – întrebări unele rămase, și în prezent, fără răspuns. M-am străduit să fac diferența dintre a ști, a înțelege și a te îndoii.

Am trăit conectat la lumea valorilor și a performanțelor, la lumea ideilor, a libertății de gândire și de expresie. Am avut, astfel, bucuria creației și a cunoașterii, a neliniștilor, incertitudinilor și așteptărilor, a meditațiilor și reflecțiilor, a inspirației și intuițiilor.

Am avut, de asemenea, bucuria trăirilor în respect față de cei din jur, în morală, în adevăr și dreptate, cu demnitate și responsabilitate, toate percepute ca și dispoziții testamentare ale părinților și profesorilor mei. Această responsabilitate îmi amintește de întrebarea – îndemn a marelui Simion Mehedinți (1868-1962) adresată studenților la orele de curs, cu privire la rosturile lor în viață: „*puteți să creați și să adăugați elemente noi de civilizație și cultură românească? Dacă da, atunci sunteți o generație nouă, dacă nu, atunci nu sunteți decât niște exemplare tinere, o simplă continuare*”.

Din dialogul cu stelele, în singurătate și tăcere, cred că am reușit să mă cunosc mai bine, să-mi aud vocea interioară, să-mi obțin libertatea de spirit, liniștea sufletească, pacea, echilibrul și iubirea. Acolo unde nu este loc pentru a visa se moare încet, iremediabil. De aceea, mi-am dat toată silința să nu trec degeaba prin viață, să trăiesc frumos și cu folos, să pot lăsa ceva în urmă.

Mi-a trebuit multă putere pentru a înfrunta toate valurile vieții – și nu au fost puține – să forțez destinul și să supun cronologiile, să înfrâng barierele psihologice și să promovez

o atitudine pozitivă.

Am căutat, atât cât mi-a stat în putință, să mă detașez pentru a putea fi propriul meu obiect de studiu, propriul meu critic și, mai apoi, îndrumător.

Am plecat întotdeauna de la ideea că nu întrunim condițiile de a fi nici ceea ce pretendem că suntem, nici ceea ce ne spun alții că suntem și nici ceea ce dorim să fim.

Nu am intrat în gâlceavă cu lumea. Am căutat liniștea și împlinirea în mine însumi. Astfel, prin intermediul luminii tiparului, am încercat, și în bună măsură am reușit, să promovez și să readuc în memoria colectivă și în patrimoniul național multe valori ale culturii române, marginalizate sau excluse ideologic și politic, unele chiar după executarea unor ani grei de închisoare. Mi-am asumat o atitudine nonconformistă, de „susțineri suspecte”, care meritau însă riscul, de care eram perfect conștient. Nu am considerat niciodată și nu voi considera atitudinea mea ca acte de dizidență sau de rezistență. Ea a decurs firesc, ca o atitudine de moralitate și responsabilitate, o atitudine de conștiință. Mărturisesc că nu m-au ocolit vanitatea și orgoliul, libertatea de a judeca pe alții, după cum nu m-au ocolit nici eșecurile, amenințările, vise spulberate, speranțe înșelate.

Nu este ușor să trăiești ... Atât m-am priceput. Cred totuși că pot să privesc înapoi cu împăcare și mulțumire ... Până la urmă totul depinde de unde te situezi între sublim și ridicol, virtute și viciu, armonie și confruntare, bunătate și intoleranță. Emmanuel Kant (1724-1804) spunea: „*nu importă ce face natura din om, ci ceea ce el însuși face din sine*”.

A patra lecție: **„toți oamenii mor, dar nu toți oamenii trăiesc cu adevărat”** (William Wallace, 1270-1305).

Privită ca valoare supremă, viața prezintă importanță în funcție de modul cum o cheltuiești. Aceasta îmi amintește de o comparație făcută de Henriette Yvonne Stahl (1900-1984), în „Martorul eternității” (Editura Herald, București, 2002, p. 94), unde citim următoarele: „*între morfină și spiritualitate există o diferență imensă de calitate, dar scopul era același: căutarea fericirii ... Morfina dorește să uiți, spiritul să înțelegi*”. De aceea, privesc cu uimire și durere la ceea ce se întâmplă în jur: vidul existențial, lipsa de afecțiune, o lume fără modele, fără repere, fără perspectivă, o lume dezinteresată de trecut, de valorile ei, de latura inefabilă, de igiena sufletului. Trăim o lume care nu mai știe să se bucure și să plângă, simplu și curat, o lume în care s-a instalat violența și cinismul, lichelismul, incompetența, disprețul și mitocănia, o lume, paradoxal, a internetului dar și a „zgomotului”, a „gălăgiei”, o lume devastatoare, în care competențele nu mai prezintă interes social, virtutea este înlocuită cu oportunistul, verticalitatea cu slugărnicia, o nelume.

Mai există oare inefabil, trăiri interioare, visări, neliniști, melancolii, nostalgii sau remușcări? Sunt nespuse de tulburat. Nu mă mai regăsesc în condițiile timpului și mediului în care trăiesc. Democrația noastră, extrem de permisivă, continuă să legitimizeze mediocritatea, care nu face decât să prelungească deriva societății, să întarzie, de fapt, istoria. Familia tradițională – această componentă fundamentală a societății – este pe cale de dispariție. Cum se mai asigură în prezent acel univers intim, special, suportul afectiv și moral, în care se promovau dragostea, respectul, căldura, înțelegerea, valorile comune?

Stau și mă întreb: ce se întâmplă cu noi? Încotro ne îndreptăm? Omenirea se găsește oare într-o criză de destin? Oare inteligența se va lăsa învinsă de instinct? Să fi ajuns, așa cum spunea Mihail Ralea (1986-1964), „*în epoca în care idealurile au dispărut, omul se*

*întoarce violent de unde a plecat, adică de la biologic”?*

Cu peste două secole și jumătate în urmă, filosoful și eseistul irlandez Edmund Burke (1729-1797) atrăgea atenția asupra acestui pericol. El spunea: „*pentru ca răul să triumfe este suficient ca oamenii să nu facă nimic*”. Fără comentarii ...

A cincea lecție: **fiecare etapă de viață ne dă o altă dimensiune a cunoașterii și a conștiinței.**

Ca o caracteristică a trecerii noastre, am perceput, ca și Dumneavoastră, fiecare etapă a acestui implacabil proces. În copilărie, totul este trăire de vis edenic, miracol, poezie și uimire, ingenuitate și candoare, inocență și imaginație fără de hotare. În adolescență, încerci iluzia de nemurire și îți proiectezi viața – de fapt vise și speranțe, idealuri și entuziasme – într-un orizont nemărginit de timp, orizont pe care nu-l vei atinge însă niciodată pentru că prezentul se confundă cu viitorul, destinul nu are coborâșuri, iar timpul nu l-ai descoperit încă, îl trăiești numai. Marin Preda (1922-1980) caracteriza tinerețea ca fiind „... *o trufie, rareori o valoare*”. La maturitate, pragmatismul învinge emoția, iar vârsta se simte ca o abstracție, pentru ca la bătrânețe să predomine amintirile.

Fiecare etapă ne modifică fundamental. Se trece astfel de la elanul juvenil, prin cumulare și discernământ, la reflecție, apoi la contemplare și înțelepciune. Este vorba de alte vibrații, de alte dimensiuni, de o altă încărcătură.

Toate etapele trăiesc eternitatea, dar în ultima devenim obsesiv conștienți de ea și de avatarurile ei. Te trezești deodată cu amintirile care nu-ți mai dau pace, accepți renunțările, insatisfacțiile, frustrările, fără a te revolta. Devii conștient abia când factorul biologic îți atrage atenția. Oare Machiavelli avea dreptate când afirma că este „*mai bine să faci și să greșești, decât să regreti când nu mai poți face*”? Cred totuși că principiile machiavelismului nu aveau în vedere numai latura pozitivă a lucrurilor ...

Cu excepția bătrânilor prin naștere, bătrânețea rămâne o stare de spirit. Ea trebuie învățată. Depinde de măsura în care reușim să ne cunoaștem din interior, de acolo de unde izvorăște înțelegerea, înțelepciunea, împăcarea cu sine și cu viața și, mai ales, iubirea. Cât de frumos formulează, indirect, Umberto Eco (1932) în „Memoria vegetală”, bătrânețea: „*cărțile sunt bătrânii noștri*”.

Închei cu cea de a șasea lecție, fără a fi însă și ultima: „***Ja sfârșit nu contează anii din viață, ci viața din anii tăi***” (Abraham Lincoln, 1809-1865).

Uit mereu ce vârstă am cu adevărat și aceasta pentru că nu las clepsidra uriașă a timpului să se scurgă, o întorc fără întrerupere.

Tinerețea nu este legată de vârstă, o avem în noi, este o victorie a spiritului. Ea înseamnă a-ți pune mereu întrebări și a încerca să răspunzi la ele.

Pentru mine, viața continuă să fie un miracol, un mister, ceva între realitate și visare. Cred că am reușit să conserv în suflet o parte din propria-mi copilărie, ca și o rază de lumină, de regenerare sufletească și de rezistență împotriva răului și urâtului din jur, că nu m-au părăsit reveriile, nostalgiile, chiar speranțele, că am reușit să-mi însușesc o minimă înțelepciune și libertate interioară, să mă împac cu lumea, cu mine însumi și cu Dumnezeu. Totul este să intri în rezonanță cu istoria, cu lumea și cu mediul înconjurător, cu Universul sau cu o idee.

Toate acestea fac să mă pot bucura de viață, de un răsărit sau de un apus de soare, de frumusețea florilor, de un clipocit de apă, de adierea unui vânt, de faptul că încă se poate vorbi cu mine, nu despre mine, că am conștiința datoriei împlinite, ca ființă umană și socială, că nu am pierdut vremea și că nu am rămas dator. Cel mai mult însă mă bucur



când pot oferi dragoste celor din jur, ca și atunci când o primesc, cum se întâmplă acum, când sunt înconjurat cu afecțiune, atât prin prezența Dumneavoastră, cât și prin vorbele frumoase și calde de apreciere.

Mulțumesc, în primul rând, Conducerii Academiei Române, care a inițiat și organizat această manifestare, colegilor din Academia Română și, în special, celor din secția căreia îi aparțin, Dumneavoastră, conducători ai unor instituții și organizații prestigioase. Vă mulțumesc deasemenea pentru înaltele distincții cu care m-ați onorat.

Un gând bun colegilor care trudesec anonim, dar eficient, la Spitalul Elias și la Fundația cu același nume.

Vă mulțumesc tuturor și vă ofer, la rândul meu, dragoste, admirație și respect.

Soției mele îi mulțumesc pentru tot ceea ce a însemnat în viața mea, ca și pentru toate privațiunile pe care le-a suportat de-a lungul a 57 de ani de conviețuire. Ea va rămâne mereu, împreună cu copiii și nepoții noștri, în sufletul meu.

Toată această atmosferă pe care ați creat-o m-a mișcat profund, transformând acest eveniment cu caracter festiv într-o manifestare de suflet, o adevărată sărbătoare spirituală, într-un prinos de respect și prețuire reciprocă.

În încheiere, doresc să vă fac unele destăinuiri: cunoscând faptul că trecerea pragului fiecăruia dintre noi este proprie numai spiritului; că ea, trecerea, nu va schimba nimic fundamental în Univers; că „nici o ființă nu trăiește destul de mult ca să fie luată în serios” (Tennessee Williams, 1914-1983) și că nimeni nu este pregătit să plece, dar și că bătrânețea nu îngăduie așteptare și nici amânări, sunt din ce în ce mai grăbit să îmi duc proiectele până la capăt și apoi ..., apoi să îmi propun altele ...

De asemenea, vă promit că voi ieși din viața activă numai odată cu desființarea impozitelor.

Vă mulțumesc.