

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

REVISTA DE ȘTIINȚE JURIDICE
NR. 2/2020

Coordonator număr: RSJ nr. 2/2020

Prof. univ. dr. Lucian Săuleanu



Vol. 37 (2/2020)

Editat de **Universul Juridic S.R.L.**
Copyright © 2020 **Universul Juridic S.R.L.**
Toate drepturile asupra prezentei ediții aparțin
Universul Juridic S.R.L.

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

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

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

www.universuljuridic.ro

ISSN: 1454-3699

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

REVISTA DE ȘTIINȚE JURIDICE

Redactor-șef:

Prof. univ. dr. **GABRIEL EDMOND OLTEANU** – Decan al Facultății de Drept, Universitatea din Craiova

Editor executiv:

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

Secretar de redacție:

Conf. univ. dr. **OANA GHIȚĂ** – Universitatea din Craiova

COLEGIUL ȘTIINȚIFIC:

- | | |
|--|---|
| Prof. dr. Patrick Charlot | – Universitatea Bourgogne din Dijon, Franța, Director al Școlii Doctorale și al Centrului de Studii și Cercetări Juridice și Politice |
| Prof. univ. dr. Yan Laidie | – Universitatea Bourgogne din Dijon, Franța |
| Prof. univ. dr. Nicolas Queloz | – Fost decan al Facultății de Drept, Fost Președinte al Asociației Criminologilor de Limbă Franceză |
| Prof. Flavius Baias | – Universitatea din București |
| Prof. univ. dr. Dan Claudiu Dănișor | – Director Școala Doctorală a Facultății de Drept a Universității din Craiova |
| Prof. Gabriel Boro | – Universitatea „Nicolae Titulescu” din București |
| Prof. univ. dr. Eugen Chelaru | – Universitatea din Pitești |
| Prof. univ. dr. Ion Dogaru | – Universitatea din Craiova, membru corespondent al Academiei Române |
| Prof. univ. dr. Ioan Leș | – Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept |
| Prof. univ. dr. Radu I. Motica | – Universitatea de Vest din Timișoara |
| Prof. univ. dr. Nicolae Popa | – Fost președinte al Curții Constituționale a României, fost președinte al Înaltei Curți de Casație și Justiție |
| Prof. univ. dr. Tudorel Toader | – Rector al Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași |
| Prof. univ. dr. Paul Vasilescu | – Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca, Facultatea de Drept |
| Prof. Florin Streteanu | – Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca |
| Prof. univ. dr. Lucian Bercea | – Decan al Facultății de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara |
| Prof. univ. dr. Mircea Duțu | – Directorul Institutului de cercetări juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române |
-

COLEGIUL DE REDACȚIE:

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



*Baze de date internaționale recunoscute pentru domeniul științelor juridice
conform ordinului ministrului ECTS nr. 6560/2012
Revista de Științe Juridice este indexată în EBSCO, HeinOnline și Index Copernicus*

CUPRINS

Controllo di costituzionalità: tradizione e globalizzazione. Il caso spagnolo <i>Andrés OLLERO</i>	9
Mijloace juridice de realizare a drepturilor părților contractului de transport de bunuri în reglementarea Convenției privind Transporturile Feroviare Internaționale (C.O.T.I.F.), Berna, 1980 <i>Sevastian CERCEL, Ștefan SCURTU</i>	19
Tipologia deciziilor Curții Constituționale Române <i>George GÎRLEȘTEANU</i>	42
Tendențe totalitare în dreptul privat român – cu specială privire asupra proprietății <i>Ana-Maria ECHERT (Crînguș-Echert)</i>	55
Lichidarea bunurilor urmăribile din averea debitorului în procedura judiciară de insolvență prin lichidare de active aplicabilă persoanelor fizice consumatori <i>Viorel GĂINĂ</i>	72
Aportul asociațiilor – condiție specifică a contractului de societate <i>Lucian SĂULEANU, Georgeta Alina UȘURELU</i>	95
Aspecte teoretice și practice cu privire la reținerea formei agravante a infracțiunii de violare de domiciliu prevăzute de art. 224 alin. 2 Cod Penal sau a stării de legitimită apărare, în cazul săvârșirii faptei în timpul nopții <i>Cristian GRIGORIE</i>	104
Recursul în interesul legii <i>Ionuț-Dragoș CRÎNGUȘ</i>	115
Fundamentarea teoretică a conversiunii ca modalitate de îndreptare a cauzelor de nulitate ale actului juridic civil <i>Mariana ȘARGAROVSKI</i>	132
Dreptul de „rețea” și de dreptul de „linie” în Noul Cod Administrativ <i>Mihai Marian ICU</i>	144
Teoria străpungerii vălului corporativ în jurisprudența anglo-saxonă <i>Alexandra ISTUDOR</i>	159

Transcrierea numelui intră sub incidența art. 8 C.E.D.O.? Jurisprudența Ct.E.D.O. <i>Oana Nicoleta RETEA</i>	171
Obligativitatea deciziilor Curții Constituționale Române <i>George GÎRLEȘTEANU</i>	182
Considerațiuni privind cererile de acordare a daunelor morale în cazul concedierii nelegale. Jurisprudență comentată <i>Georgeta Alina UȘURELU</i>	201
Prevederile regulamentului nr. 848/2015 privind comunicarea și cooperarea în cadrul procedurii insolvenței grupului de societăți <i>Sebastian POPA</i>	207
Prescripția acțiunii în restituire întemeiată pe îmbogățirea fără justă cauză <i>Alexandru SPÂNU</i>	219
Protejarea vieții private prin prisma schimbării jurisprudenței CEDO în cauza Bărbulescu contra României <i>Eugen Cristian GRIGORIE</i>	230
Teoria pierderea unei șanse prin prisma acțiunilor <i>in wrongful birth</i> și <i>in wrongful life</i> <i>Anastasia Munteanu</i>	237
<i>Drept procesual penal: valori fundamentale și proces echitabil într-un cadru unitar</i> <i>Djulieta VASILOI</i>	243

Contents

Constitutionality control: between tradition and globalization. The spanish case <i>Andrés OLLERO</i>	9
Legal means for the realization of the rights of the parties to the contract of transport of goods in regulation of the Convention on International Tail Transportation (C.O.T.I.F.), Bern, 1980 <i>Sevastian CERCEL, Ștefan SCURTU</i>	19
The typology of the decisions of the Romanian Constitutional Court <i>George GÎRLEȘTEANU</i>	42
Totalitary trends in Romanian Private Law – with special regards on property <i>Ana-Maria ECHERT (Crînguș-Echert)</i>	55
Liquidation of goods from the debtor's property in the insolvency proceedings by liquidation of assets applicable to individual consumers <i>Viorel GĂINĂ</i>	72
Contribution of shareholders – specific condition of the company contract <i>Lucian SĂULEANU, Georgeta Alina UȘURELU</i>	95
Theoretical and practical aspects regarding the retention of the aggravative form of the offense of violation of domicile provided by art. 224 par. 2 Criminal Code or state of legitimate defense, in the event of the commitment during the night <i>Cristian GRIGORIE</i>	104
Appeal in the interest of the law <i>Ionuț-Dragoș CRÎNGUȘ</i>	115
Theoretical basis of the conversion as a way of correcting the causes of nullity of the civil legal act <i>Mariana ȘARGAROVȘCHI</i>	132
The right of "network" and the right of "line" in the New Administrative Code <i>Mihai Marian ICU</i>	144

Theory of piercing the corporate veil in the anglo-saxon jurisprudence <i>Alexandra ISTUDOR</i>	159
The transcription of the name is included in art.8 C.E.D.O.? Ct.E.D.O. jurisprudence <i>Oana Nicoleta RETEA</i>	171
The mandatory character of the decisions of the Romanian Constitutional Court <i>George GÎRLEȘTEANU</i>	182
Considerations regarding the claims for granting moral damages in the event of illegal dismissal. Commented jurisprudence <i>Georgeta Alina UȘURELU</i>	201
The provisions of regulation no. 848/2015 on communication and cooperation in the insolvency procedure of the group of companies <i>Sebastian POPA</i>	207
Prescription of action for refund based on enrichment without just cause <i>Alexandru SPĂNU</i>	219
Protecting privacy and the change of echr jurisdiction in Bărbulescu against Romania <i>Eugen Cristian GRIGORIE</i>	230
The theory of loss of a chance <i>in wrongful birth and wrongful life claims</i> <i>Anastasia Munteanu</i>	237
Criminal procedural law: fundamental values and a fair trial in a unitary framework <i>Djulieta VASILOI</i>	243

CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ: TRA TRADIZIONE E GLOBALIZZAZIONE. IL CASO SPAGNOLO*

Prof. Andrés OLLERO

*King Juan Carlos University
magistrate, Constitutional Court of Spain*

Abstract

The Author, presenting the case of Spain in view of the principle of equality, shows that the constitutional review has to confront both the State tradition and the innovations which characterize contemporary juridical experience in the age of globalization.

Keywords: *Spanish Constitution, constitutional review, principle of equality, tradition, globalization.*

La Costituzione spagnola, che tra qualche giorno compirà quarant'anni, ha notevolmente influenzato i lavori filosofico-giuridici, inclusi i miei. Alcuni mesi dopo la sua promulgazione, presentai al Congresso mondiale di Basilea una relazione a proposito di *Diritto naturale e giurisprudenza di principi*¹, portandola come esempio. Potrebbe sembrare strano alludere ad un termine così tradizionale, ma l'opinione dissenziente ad una delle prime sentenze della neocostituita Corte Costituzionale, relativa al principio di uguaglianza, offre argomenti *a contrario*: «il principio di uguaglianza e il controllo di costituzionalità [*judicial review*] che esso comporta, rischiano di trasformarsi in un controllo valutativo della giustizia delle soluzioni legislative»;aggiungendosi che «il riferimento alla natura delle cose, al

* Il contributo, accettato dai Direttori, riproduce la relazione tenuta a Roma il 12 dicembre 2018 alla sessione conclusiva del Project „The Value of Tradition in the Global Context” delle Università Saint John's (New York), LUMSA (Roma) e Villanova (Pennsylvania). Traduzione dell'originale spagnolo a cura di Barbara Mariano (Università degli Studi di Bari, sede di Taranto).

¹ Cfr. A. OLLERO, *Droit naturel et «jurisprudence de principes» (avec référence à la Constitution espagnole de 1978)*, Weltkongress für Rechts- und Sozialphilosophie, Basel, 1979. Paper (III)-130; nei suoi atti: *Contemporary Conceptions of Law*, Steiner Verlag, Stuttgart, 1979, *Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie* (Supplementa), vol. 1, 1, pp. 629-639. L'originale spagnolo in *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Edersa, Madrid, 1982, pp. 199-210.

carattere ragionevole e ad altri parametri simili a quelli cui si suole ricorrere per definire l'uguaglianza, consente una facile deviazione verso il giusnaturalismo, che deve essere attentamente evitato da una giurisdizione costituzionale»².

Si segnala al contempo il tramonto del positivismo giuridico, impegnato a presentare il diritto come un sistema di *norme*, insofferente a riconoscere il gioco dei *principi*. Non sarebbe «possibile ridurre ciascuna delle ipotesi di fatto o ciascuna delle norme in questione a un principio generale del diritto, non esplicitamente formulato dalla legge, al fine di decidere l'uguaglianza in quello o secondo quello, perché, allora, non si tratterebbe di uguaglianza dinanzi alla legge, bensì di uguaglianza dinanzi ai principi»³.

La sentenza citata obbliga ad attenuare il comune riferimento all'*uguaglianza* dei cittadini *dinanzi alla legge*, distinguendola in uguaglianza *nella legge* e *nell'applicazione della legge*. Questo relativizza al contempo il presunto divario tra lo *stare decisis* anglosassone e un obbligato gioco del precedente giudiziale⁴, che fa rinascere la vecchia questione in base alla quale ci si chiede se la giurisprudenza sia o meno fonte del diritto.

Serve a poco che il legislatore non abbia stabilito una differenza di trattamento tra i cittadini, se poi i giudici – o persino lo stesso organo giurisdizionale – offrono soluzioni diverse, non considerando che sia uno stesso cittadino ad esserne il destinatario⁵. Continuando il mio ripasso autobiografico delle risoluzioni della Corte Costituzionale spagnola, mi è sembrata significativa quella che ci illustra come, quando un organo giurisdizionale «ritenga di dover prendere le distanze dai suoi precedenti debba offrire necessariamente una giustificazione sufficiente e *ragionevole*. Diverso è il problema dell'uguaglianza nell'applicazione della legge allorquando questa non si riferisca ad un unico organo, bensì a più organi. In questi casi, l'istituzione che realizza il principio di uguaglianza e attraverso cui si cerca l'uniformità, è la giurisprudenza, affidata ad organi giurisdizionali di livello superiore [ricorso per unificazione di dottrina], perché il principio di uguaglianza nell'applicazione della legge deve necessariamente armonizzarsi al principio di indipendenza degli organi incaricati dell'applicazione della legge quando questi siano organi giurisdizionali»⁶.

Nel caso spagnolo risultava problematico parlare di tradizione nel controllo di costituzionalità delle leggi, poiché questo ordinamento proveniva da quasi quattro decenni di dittatura dopo l'effimera esperienza repubblicana. Non a caso in

² Voto del Magistrato Díez Picazo alla STC 34/1981, 10 novembre.

³ *Ibidem*.

⁴ A riguardo cfr. A. OLLERO, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; 2005².

⁵ Per quanto risulti sorprendente, cfr. STC 162/2001, 5 luglio.

⁶ STC 34/1982, 14 giugno, FJ 2.

questo periodo l'esercizio dei diritti umani era stato considerato in non pochi casi come un delitto. L'espedito giuridico che ha garantito la transizione alla democrazia, considerando il regime precedente, è stato elogiato come un accurato lavoro che ha consentito il passaggio dalla legge alla legge; cioè, dalle leggi fondamentali del franchismo alla Costituzione. Alcuni giudici del regime pre-democratico lo hanno interpretato a loro modo, così facendo emanare una sentenza che è un vero e proprio rimprovero rivolto a questa magistratura ancora legata al precedente ordinamento, che violava il principio di uguaglianza negando la condizione di erede a una cittadina che, secondo il non ancora aggiornato codice civile, era considerata 'figlia illegittima'.

La ricorrente in *amparo* ha invocato il valore immediatamente precettivo dell'art. 14 della Costituzione e il suo possibile effetto abrogativo rispetto all'art. 137 del Codice civile. La Corte non ha avuto nessun dubbio nell'affermare che «la Costituzione è precisamente questo: la nostra norma suprema e non una dichiarazione programmatica o di soli principi». Essa ricorda al contempo che l'esercizio dei diritti fondamentali deve «essere regolato solo dalla legge e la necessità che questa rispetti il loro contenuto essenziale», il che implica «che quei diritti già esistono, con carattere vincolante per tutti i poteri pubblici, tra i quali si annoverano, ovviamente, i giudici e i magistrati componenti del potere giudiziario».

Non si ammette poi che il suo contenuto integri «mere enunciazioni di principi diretti a orientare la futura attività del potere pubblico che non abbiano capacità di produrre la nascita di diritti civili salvo che questi si sviluppino attraverso leggi ulteriori». Conclude drasticamente che «ciò che in nessun modo può ammettersi è l'equiparazione tra quelle „Leggi Fondamentali” e la Costituzione Spagnola del 1978, per la cui valutazione e interpretazione è necessario prescindere da criteri non più attuali»⁷. La Costituzione sarebbe quindi applicabile senza necessità di *interpositio legislatoris*.

La Costituzione spagnola recepisce, dalla dottrina tedesca, il riferimento al suddetto *contenuto essenziale* all'art. 53.1. In una risalente sentenza relativa al diritto di sciopero, la Corte tentò audacemente di spiegare questo contenuto, facendo eco alla polemica dottrinale tra giurisprudenza dei *conceitos* e degli *interessi*. Ritiene che «sia necessario seguire due percorsi». Il primo sarebbe quello di «ricorrere a ciò che si suole chiamare natura giuridica o modo di concepire o di configurare ciascun diritto. Secondo questo orientamento bisogna cercare di stabilire una relazione tra il linguaggio che utilizzano le disposizioni normative e quello che alcuni autori hanno chiamato il metalinguaggio ossia idee generalizzate

⁷ STC 80/1982, 20 dicembre, FJ 1. Fu relatore della sentenza il Professor Francisco Tomás y Valiente, che divenne presidente della Corte e, dopo aver adempiuto al suo mandato, fu assassinato nel suo ufficio dell'università da un terrorista di ETA.

e convinzioni generalmente ammesse tra i giuristi, i giudici e, in generale, gli esperti di Diritto». Il secondo percorso porterebbe a «tentare di cercare ciò che un'importante tradizione ha chiamato interessi giuridicamente protetti come nucleo ed essenza dei diritti soggettivi». L'essenzialità farebbe in questo caso «riferimento a quella parte del contenuto del diritto che è assolutamente necessaria per far sì che gli interessi giuridicamente meritevoli, che danno vita al diritto, risultino reali, concreti e effettivamente protetti». Tutto ciò, senza dimenticare che non si tratta di due percorsi «alternativi, né ancora meno antitetici, ma che, al contrario, si possono considerare come complementari»⁸.

Questo sforzo così ben intenzionato evita di considerare cosa dovrebbe servire come fondamento del controllo di costituzionalità o chi dovrebbe controllare il controllore; posti davanti al paradosso che la Costituzione dirà ciò che una Corte 'contromaggioritaria' ritiene che questa dica. Il primo percorso ci porterà alla ricerca di un *fondamento oggettivo e ragionevole*.

Continueremo considerando il principio accennato. L'uguaglianza, cui si riferisce l'art. 14 CE, «non comporta necessariamente un'uguaglianza materiale o un'uguaglianza economica reale ed effettiva. Significa che ad ipotesi di fatto uguali devono applicarsi conseguenze giuridiche che siano anch'esse uguali e che, per individuare differenze tra le ipotesi di fatto, deve esistere una sufficiente giustificazione di tale diversità, che appaia allo stesso tempo come fondata e ragionevole in accordo con criteri e giudizi di valore generalmente accettati»⁹. Dal consenso degli esperti sembra che siamo adesso orientati verso giudizi di valore più generalizzati. Dovrà quindi il giudice costituzionale sforzarsi di rispecchiare il cittadino medio?

Non sembra essere questo il caso allorché consideriamo una peculiare violazione dell'uguaglianza: la discriminazione in ragione del sesso¹⁰. Non potremmo conformarci ad un approccio che sia di *attualità*. A ciò ci guida il constatare come in un ospedale barcellonense, le infermiere, la domenica, si vedano retribuire tutte le ore di lavoro come straordinari, mentre per i loro colleghi uomini si tratta di un giorno lavorativo come qualunque altro. Quindi risulta esservi una sospetta discriminazione dell'uomo. In realtà il franchismo ha introdotto un atteggiamento 'protettivo' della donna, che cercava di dispensarla da ogni contributo lavorativo. Un organo giurisdizionale potrebbe ritenere che «la protezione della donna, di per sé, non è ragione sufficiente a giustificare la differenziazione»; in ogni caso, considera che «misure del genere devono essere soggette a revisione, al fine di

⁸ STC 11/1981, 8 Aprile, FJ 8.

⁹ STC 49/1982, 14 luglio, FJ 2.

¹⁰ A riguardo cfr. A. OLLERO, *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

abrogarle se si dimostrano carenti di attualità». La Corte non condivide questo criterio: «il problema non è la conformità della soluzione giuridica con le convinzioni o le credenze attuali, che sono ciò che si può chiamare „attualità”, bensì la sua conformità alla Costituzione». Si capisce quindi come il legislatore sia attento a ciò che considera attuale, ma «l'efficacia diretta e immediata che ha la Costituzione, in quanto norma suprema dell'ordinamento giuridico, senza la necessita di aspettare la sua attuazione da parte del legislatore ordinario in ciò che riguarda i diritti fondamentali e le libertà pubbliche» esclude questo punto di vista¹¹. In realtà ad essere discriminata potrebbe essere la donna. L'uomo, se non lavora la domenica, andrà a vedere giocare il Barça; la donna se lavora sarà impossibilitata ad uscire con i suoi bambini a fare una passeggiata, e questo ha un prezzo.

La discriminazione per ragioni di sesso avrebbe costretto a modificare il punto di vista, e ci avrebbe fatto avvicinare alla versione spagnola delle *affirmative actions*. L'art. 9.2 della Costituzione, di eredità italiana, è stato inizialmente accolto con il sospetto di essere l'apripista dell'allora fiorente *uso alternativo del diritto*. Ciò non si è realizzato. È invece avvenuto che poiché tale articolo non fruisce della protezione del ricorso di *amparo*, ci si sia produttivamente rivolti, in via interpretativa, verso l'invece protetto, articolo 14. Il risultato avrebbe impedito il licenziamento di lavoratrici in gravidanza.

L'eredità ha finito per convertirsi piuttosto in nordamericana. Il citato art. 9.2.CE stabilisce: «Spetta ai poteri pubblici promuovere le condizioni per cui la libertà e l'uguaglianza dell'individuo e dei gruppi di cui fa parte siano reali ed effettive; rimuovere gli ostacoli che impediscono o rendono difficile la sua realizzazione e facilitare la partecipazione di tutti i cittadini alla vita politica, economica, culturale e sociale», cosa che – a giudizio dalla Corte – supera «il più limitato ambito di un'uguaglianza meramente formale». L'art. 14 sanciva «una clausola generale di uguaglianza di tutti gli spagnoli davanti alla Legge», ma al contempo i riferimenti concreti alla non discriminazione rappresentano «un'esplicita interdizione al mantenimento di determinate differenziazioni storicamente e profondamente radicate e che hanno posto, tanto per l'azione dei poteri pubblici, quanto per la pratica sociale, parti della popolazione in posizioni non solo svantaggiose, bensì apertamente contrarie alla dignità della persona sancita dall'art. 10 della CE». Ciò implica pertanto «la volontà di mettere fine alla storica situazione di inferiorità in cui, nella vita sociale e giuridica, si è collocata la popolazione femminile»¹².

L'influenza della giurisprudenza nordamericana nell'ambito dell'Unione Europea è via via penetrata al momento di individuare le disuguaglianze, aiutando a identificare la cosiddetta *discriminazione indiretta*.

¹¹ STC 81/1982, 21 dicembre, FJ 2

¹² STC 166/1988, 26 settembre, FJ 2.

Questo avrebbe portato la Corte, nel giudicare dell'*amparo*, ad indagare sul divario esistente tra le retribuzioni degli operai e delle donne delle pulizie di un ospedale. Tra le due categorie di lavoratori esistevano delle marcate differenze che sarebbe stato possibile «qualificare come fondate e ragionevoli, con riguardo alla maggiore fatica e sforzo fisico» dell'operaio, ma di fatto questi soggetti «realizzavano esattamente le stesse funzioni».

Questo consente alla Corte di «arricchire la propria nozione di discriminazione» per includervi «la nozione di discriminazione indiretta», rilevando trattamenti formalmente non discriminatori dai quali «derivano pregiudizievoli conseguenze differenti a causa dell'*impatto* differenziato e sfavorevole» delle loro conseguenze. È per questo che «l'organo giurisdizionale non può limitarsi a valutare se la differenza di trattamento ha, in astratto, una giustificazione oggettiva e ragionevole, bensì deve analizzare, in concreto, se ciò che appare come una differenziazione formalmente ragionevole, non nasconda o permetta di nascondere una discriminazione contraria all'art. 14 CE»¹³.

Nel tentativo di fugare tanti sospetti emerge una buona notizia: è nato un nuovo diritto fondamentale¹⁴. L'art. 18 CE, che protegge la riservatezza personale e familiare, include un enigmatico comma 4, secondo cui la «legge limiterà l'uso dell'informatica per garantire l'onore e la riservatezza personale e familiare dei cittadini e il pieno esercizio dei loro diritti». Sembrerebbe che si stia sviluppando una mera estensione del diritto alla riservatezza, ma ciò che questa rivendica è la protezione di una sfera individuale di *privacy* dinanzi a possibili lesioni di terzi o dei pubblici poteri, in linea con i classici diritti di libertà. Ora, ciò che sta nascendo è un diritto di prestazione, che ruota intorno ad *un potere di controllo* del cittadino riguardo ai dati di cui gli uni e gli altri possano disporre e la copertura giuridica di cui possano avvalersi. La Corte ritiene che il sorgere di questo diritto si sia verificato «in modo, in ultima analisi, non molto differente rispetto al come storicamente sono nati e si sono integrati nell'ordinamento i diversi diritti fondamentali».

Ammette con ciò che «la garanzia della riservatezza assume oggi un contenuto positivo sotto forma di diritto al controllo sui dati relativi alla propria persona», che qualifica, attraverso l'influenza italiana, come libertà informatica, anche se presto finirà per adottare la terminologia tedesca: autodeterminazione informativa. *L'habeas corpus* sarà così accompagnato da un collega dalle diverse caratteristiche: *l'habeas data*.

¹³ STC 145/1991, 1 luglio, FFJJ 1 y 2.

¹⁴ A riguardo cfr. A. OLLERO, *De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales. Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2008, pp. 7-179.

Come se ancora non avesse tagliato il cordone ombelicale, la Corte respinge «la tesi secondo cui il diritto fondamentale alla riservatezza esaurisce il suo contenuto in facoltà puramente negative, di esclusione»¹⁵.

L'influsso nordamericano è anche percepibile nella versione spagnola del *certiorari* praticato dalla Corte suprema di quello Stato. Il modello kelseniano di controllo di costituzionalità in Spagna appare alterato dall'esistenza del ricorso di *amparo*, il cui scopo inizialmente è stato quello di rimediare alla violazione di un diritto fondamentale. Come conseguenza la Corte è stata quasi sopraffatta dal successo, vedendosi convertita in una terza istanza processuale per non pochi cittadini, diluendosi così il confine tra controllo di legalità e di costituzionalità¹⁶. I ricorsi di *amparo* sono arrivati ad essere più di 11.000, prima che entrasse in vigore una drastica riforma legislativa, che non è riuscita comunque a ridurli a meno di 6.000; destinati ad essere dichiarati inammissibili, tranne che per un centinaio che vengono invece giudicati con sentenza. Con la riforma, il ricorso di *amparo* cessa di essere considerato secondo una mera dimensione soggettiva, per convertirsi – a mio giudizio – in uno strumento oggettivo che accompagna il ricorso nell'interesse della legge; in questo caso, nell'interesse della Costituzione.

Per la Corte costituisce «l'elemento più innovativo o la caratteristica più distintiva (ATC 188/2008, del 21 luglio, FJ 3) di questa disciplina del ricorso di *amparo* il requisito sostanziale o di fondo della *speciale rilevanza costituzionale*». La sua principale conseguenza sarà che «la mera lesione di un diritto fondamentale o di una libertà pubblica tutelabile con l' *amparo*, non sarà di per sé sufficiente per ammettere il ricorso poiché è imprescindibile, inoltre, la sua speciale rilevanza costituzionale», che deve essere in ogni caso giustificata. La Corte non ha smesso di offrire indicazioni a riguardo; oltre, per esempio, a constatare la violazione di un diritto, sarebbe necessario argomentare che ciò sollevi «una questione su cui questa Corte non ha creato giurisprudenza»¹⁷.

La *pressione globalizzante* si sperimenta nel diritto spagnolo come conseguenza della sottoscrizione della Convenzione di Roma del Consiglio d'Europa, che lo vincola alla Corte Europea dei Diritti Umani, con sede a *Strasburgo*. Ruolo più singolare gioca il modo di intendere la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con sede a *Lussemburgo*, ciò che eufemisticamente si è definito come un *dialogo tra corti*¹⁸.

¹⁵ STC 254/1993, 20 luglio, FFJJ 6 e 7.

¹⁶ A riguardo cfr. A. OLLERO, *Legalidad y constitucionalidad*, in *Archivo jurídico Filippo Serafini*, CL, 2, 2018, pp. 229-255.

¹⁷ STC 11/2009, 25 giugno, FJ 2; con citazione della STC 70/2009, 23 marzo, FJ 1.

¹⁸ A riguardo cfr. A. OLLERO, *Diálogo de tribunales en el marco europeo*, in *Pensar el tiempo presente. Homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompart*, t. 1, coord. J. de LUCAS

Nell'ambito europeo la *tradizione* di uno Stato può vedersi rinforzata se è *condivisa*. Così è avvenuto con la sentenza *Lautsi contro Italia* della Corte di Strasburgo, che costituisce un argomento favorevole ad appoggiare il concetto di laicità formulato dalla Corte spagnola. L'articolo 16.3 CE protegge una *laicità positiva*, basata non sulla separazione bensì sulla cooperazione dei poteri pubblici con le confessioni religiose¹⁹. Ci si chiede se sia compatibile, in uno Stato laico come la Spagna, che negli statuti dell'Ordine degli Avvocati di Siviglia figurino come protettrice l'Immacolata. Non lo considera tale uno dei membri del collegio, che ritiene violata la sua libertà religiosa.

Per la Corte risulta obbligata la neutralità religiosa dell'Ordine, come ente di diritto pubblico. Intende, tuttavia che i simboli incorporino «tutta la carica storica di una comunità, tutto un insieme di significati che esercitano una funzione integratrice e promuovono una risposta socioemotiva, contribuendo alla formazione e alla conservazione della coscienza comunitaria». D'altra parte, «quando una religione è maggioritaria in una società, i suoi simboli condividono la storia politica e culturale di questa», ma – come succede nel caso *Lautsi* – «la percezione soggettiva del ricorrente di per sé sola non basta a caratterizzare una violazione del diritto dedotto». Inoltre «in una società in cui si è sviluppato un evidente processo di secolarizzazione è indubitabile che molti simboli religiosi siano diventati, secondo il contesto concreto del caso, in maniera predominante di natura culturale, anche se questo non esclude che per i credenti continui a sussistere il loro significato religioso». Il ricorrente, dal canto suo, non ha fatto notare di essere stato obbligato a partecipare ad atti religiosi. Come conclusione, il fatto per cui «la corporazione assuma segni di identità che, sprovvisti di un significato religioso incompatibile con l'art. 16 CE, sono stati in origine propri di una o di un'altra confessione o di nessuna di queste, è qualcosa che solo alla corporazione tocca decidere in modo democratico (art. 36 CE)»²⁰.

Non mancano tuttavia casi in cui *la globalizzazione si contrapponga alla tradizione* e in cui le Costituzioni statali debbano sopportare la spinta di organizzazioni non governative che agiscono come gruppi di pressione all'interno delle Nazioni Unite per imporre la loro visione del politicamente corretto. Questo è appena successo in Spagna nei confronti del proposito di rendere compatibile il matrimonio omosessuale con l'art. 32.1 CE, che afferma: «L'uomo e la donna hanno diritto di contrarre matrimonio con piena uguaglianza giuridica». Quando

MARTÍN, E. VIDAL GIL, E. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, V. BELLVER CAPELLA, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 911-928.

¹⁹ A riguardo cfr. A. OLLERO, *Laicidad positiva, igualdad consiguiente*, in *Persona y Derecho*, 2017, pp. 93-131.

²⁰ STC 34/2011, 28 marzo, FFJJ 1, 4, 5 e 6.

mi presentai – seguendo il modello nordamericano – davanti al Congresso dei Deputati, prima di essere eletto da più di tre quinti dei suoi membri come giudice della Corte costituzionale, mi si chiese se fossi disposto a firmare un documento che richiedesse la sostituzione, nel suddetto articolo, della locuzione «l'uomo e la donna» con «tutti». Risposi che l'approccio mi sembrava molto opportuno, giacché non si trattava di un caso in cui i giudici potessero imporre le loro convinzioni personali ma piuttosto di un'ipotesi in cui fosse necessario proporre una riforma costituzionale²¹. Questo stesso è stato il filo conduttore della mia opinione dissenziente alla sentenza della Corte, che aveva introdotto una modifica costituzionale, rinnegando i requisiti prescritti per la sua riforma.

Rispetto all'art. 32 CE la sentenza riconosce che questo «non vuol dire che implicitamente venga accolto il matrimonio tra persone dello stesso sesso, se ci limitiamo a realizzare un'interpretazione letterale e sistematica, ma nemmeno vuol dire che venga escluso», evidenziando che non tutto ciò che la Costituzione non contempli sia necessariamente incostituzionale. «Ma è chiaro che lo sarà ciò che privi di ogni senso quello che in essa si dispone», sostenni nella mia opinione dissenziente.

La sentenza cerca sostegno nella esitante giurisprudenza di Strasburgo. Le sue risoluzioni riguardo l'art. 8 della Convenzione di Roma, condividono un concetto di libertà intesa come drastica autodeterminazione individuale²²; in questo caso, tuttavia, rilevante è l'art. 12 della Convenzione: «A partire dall'età adatta al matrimonio, l'uomo e la donna hanno diritto a sposarsi e a fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che disciplinano l'esercizio di questo diritto». Nel caso *Schalk e Kopf contro Austria*, del 24 giugno 2010, si riconosce che le parole dell'articolo citato «sono state scelte intenzionalmente; cosa che, considerando il contesto storico in cui la Convenzione fu adottata, porta a pensare che si riferiscano al matrimonio tra persone di sesso diverso». Ammette, tuttavia, che «non esiste consenso totale in Europa riguardo alla questione del matrimonio tra persone dello stesso sesso», per concludere che «l'art. 12 della Convenzione europea non può imporre, oggi, a nessuno Stato l'obbligo di consentire il matrimonio alle coppie omosessuali, ma nemmeno può far dedurre dal suo tenore letterale l'impossibilità di regolare il matrimonio tra persone dello stesso sesso».

Forse stanca dei comuni riferimenti idraulici (fonti, lacune ecc.) la Corte spagnola opta per un'argomentazione forestale con accento canadese. La Costituzione

²¹ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión consultiva de nombramientos*, lunedì 9 luglio 2012, X Legislatura, 2012 (144), pp. 14, 16 e 17.

²² A riguardo cfr. A. OLLERO, *El impacto del artículo 8 del Convenio de Roma*, in *Sobre la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, „Ideas” 4, ADEOS, Madrid, 2014, pp. 169-178.

sarebbe un «albero vivo», che «attraverso una *interpretazione evolutiva*, si adatta alle realtà della vita moderna come mezzo per assicurare la sua stessa rilevanza e legittimità»²³. La verità è che ho sempre pensato che la rilevanza e la legittimità di una Costituzione derivino dalla sua capacità di modellare la società a cui si rivolge, una volta esperiti i procedimenti di riforma che il suo testo prevede. Ho paura che il loro disprezzo possa *globalizzare un concetto congiunturale del politicamente corretto* ordito al di là delle esigenze costituzionali.

²³ STC 198/2012, 6 novembre, FFJJ 9, 8 e 12, paragrafo 3 della mia opinione dissenziente.

**MIJLOACE JURIDICE DE REALIZARE A DREPTURILOR
PĂRȚILOR CONTRACTULUI DE TRANSPORT DE BUNURI
ÎN REGLEMENTAREA CONVENȚIEI PRIVIND
TRANSPORTURILE FERROVIARE INTERNAȚIONALE (C.O.T.I.F.),
BERNA, 1980***

*Prof. univ. dr. Sevastian CERCEL**
Universitatea din Craiova,
Facultatea de Drept

*Prof. univ. dr. Ștefan SCURTU**
Universitatea din Craiova,
*Facultatea de Drept**

Abstract

C.I.M. uniform rules apply to any contract for the carriage of goods by rail, if the place of receipt of the goods and the place of delivery are located in two different Member States. CIM uniform rules may, when applying for accession to the Convention, declare that it will apply these Uniform Rules only to carriage on a part of the railway infrastructure situated in its territory. The carrier is liable for damage resulting from the total or partial loss and damage to the goods, which occurred from the time of receipt of the goods until delivery, as well as for damage resulting from exceeding the delivery time. Legal actions arising from the contract of carriage may be brought against the carrier, who shall be the subject of such an action.

Keywords: *transport of goods, rail transport, railway transport contract, carrier's liability, legal action against the carrier*

1. Aspecte preliminare

Dezvoltarea transportului feroviar în a doua jumătate a secolului XIX, faptul că transportul internațional pe calea ferată era supus incidenței a două sau mai multe legislații naționale, diversitatea legilor naționale în materie a făcut necesară adoptarea unor norme uniforme în domeniul transportului feroviar internațional.

În anul 1896 s-a încheiat, la Berna, Convenția internațională privind transportul de mărfuri pe căile ferate (prima din istoria transportului feroviar), pe baza unui proiect elaborat la Conferința internațională de la Berna din 1878.

Această convenție a fost revizuită de mai multe ori; în 1980, la Berna, a avut loc a opta revizuire a convenției.

Cu această ocazie, s-a încheiat, la Berna, Convenția cu privire la transporturile inter-naționale feroviare (această convenție este desemnată, de regulă, prin sigla C.O.T.I.F.)¹.

România a ratificat Convenția de la Berna, 1980, cu privire la transporturile feroviare internaționale, în anul 1983².

Până în prezent, Convenția de la Berna a fost modificată de trei ori:

- a) prin Protocolul de la Berna din 1990 (denumit uzual "Protocolul 1990");
- b) prin Protocolul de la Vilnius din 3 iunie 1999;
- c) prin Amendamentele din 29-30 septembrie 2015, adoptate la cea de-a 12-a sesiune a Adunării Generale a Organizației Interguvernamentale privind Transporturile Internaționale Feroviare (OTIF), desfășurată la Berna în perioada 29-30 septembrie 2015.

După modificările menționate anterior, unul dintre cele mai importante documente pe care le conține Convenția de la Berna privind transportul internațional pe căile ferate se numește Regulile uniforme privind Contractul de Transport Internațional Feroviar al Mărfurilor (C.I.M.), numite și Apendicele B la Convenție.

2. Domeniul de aplicare al Regulilor uniforme privind Contractul de Transport Internațional Feroviar al Mărfurilor (C.I.M.).

Regulile uniforme C.I.M. se aplică oricărui contract de transport feroviar de mărfuri, dacă locul de luare în primire a mărfii și locul prevăzut pentru livrare sunt situate în două state membre diferite; deci, prezintă importanță două aspecte: faptul că în temeiul contractului de transport mărfurile tranzitează cel puțin o frontieră (pentru că locul de luare în primire a mărfii și locul de livrare sunt situate în două state diferite) și faptul că cele două locuri sunt situate pe teritoriul unor state membre ale convenției. Nu prezintă relevanță sediul și naționalitatea părților la contractul de transport (art. 1 par. 1)³.

¹ Cu privire la scopul fundamental al C.O.T.I.F. și justificarea siglei, a se vedea Gh. Caraiani, S. Ion, *Transporturile feroviare*, Ed. Lumina Lex, 1998, p. 253.

² Decretul 100/28.03.1983 de ratificare a C.O.T.I.F. a fost publicat în B. Of. nr. 23 din 1 aprilie 1983.

³ Articolele menționate în această lucrare, fără a se arăta reglementarea, se referă la Regulile uniforme CIM.

De asemenea, Regulile uniforme sunt aplicabile în următoarele cazuri:

a) dacă locul de luare în primire a mărfii și locul prevăzut pentru livrare sunt situate în două state diferite din care cel puțin unul este stat membru, dar numai dacă părțile la contract au convenit în acest sens;

b) dacă un transport internațional care face obiectul unui contract unic include, în completarea unui transport transfrontalier feroviar, un transport rutier sau pe căi navigabile interioare în trafic intern al unui stat membru;

c) dacă un transport internațional care face obiectul unui contract unic include, în completare la transportul feroviar, un transport maritim sau un transport transfrontalier pe căi navigabile interioare, dar numai dacă transportul maritim sau transportul pe căile navigabile interioare este efectuat pe liniile înscrise în lista liniilor prevăzute la art. 24 par. 1 din Convenție, referitor la listele de linii sau servicii.

Prin excepție, Regulile uniforme C.I.M. nu se aplică transporturilor efectuate între stații situate pe teritoriul unor state limitrofe, atunci când infrastructura acestor stații este gestionată de unul sau mai mulți gestionari de infrastructură care aparțin unuia și aceluiași dintre aceste state.

Fiecare stat, Parte a unei convenții privind transportul internațional feroviar direct de mărfuri și de natură comparabilă cu Regulile uniforme C.I.M., poate, atunci când adresează o cerere de aderare la Convenție, să declare că nu va aplica aceste Reguli uniforme decât transporturilor efectuate pe o parte a infrastructurii feroviare situată pe teritoriul său. Aceasta parte a infrastructurii feroviare trebuie să fie definită precis și să fie legată la infrastructura feroviara a unui stat membru. Atunci când un stat a făcut declarația sus-menționată, aceste Reguli uniforme nu se aplică decât cu condiția:

a) ca locul de preluare a mărfii sau locul de livrare precum și itinerarul prevăzut în contractul de transport să fie situate pe infrastructura desemnată sau

b) ca infrastructura desemnată să lege infrastructura a două state membre și ca ea să fi fost prevăzută în contractul de transport ca itinerar pentru un transport de tranzit.

Statul care a făcut o declarație precum cea arătată anterior (în conformitate cu art. 1 § 6 din Regulile uniforme C.I.M.), poate să renunțe la ea în orice moment prin informarea depozitarului. Aceasta renunțare are efect la o lună de la data la care depozitarul a făcut-o cunoscută statelor membre.

3. Răspunderea transportatorului feroviar în reglementarea Regulilor uniforme C.I.M.

3.1. Temeiul răspunderii

Potrivit art. 23, transportatorul este răspunzător pentru paguba care rezultă din pierderea totală sau parțială și din avarierea mărfii, survenite din momentul

luării în primire a mărfii până la livrare, precum și pentru paguba care rezultă din depășirea termenului de livrare.

Răspunderea transportatorului pentru pierderea totală sau parțială a mărfii și pentru avarierea acesteia are ca premisă prezumția că transportatorul nu și-a îndeplinit obligația de conservare a mărfii între momentul predării ei de către expeditor și momentul în care este livrată destinatarului sau pusă la dispoziția sa.

Dreptul român. Regulamentul privind transportul pe căile ferate din România⁴ are prevederi identice cu cele cuprinse în Regulile uniforme C.I.M. în ce privește temeiul răspunderii transportatorului și instituirea prezumției relative de răspundere a acestuia; astfel, potrivit art. 60 alin. (1) din acest regulament „Operatorul de transport feroviar este răspunzător pentru paguba care rezultă din pierderea totală sau parțială și din avarierea mărfii survenită din momentul încheierii contractului de transport și până la eliberarea expediției, precum și pentru paguba care rezultă din depășirea termenului de executare a contractului de transport”.

3.2. Răspunderea pentru pierderea mărfii

Regulile C.I.M. instituie prezumția de pierdere a mărfii când ea nu a fost livrată destinatarului sau ținută la dispoziția sa în 30 de zile de la expirarea termenului de livrare (art. 29)⁵.

Conform art. 30, în caz de pierdere totală sau parțială a mărfii, transportatorul trebuie să plătească o despăgubire ce reprezintă prejudiciul efectiv, excluzând orice alte daune-interese, adică beneficiul nerealizat; criteriile după care se

⁴ Regulamentul privind transportul pe căile ferate din România a fost aprobat prin O.G. nr. 7/2005, publicată în M. Of. nr. 101 din 31 ianuarie 2005. A fost republicat în temeiul Legii nr. 110/2006 privind aprobarea O.G. nr. 7/2005, publicată în M. Of. nr. 408 din 11 mai 2006, dându-se textelor o nouă numerotare. Regulamentul privind transportul pe căile ferate din România a fost modificat prin O.G. nr. 26/2014, publicată în M. Of. nr. 632 din 29 august 2014. (<http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocumentAfis/161032>).

⁵ Art. 29, care reglementează prezumția de pierdere a mărfii, prevede și dreptul persoanei care a primit plata despăgubirii pentru marfa pierdută de a solicita în scris să fie informată fără întârziere în cazul în care marfa este regăsită în cursul anului care urmează plății despăgubirii. Transportatorul are obligația să răspundă în scris acestei solicitări. În cele treizeci de zile care urmează primirii înștiințării, persoana în drept poate solicita ca marfa să-i fie livrată contra plății creanțelor rezultând din scrisoarea de trăsură și contra restituirii despăgubirii primite din care se scad, dacă este cazul, cheltuielile care ar fi fost incluse în aceasta despăgubire. Totuși, persoana respectivă își păstrează drepturile la despăgubire pentru depășirea termenului de livrare, astfel cum sunt reglementate de Regulile CIM. În lipsa solicitării persoanei în drept privind informarea în scris fără întârziere în cazul în care marfa este regăsită sau a instrucțiunilor persoanei în drept date în termenul prescris de reguli sau dacă marfa este regăsită la mai mult de un an de la plata despăgubirii, transportatorul dispune în conformitate cu legile și prescripțiile în vigoare din locul în care se găsește marfa.

calculează valoarea mărfii pierdute, stabilite de art. 40, sunt următoarele: prețul de la bursă sau, în lipsa acestuia, prețul curent de pe piață, iar în lipsa ambelor, după valoarea uzuală a mărfurilor de aceeași natură și calitate, în ziua și locul unde marfa a fost luată în primire.

Despăgubirea pentru marfa pierdută, la care poate fi obligat transportatorul, nu poate depăși 17 unități de cont (Drepturi Speciale de Tragere, conform art. 9 din C.O.T.I.F.) per kilogramul lipsă din masa brută⁶.

Pentru pierderea unui vehicul feroviar care rulează pe roți proprii și care este predat la transport ca marfă, sau a unei unități de transport intermodal, sau a părților lor, despăgubirea este reglementată de art. 30 par. 3⁷.

⁶ Convenția privind transporturile internaționale feroviare (C.O.T.I.F.) definește unitatea de cont, utilizată în cazul statelor care sunt membre ale Fondului Monetar Internațional (F.M.I.), stabilește obligațiile statelor care nu sunt membre ale F.M.I. și modul în care se realizează conversia unității de cont în moneda națională a statului unde își are sediul tribunalul sesizat. Astfel: potrivit art. 9 par. 1 din Convenție, unitatea de cont, la care se referă Regulile uniforme CIM, reprezintă Dreptul de tragere special (D.S.T.) așa cum este definit de F.M.I. Valoarea în Drept de tragere special a monedei naționale a unui stat membru al C.O.T.I.F. care este și membru al F.M.I. se calculează în conformitate cu metoda aplicată de F.M.I. pentru propriile operațiuni și tranzacții. Potrivit art. 9 par. 3 din Convenție, dacă un stat membru al C.O.T.I.F. nu este membru al F.M.I., valoarea în Drept de tragere special a monedei naționale se calculează după metoda stabilită de statul respectiv. Acest calcul trebuie să exprime, în moneda națională, o valoare reală cât mai apropiată posibil de valoarea care ar rezulta prin aplicarea art. 9 par. 2 din Convenție. Potrivit art. 9 par. 4 din Convenție, pentru un stat membru care nu este membru al F.M.I. și a cărui legislație nu permite aplicarea art.9 par. 2 sau par. 3 din C.O.T.I.F., unitatea de cont se considera ca fiind egală cu trei franci aur. Francul aur este definit prin 10/31 la un gram de aur cu un titlu de aliaj de 0,900. Transformarea francului aur trebuie să exprime în moneda națională o valoare reală cât mai apropiată posibil de cea care ar rezulta prin aplicarea art. 9 par. 2 din C.O.T.I.F. Potrivit art. 9 par. 5 din C.O.T.I.F., în termen de trei luni de la intrarea în vigoare a Convenției și de fiecare dată când se produce o schimbare a metodei lor de calcul sau a valorii monedei lor naționale, în raport cu unitatea de cont, statele vor comunica secretarului general metoda lor de calcul în conformitate cu art. 9 par. 3 din C.O.T.I.F. sau rezultatele conversiei în conformitate cu art. 9 par. 4 din C.O.T.I.F.. Acesta din urmă va notifica celelalte state membre asupra acestor informații. Potrivit art. 9 par. 6 din C.O.T.I.F., o sumă exprimată în unități de cont este transformată în moneda națională a statului unde își are sediul tribunalul sesizat. Conversia se efectuează la valoarea pe care moneda corespunzătoare o are la data când s-a pronunțat decizia judecătorească sau la o dată convenită de părți. Pentru justificarea introducerii unei monede de calcul comună (D.S.T.-ul), în cazul țărilor care iau parte la C.O.T.I.F., a se vedea O. Căpățână, Gh. Stancu, *Dreptul transporturilor. Partea specială*, Ed. Lumina Lex, 2002, p. 43.

⁷ Potrivit art. 30 par. 3, în caz de pierdere a unui vehicul feroviar care rulează pe roți proprii și care este predat la transport ca marfă sau a unei unități de transport intermodal, sau a părților lor, despăgubirea este limitată, excluzând orice alte daune-interese, la valoarea uzuală a vehiculului sau a unității de transport intermodal sau a pieselor lor, în locul și momentul pierderii. Dacă este imposibil să se constate în ziua sau la locul pierderii, despăgubirea este limitată la valoarea uzuală în ziua și locul luării în primire. Pentru cazul în care obiectul transportului îl constituie un vehicul feroviar care rulează pe roți proprii sau o unitate de transport intermodal nu mai este prevăzut pragul maxim de 17 unități de cont per kilogramul lipsă din masa brută.

Pe lângă plata pagubei efective, transportatorul trebuie să restituie prețul de transport, tarifele vamale achitate și celelalte sume cheltuite în legătură cu transportul mărfii pierdute.

În cazul în care părțile au prevăzut clauze contractuale prin care au agravat răspunderea transportatorului pentru pierderea mărfii (clauze permise în temeiul art. 5), despăgubirea la care va fi obligat acesta va fi sporită conform celor convenite de părți. În acest sens, părțile pot folosi mecanismul declarării valorii mărfii sau pe cel al declarării interesului la livrare⁸.

Dreptul român. Regulamentul privind transportul pe căile ferate din România are prevederi asemănătoare în ce privește modul de calcul al despăgubirii, limitele despăgubirii și restituirea celorlalte sume cheltuite de client cu ocazia transportului mărfii pierdute; astfel, potrivit art. 63(2) din acest regulament, în caz de pierdere totală sau parțială a mărfii, operatorul de transport feroviar trebuie să plătească, excluzând alte daune-interese, o despăgubire calculată după factură sau după prețul curent al mărfii, iar în lipsa acestora, după prețul mărfurilor de aceeași natură și calitate, la locul și data la care marfa a fost primită la transport. Despăgubirea nu poate depăși valoarea pe kilogram brut de marfă lipsă, stabilită prin Normele uniforme. În afară de aceasta, operatorul de transport feroviar trebuie să restituie tariful de transport, taxele vamale și celelalte sume plătite de client cu ocazia transportului mărfii pierdute.

3.3. Răspunderea pentru avarierea mărfii

În caz de avarie a mărfii, adică atunci când marfa ajunge la destinație depreciată calitativ, în totalitate sau doar parțial, transportatorul trebuie să plătească o despăgubire echivalentă cu deprecierea mărfii (deci, paguba efectivă), excluzând orice alte daune-interese. Suma despăgubirii este calculată aplicând la valoarea mărfii (stabilită conform art. 30) procentajul de depreciere constatat la locul de destinație.

Despăgubirea pentru avarierea mărfii nu poate depăși:

a) valoarea pe care ar fi atins-o în caz de pierdere totală, dacă expediția este depreciată în totalitate prin avariere;

⁸ Potrivit art. 34, expeditorul și transportatorul pot conveni ca expeditorul să declare în scrisoarea de trăsură o valoare a mărfii care depășește limita menționată în Regulile CIM, caz în care suma declarată se substituie acestei limite. De asemenea, potrivit art. 35, expeditorul și transportatorul pot conveni ca expeditorul să înscrie în scrisoarea de trăsură suma în cifre a unui interes special la livrare, în caz de pierdere sau avariere a mărfurilor și pentru depășirea termenului de livrare. În caz de declarare a interesului la livrare, poate fi cerută, pe lângă despăgubirile obișnuite prevăzute de Regulile uniforme, repararea pagubei suplimentare probate până la conurența sumei declarate.

b) valoarea pe care ar fi atins-o în caz de pierdere a părții depreciate, dacă numai o parte a expediției este depreciată prin avariere.

În caz de avariere a unui vehicul feroviar care rulează pe roți proprii și care este predat la transport ca marfă sau a unei unități de transport intermodal, sau piese ale lor, despăgubirea este limitată la costul de repunere în funcțiune, excluzând orice alte daune-interese. Despăgubirea nu poate depăși suma datorată în caz de pierdere.

Pe lângă plata pagubei efective pentru avariere, transportatorul trebuie să restituie prețul de transport, tarifele vamale achitate și celelalte sume cheltuite în legătură cu transportul mărfii avariate, aceste cheltuieli fiind considerate ca făcând parte din prejudiciul efectiv suferit⁹.

În cazul în care părțile au prevăzut clauze contractuale prin care au agravat răspunderea transportatorului pentru avarierea mărfii (clauze permise în temeiul art. 5), despăgubirea la care va fi obligat acesta va fi sporită conform celor convenite de părți, întocmai precum în cazul răspunderii pentru pierderea mărfii. Și în acest caz, părțile pot folosi mecanismul declarării valorii mărfii sau pe cel al declarării interesului la livrare.

Dreptul român. Regulamentul privind transportul pe căile ferate din România are prevederi identice în ce privește răspunderea transportatorului pentru avarierea mărfii; astfel, potrivit art. 63 alin. (3) din acest regulament, operatorul de transport feroviar trebuie să plătească o despăgubire echivalentă cu avarierea mărfii, fără alte daune-interese. Suma se calculează aplicând la valoarea mărfii stabilite potrivit dispozițiilor privind pierderea mărfii procentul de avariere constatat. Despăgubirea nu poate depăși:

a) dacă marfa este integral avariata, suma la care s-ar fi ajuns în caz de pierdere totală;

b) dacă numai o parte din marfă este avariata, suma la care s-ar fi ajuns în caz de pierdere a părții avariate. Operatorul de transport feroviar trebuie să restituie, în plus, în proporția determinată de procentul de avariere, tarifele prevăzute de dispozițiile privind pierderea mărfii.

3.4. Răspunderea pentru depășirea termenului de livrare

Regulile uniforme C.I.M. consacră regula că termenul de livrare a mărfii este cel convenit de expeditor și transportator, iar în lipsa unei convenții a părților contractante acest termen nu poate depăși pe cel prevăzut în mod expres de art. 16.

⁹ D.A. Sitaru, C.P. Buglea, Ș.A. Stănescu, *Dreptul comerțului internațional. Partea specială. Tratat*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 375.

Termenul de livrare începe să curgă după luarea în primire a mărfii și este prelungit cu durata staționării intervenite fără vina imputabilă transportatorului. Termenul de livrare este suspendat în zilele de duminică și de sărbători legale.

Regula este că dacă din depășirea termenului de livrare, rezultă o pagubă, inclusiv o avarie, transportatorul trebuie să plătească o despăgubire care nu poate depăși de patru ori prețul de transport (art. 33 par. 1).

Prin excepție, despăgubirea pentru depășirea termenului de livrare poate depăși limita arătată mai sus în următoarele situații:

a) atunci când termenul de livrare este stabilit prin convenție, aceasta poate prevedea și alte modalități de despăgubire decât cele prevăzute de regulă. În acest caz, dacă termenele de livrare sunt depășite, persoana în drept poate pretinde fie despăgubirea prevăzută prin convenție, fie pe cea prevăzută de art. 33 par. 1-5;

b) atunci când părțile au înscris în convenție un interes special la livrare, conform art. 35; în acest caz, poate fi cerută, pe lângă despăgubirile pentru depășirea termenului de livrare, repararea pagubei suplimentare probate până la concurența sumei declarate.

Referitor la cumulul dintre despăgubirea pentru depășirea termenului de livrare și despăgubirea pentru pierderea sau avarierea mărfii, art. 33 prevede următoarele:

a) în caz de pierdere totală a mărfii, despăgubirea prevăzută pentru depășirea termenului de livrare nu se cumulează cu cea prevăzută pentru pierderea sau avarierea mărfii; transportatorul va răspunde numai pentru pierderea mărfii;

b) în caz de pierdere parțială a mărfii, despăgubirea prevăzută pentru depășirea termenului de livrare nu poate depăși de patru ori prețul de transport al părții nepierdute a expediției; deci, transportatorul va plăti pe lângă această despăgubire și pe cea datorată pentru marfa pierdută;

c) în caz de avariere a mărfii, care nu rezultă din depășirea termenului de livrare, despăgubirea prevăzută pentru depășirea termenului de livrare se cumulează, dacă este cazul, cu cea prevăzută pentru avarierea mărfii; dacă avarierea mărfii rezultă din depășirea termenului de livrare, transportatorul va plăti numai despăgubirea pentru depășirea termenului de livrare;

d) cumulul despăgubirii prevăzută pentru depășirea termenului de livrare cu cea prevăzută pentru pierderea sau avarierea mărfii nu poate depăși despăgubirea care ar fi datorată în caz de pierdere totală a mărfii.

Dreptul român. Regulamentul privind transportul pe căile ferate din România are prevederi diferite în ce privește răspunderea transportatorului pentru depășirea termenului de livrare, prevederile din Regulile uniforme C.I.M. prevăzând limite mai mari ale cuantumului unei asemenea despăgubiri; astfel, potrivit art. 63 alin. (4) din Regulamentul CFR, în caz de depășire a termenului de executare a contractului de transport, operatorul de transport feroviar este obligat să plătească 2% din tariful de

transport pentru fiecare zi de întârziere, fără ca suma totală să poată depăși jumătate din tariful de transport. Dacă se face dovada că a rezultat un prejudiciu din cauza întârzierii, se va plăti pentru acesta o despăgubire ce nu poate depăși tariful de transport.

În schimb, Regulamentul privind transportul pe căile ferate din România are prevederi identice cu cele ale Regulilor uniforme C.I.M. în ce privește cumulul despăgubirilor pentru depășirea termenului de executare a contractului de transport cu cele care trebuie plătite în caz de pierdere totală sau parțială a mărfurilor și în ce privește dreptul operatorului de transport feroviar de a stabili cu clienții săi, prin convenții, alte modalități de despăgubire pentru depășirea termenului de executare a contractului de transport; astfel, potrivit art. 63 alin. (4) din Regulamentul CFR, despăgubirile pentru depășirea termenului de executare a contractului de transport nu se pot cumula cu cele care trebuie plătite în caz de pierdere totală sau parțială a mărfurilor. În caz de pierdere parțială, ele se vor plăti, dacă este cazul, numai pentru marfa nepierdută. Despăgubirile pentru depășirea termenului de executare a contractului de transport, în caz de avariere, se cumulează, dacă este cazul, cu despăgubirea prevăzută pentru avariere. Numai depășirea termenului total de executare a contractului de transport dă dreptul la despăgubire. Operatorul de transport feroviar poate să stabilească cu clienții săi, prin convenții, alte modalități de despăgubire pentru depășirea termenului de executare a contractului de transport.

3.5. Limitele de răspundere prevăzute de Regulile uniforme C.I.M.

Așa cum am arătat mai sus, Regulile uniforme C.I.M. stabilesc limite de răspundere pentru transportator în următoarele cazuri:

- a) în cazul pierderii mărfii (art. 30);
- b) în cazul avarierii mărfii (art. 32); c) în cazul depășirii termenului de livrare a mărfii (art. 32).

Pe lângă aceste limite de răspundere, reglementate în titlul III, denumit „Răspunderea”, Regulile uniforme C.I.M. stabilesc limite de răspundere și în următoarele cazuri:

a) în cazul pierderii sau utilizării incorecte a documentelor menționate în scrisoarea de trăsură (potrivit art. 15 par. 3, transportatorul este răspunzător pentru consecințele pierderii sau utilizării incorecte a documentelor menționate în scrisoarea de trăsură și care o însoțesc sau care îi sunt înmânate, dar eventuala despăgubire nu o poate depăși pe cea prevăzută în cazul pierderii mărfii);

b) în cazul neexecutării sau executării defectuoase a unei modificări ulterioare a contractului de transport de către expeditor sau destinatar (potrivit art. 19 par. 6, în caz de culpă a transportatorului, acesta este răspunzător pentru consecințele

neexecutării sau executării defectuoase a unei modificări ulterioare. Eventuala despăgubire nu o poate depăși pe cea prevăzută în caz de pierdere a mărfii. Tot astfel, transportatorul care dă curs modificărilor ulterioare cerute de expeditor, fără să ceară prezentarea duplicatului scrisorii de trăsură, este răspunzător față de destinatar pentru paguba care rezultă de aici, dacă duplicatul scrisorii de trăsură i-a fost transmis acestuia din urmă; totuși, eventuala despăgubire nu trebuie să o depășească pe cea prevăzută în caz de pierdere a mărfii (art. 19 par. 7).

3.6. Decăderea transportatorului din dreptul de a invoca limitele de răspundere

Potrivit art. 36, limitele de răspundere prevăzute de Regulile uniforme nu se aplică dacă este dovedit dolul (paguba rezultă în urma unui act sau unei omisiuni comisă de transportator cu intenția de a provoca o astfel de pagubă) sau culpa gravă a transportatorului (paguba rezultă în urma unui act sau unei omisiuni comisă de transportator în mod temerar și în cunoștință de cauză că ar putea rezulta o astfel de pagubă).

Dreptul român. Regulamentul privind transportul pe căile ferate din România are prevederi identice în ce privește decăderea transportatorului din dreptul de a invoca limitele de răspundere în cazul dolului și culpei grave. Astfel, potrivit art. 63 alin. (5) din acest regulament, operatorul de transport feroviar este supus decăderii din dreptul de a invoca limitele de responsabilitate prevăzute de regulament, dacă s-a dovedit că prejudiciul a rezultat dintr-un fapt comis de acesta cu intenția de a provoca un astfel de prejudiciu.

3.7. Exonerarea de răspundere a transportatorului

Prezumția de culpă a transportatorului instituită de art. 23 pentru paguba ce rezultă din pierderea totală sau parțială și din avarierea mărfii, survenite din momentul luării în primire a mărfii până la livrare, precum și pentru paguba care rezultă din depășirea termenului de livrare este relativă. Prin urmare, pentru a fi exonerat de răspundere transportatorul poate să facă dovada existenței unor cauze de exonerare de răspundere, pe care doctrina le-a clasificat în cauze de exonerare de răspundere generale și cauze de exonerare de răspundere specifice¹⁰.

Potrivit art. 23 par. 2, transportatorul este exonerat de răspundere în măsura în care pierderea, avaria sau depășirea termenului de livrare a avut drept cauză:

- a) o greșeală a persoanei îndreptățită să dispună de marfă;

¹⁰ D.A. Sitaru, C.P. Buglea, Ș.A. Stănescu, *op. cit.*, p. 377-378. Pentru o clasificare a cauzelor de exonerare de răspundere a transportatorului român în cauze străine și riscuri speciale inerente transportului de mărfuri pe calea ferată, a se vedea C. Stanciu, *Dreptul transporturilor. Contracte de transport de bunuri*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 210.

- b) o dispoziție a persoanei îndreptățită să dispună de marfă care nu rezultă dintr-o greșeală a transportatorului;
- c) un viciu propriu al mărfii (de pildă: deteriorare interioară, deșeu etc.);
- d) împrejurări pe care transportatorul nu putea să le evite și ale căror consecințe nu putea să le preîntâmpine (acestea sunt cele considerate în doctrină cauze de exonerare de răspundere generale).

Dreptul român. Regulamentul privind transportul pe căile ferate din România are prevederi identice în ce privește cauzele de exonerare de răspundere cu caracter general; astfel, potrivit art. 61 alin. (3) din acest regulament, operatorul de transport feroviar este scutit de răspundere dacă:

- a) pierderea, avarierea sau depășirea termenului contractului de transport a avut drept cauză o culpă a clientului;
- b) o dispoziție a acestuia care nu a rezultat dintr-o culpă a operatorului de transport feroviar;
- c) un viciu propriu al mărfii (cum ar fi: deteriorare anterioară, pierdere de masă sau de calitate și altele similare);
- d) alte împrejurări care nu pot fi puse în culpa operatorului de transport feroviar;
- e) se constată diferență între cântarul folosit la primirea mărfurilor spre transport și cel folosit la eliberarea către destinatar, atunci când lipsa este evident nereală, se datorează expeditorului sau se încadrează în toleranța de +/-2%.

Regulile uniforme C.I.M. De asemenea, potrivit art. 23 par. 3 din Regulile uniforme C.I.M., transportatorul este exonerat de răspundere în măsura în care pierderea sau avaria rezultă din riscuri specifice inerente unuia sau mai multor fapte enumerate în mod expres (cauze de exonerare de răspundere specifice):

- a) transport efectuat în vagon descoperit, în baza condițiilor generale de transport sau când acesta a fost în mod expres convenit și înscris în scrisoarea de trăsură; sub rezerva pagubelor pe care le-ar suferi ca urmare a influențelor atmosferice, nu sunt considerate ca fiind transportate în vagon descoperit, mărfurile transportate în unități de transport intermodal și în vehicule rutiere închise transportate pe vagoane¹¹;
- b) lipsa sau defectuoșitatea ambalajului pentru mărfurile expuse prin natura lor la pierderi sau avarii, atunci când ele nu sunt ambalate sau sunt ambalate în mod necorespunzător;

¹¹ Dacă, pentru transportul mărfurilor în vagoane descoperite, expeditorul utilizează prelate, transportatorul își asumă aceeași răspundere ca aceea care îi incumba pentru transportul în vagoane descoperite fără prelate, chiar dacă este vorba de mărfuri care, în conformitate cu Condițiile generale de transport, nu sunt transportate în vagoane descoperite (art. 23 par. 3).

- c) încărcarea mărfurilor de către expeditor sau descărcarea de către destinatar;
- d) natura anumitor mărfuri expuse din cauze inerente naturii lor la pierdere totală sau parțială sau la avarie, mai ales prin spargere, ruginire, deteriorare interioară și spontană, deshidratare, diminuare;
- e) desemnare sau numerotare incorectă, inexactă sau incompleta a coletelor;
- f) transport de animale vii;
- g) transport care, în baza prevederilor aplicabile sau a convențiilor între expeditor și transportator și indicate în scrisoarea de trăsură, trebuie efectuat sub escortă, dacă pierderea sau avaria rezultă dintr-un risc pe care escorta avea ca scop să-l evite.

Dreptul român. Și în privința cauzelor de exonerare de răspundere specifice, Regulamentul privind transportul pe căile ferate din România are prevederi identice, în principiu; astfel, potrivit art. 61 (4) din acest regulament, operatorul de transport feroviar este scutit de răspundere și în cazul în care pierderea, avarierea mărfii sau depășirea termenului contractului de transport este provocată din vina clientului, în următoarele cazuri:

- a) cauzele naturale inerente transportului în vehicule deschise, fie și acoperite cu prelate, potrivit dispozițiilor aplicabile sau înțelegerilor încheiate între expeditor și operatorul de transport feroviar și menționate în scrisoarea de trăsură;
- b) lipsa sau ambalajul necorespunzător pentru mărfurile care, prin natura lor, sunt expuse la pierderi din masă sau la avarii, dacă nu sunt ambalate ori sunt necorespunzător ambalate;
- c) operațiile de încărcare, transbordare/transvazare sau de descărcare executate de expeditor ori de destinatar;
- d) îndeplinirea de către expeditor, destinatar, comisionar vamal sau de către alt mandatar a formalităților cerute de organele vamale ori de alte autorități administrative;
- e) din cauze inerente înseși naturii mărfii, la pierderea totală sau parțială și la avarie, îndeosebi prin spargere, ruginire, deteriorare interioară și spontană, uscare, împrăștiere, scăderea naturală a masei;
- f) declararea incorectă, inexactă sau incompletă a mărfurilor excluse de la transport ori admise în anumite condiții sau nerespectarea de către expeditor a măsurilor stabilite pentru mărfurile admise în anumite condiții;
- g) transportul care, potrivit dispozițiilor aplicabile sau înțelegerilor încheiate între expeditor și operatorul de transport feroviar și menționate în scrisoarea de trăsură, trebuie să fie efectuat cu însoțitor, dacă pierderea sau avarierea rezultă dintr-un risc pe care însoțirea avea drept scop să îl evite;
- h) transportul de animale sau de păsări vii.

Regulile uniforme C.I.M.. În cazul unei pagube rezultate din pierderea sau utilizarea incorectă a documentelor menționate în scrisoarea de trăsură și care o însoțesc sau care îi sunt înmânate, transportatorul este exonerat de răspundere când pierderea sau paguba ocazionată de utilizarea incorectă a documentelor a fost cauzată de împrejurări pe care transportatorul nu putea să le evite și ale căror consecințe nu le putea preîntâmpina (art. 15 par. 3).

Dreptul român. Regulamentul privind transportul pe căile ferate din România are prevederi identice și în privința exonerării de răspundere când pierderea sau paguba a fost ocazionată de utilizarea incorectă a documentelor; astfel, potrivit art. 48 (5) din acest regulament, operatorul de transport feroviar este răspunzător pentru consecințele pierderii sau utilizării incorecte a documentelor menționate în scrisoarea de trăsură și care o însoțesc sau care îi sunt înmânate, cu excepția cazului când pierderea sau paguba ocazionată de utilizarea incorectă a documentelor a fost cauzată de împrejurări pe care operatorul de transport feroviar nu putea să le evite și ale căror consecințe nu le putea preîntâmpina.

4. Mijloace juridice de exercitare a drepturilor părților contractului de transport de bunuri în reglementarea Regulilor uniforme C.I.M.

4.1. Aspecte prealabile

Potrivit art. 41, în toate cazurile în care sunt aplicabile Regulile uniforme C.I.M., orice acțiune în justiție privind răspunderea poate fi introdusă împotriva transportatorului numai în condițiile și limitele acestor Reguli. Aceste condiții și limite sunt valabile și pentru acțiunile în justiție introduse împotriva agenților și a altor persoane față de care transportatorul este răspunzător în baza dispozițiilor C.I.M.¹².

Condiția necesară promovării acțiunii în justiție, în baza Regulilor C.I.M., este încheierea unui proces-verbal de constatare în situația în care pierderea parțială sau avaria este descoperită sau presupusă de transportator sau existența acesteia este susținută de persoana în drept; transportatorul are obligația să întocmească fără întârziere și, dacă este posibil, în prezența persoanei în drept, procesul-verbal care să constate, în conformitate cu natura pagubei, starea mărfii, masa sa și, pe

¹² Art. 40 al Regulilor CIM, având ca titlu „Persoane pentru care răspunde transportatorul”, arată că transportatorul feroviar răspunde pentru agenții săi și pentru alte persoane la serviciile cărora recurge pentru executarea transportului atunci când acești agenți sau aceste alte persoane acționează în exercițiul funcțiunii lor. Gestionarii infrastructurii feroviare pe care este efectuat transportul sunt considerați drept persoane la ale căror servicii transportatorul recurge pentru executarea transportului.

cât posibil, importanța pagubei, cauza și momentul în care s-a produs¹³. O copie a procesului-verbal de constatare trebuie să fie remisă gratuit persoanei în drept. Când persoana în drept nu acceptă constatările din procesul-verbal, poate solicita ca starea și masa mărfii, precum și cauza și valoarea pagubelor să fie constatate de un expert numit de părțile la contractul de transport sau pe cale judecătorească. Procedura numirii expertului este supusă legilor și prescripțiilor statului unde a avut loc constatarea pagubei (art. 42).

Dreptul român. În mod similar, Regulamentul privind transportul pe căile ferate din România prevede, în art. 64 alin. (1), că în toate cazurile în care se aplică acest regulament, orice acțiune privind răspunderea, cu orice titlu ar fi, poate fi exercitată împotriva operatorului de transport feroviar numai în condițiile și limitele regulamentului.

4.2. Reclamații prealabile

Potrivit art. 43 din Regulile C.I.M., persoanele care au dreptul de a-l acționa în justiție pe un transportator au și dreptul de a se adresa mai întâi acestuia cu o reclamație scrisă. Regulile C.I.M. reglementează reclamația doar ca pe un mijloc de rezolvare amiabilă a litigiului, nu ca pe o condiție prealabilă necesară promovării acțiunii în justiție; acest aspect rezultă chiar din dispozițiile Regulilor C.I.M.; astfel, art. 37, reglementând cuantumul dobânzilor, dispune că acestea se calculează începând din ziua reclamației prevăzute de art. 43 sau, dacă nu a existat o astfel de reclamație, din ziua acționării în justiție.

Dreptul român. Regulamentul privind transportul pe căile ferate din România are prevederi diferite în ce privește caracterul reclamației adresate transportatorului de persoana îndreptățită, reglementând-o ca pe o condiție prealabilă necesară promovării acțiunii în justiție; astfel, potrivit art. 64 alin. (3) din acest regulament, reclamațiile administrative rezultate din contractul de transport al mărfurilor sunt obligatorii și trebuie adresate operatorului de transport feroviar, în scris, în termen de 3 luni de la data încheierii contractului de transport. Reclamația se depune separat pentru fiecare expediție.

Regulile uniforme C.I.M.. Potrivit Regulilor C.I.M., reclamația persoanei îndreptățite are ca efect suspendarea termenului de prescripție până în ziua în

¹³ Cu privire la încheierea procesului-verbal de constatare a pierderii sau avarierii mărfurilor transportate, a se vedea Gh. Caraiani, Stancu Ion, *Transporturile feroviare*, Ed. Lumina Lex, București, 1998, p. 319.

care transportatorul respinge reclamația în scris și restituie documentele care au fost anexate la aceasta (art. 48 par.3); de asemenea, din ziua în care adresează reclamația, persoana în drept poate pretinde dobânzi la despăgubirea la care va fi obligat transportatorul (art. 37 par. 2).

Pentru a prezenta reclamația, expeditorul trebuie să prezinte duplicatul scrisorii de trăsură, în original sau în copie, dacă este cazul, a cărei conformitate este legal certificată, dacă transportatorul solicită acest lucru; regula este aplicabilă și pentru celelalte documente pe care persoana în drept considera necesar să le anexeze reclamației. În lipsa duplicatului scrisorii de trăsură, expeditorul trebuie să prezinte autorizarea destinatarului sau să aducă dovada ca acesta a refuzat expediția. La rândul său, destinatarul, pentru a prezenta reclamația, trebuie să prezinte scrisoarea de trăsură, dacă aceasta i-a fost remisă, în original sau în copie, cu respectarea regulii menționate mai sus.

În cursul soluționării reclamației, transportatorul poate solicita prezentarea scrisorii de trăsură în original, a duplicatului sau a buletinului de ramburs, pentru a înscrie în acestea constatările soluționării.

Dreptul român. Regulamentul privind transportul pe căile ferate din România are prevederi identice cu cele ale Regulilor C.I.M. atât în ce privește efectul reclamației administrative asupra prescripției dreptului la acțiune, cât și în ce privește documentele care trebuie prezentate odată cu introducerea reclamației administrative. Astfel, potrivit art. 68 alin. (4) din Regulamentul CFR, în caz de reclamație administrativă, formulată în conformitate cu prevederile regulamentului, adresată operatorului de transport feroviar, prescripția se suspendă până la soluționarea acesteia, dar nu mai mult de 3 luni de la data introducerii ei. În caz de acceptare parțială a reclamației, prescripția reîncepe să curgă pentru partea de reclamație care rămâne în litigiu. Dovada primirii reclamației sau a răspunsului, precum și cea a restituirii documentelor sunt în sarcina părților care invocă acest fapt. Reclamațiile ulterioare având același obiect nu suspendă prescripția. Iar potrivit art. 64 alin. (5) din Regulamentul CFR, în cazul expedițiilor de marfă, pentru despăgubiri privind pierderea sau avarierea, când reclamația este făcută de expeditor, acesta trebuie să prezinte duplicatul scrisorii de trăsură. Când este făcută de destinatar, acesta trebuie să prezinte unicatul scrisorii de trăsură. Reclamantul este obligat să depună, odată cu reclamația și exemplarul corespunzător al scrisorii de trăsură, și celelalte acte doveditoare, necesare pentru a justifica temeinicia reclamației, inclusiv cele de constatare a pagubei, în original sau în copii legalizate [art. 64 alin. (6) din Regulamentul CFR]. În momentul soluționării reclamației, operatorul de transport feroviar va cere să i se prezinte, în original, unicatul scrisorii de trăsură sau, după caz, duplicatul, pentru a menționa pe el modul cum s-a soluționat reclamația [art. 64 alin. (7) din Regulamentul CFR].

4.3. Persoane care pot introduce o acțiune în justiție împotriva transportatorului

Regula instituită de art. 44 este aceea că subiectul activ acțiunilor în justiție care izvorăsc din contractul de transport este expeditorul sau destinatarul; dreptul expeditorului de a introduce o acțiune în justiție împotriva transportatorului încetează și, prin urmare, se naște cel al destinatarului, din momentul în care destinatarul a retras scrisoarea de trăsură, a acceptat marfa sau și-a valorificat drepturile care îi revin în baza art. 17 par. 3 (dreptul de a cere transportatorului să-i remită scrisoarea de trăsură și să-i livreze marfa) sau art. 18 par. 3 (și-a exercitat dreptul de a modifica contractul de transport, adică de a dispune de marfă).

Dacă destinatarul a cerut să se livreze marfa unui terț, dreptul lui de a introduce o acțiune în justiție este stins din momentul în care terțul desemnat de destinatar a retras scrisoarea de trăsură, a acceptat marfa sau și-a valorificat drepturile care-i revin în baza art. 17 par. 3 (dreptul de a cere transportatorului să-i remită scrisoarea de trăsură și să-i livreze marfa).

Excepții:

- a) acțiunea în justiție pentru recuperarea unei sume plătite în baza contractului de transport nu poate fi introdusă decât de cel care a efectuat plata;
- b) acțiunea în justiție referitoare la rambursări nu poate fi introdusă decât de expeditor.

Pentru a introduce o acțiune în justiție, expeditorul trebuie să prezinte duplicatul scrisorii de trăsură. În lipsa acestuia, el trebuie să prezinte autorizarea destinatarului sau să facă dovada că acesta a refuzat marfa. Dacă este necesar, expeditorul trebuie să facă dovada lipsei sau pierderii scrisorii de trăsură. Pentru a introduce o acțiune în justiție, destinatarul trebuie să prezinte scrisoarea de trăsură, dacă aceasta i-a fost remisă.

Dreptul român. Regulamentul privind transportul pe căile ferate din România are prevederi identice în ce privește persoanele care pot exercita dreptul la acțiune împotriva operatorului de transport feroviar; astfel, potrivit art. 65 din acest regulament, acțiunea juridică împotriva operatorului de transport feroviar, care se naște din contractul de transport, aparține persoanei care posedă scrisoarea de trăsură sau care, în lipsa acesteia, dovedește dreptul său în alt mod. Celelalte acțiuni împotriva operatorului de transport feroviar, care derivă din contractul de transport, aparțin:

- a) expeditorului, atât timp cât el are dreptul să modifice contractul de transport;
- b) destinatarului, din momentul în care fie că a primit scrisoarea de trăsură, fie că și-a valorificat drepturile care îi aparțin¹⁴.

¹⁴ Cu privire la persoanele care pot exercita dreptul de acțiune împotriva căii ferate, a se vedea C. Stanciu, *op. cit.*, p. 212.

Acțiunea de restituire a unei sume plătite în baza contractului de transport nu aparține decât celui care a efectuat această plată, iar acțiunea referitoare la rambursele prevăzute de prezentul regulament aparține numai expeditorului.

Și în privința documentului care trebuie prezentat pentru a exercita aceste acțiuni, prevederile Regulamentului privind transportul pe căile ferate din România sunt identice cu cele ale Regulilor C.I.M.; astfel, expeditorul trebuie să prezinte duplicatul scrisorii de trăsură, iar în lipsa duplicatului, el nu poate acționa operatorul de transport feroviar decât dacă destinatarul l-a autorizat pentru aceasta sau dacă face dovada că destinatarul a refuzat marfa. Pentru a exercita acțiunile sale, destinatarul trebuie să prezinte scrisoarea de trăsură, dacă aceasta i-a fost predată (art. 65 din acest regulament).

4.4. Transportatori împotriva cărora se poate introduce o acțiune în justiție

Acțiunile în justiție care izvorăsc din contractul de transport pot fi introduse împotriva transportatorului, acesta având calitatea de subiect pasiv al unei asemenea acțiuni.

În cazul în care un transport care face obiectul unui contract de transport unic este efectuat de mai mulți transportatori succesivi, acțiunile în justiție care izvorăsc din contractul de transport pot fi introduse numai împotriva primului sau al ultimului transportator sau a celui care a executat partea de transport în cursul căreia s-a produs faptul generator al acțiunii în justiție (art. 45 par. 1).

Atunci când, în cazul transporturilor executate de către transportatori succesivi, transportatorul care trebuie să livreze marfa este înscris cu conșimțământul său în scrisoarea de trăsură, acesta poate fi acționat în justiție, chiar dacă el n-a primit nici marfa, nici scrisoarea de trăsură (art. 45 par. 2).

Excepții de la regula prevăzută de art. 45 par. 1-2:

a) acțiunea în justiție pentru recuperarea unei sume plătite în baza unui contract de transport poate fi introdusă împotriva transportatorului care a perceput această sumă, sau împotriva celui în beneficiul căruia a fost percepută suma;

b) acțiunea în justiție privind rambursarea poate fi introdusă numai împotriva transportatorului care a luat în primire marfa la locul de expediție.

Acțiunea în justiție poate fi introdusă împotriva unui alt transportator decât cei arătați mai sus, atunci când aceasta este prezentată ca cerere reconvențională sau ca excepție în instanță referitoare la o cerere principală bazată pe același contract de transport.

Atunci când Regulile uniforme C.I.M. se aplică transportatorului substituit, acesta poate fi, de asemenea, acționat în justiție.

Dacă reclamantul are de ales între mai mulți transportatori, dreptul său de opțiune se stinge în momentul în care acțiunea în justiție este intentată împotriva

unuia dintre aceștia; acest lucru este valabil și dacă reclamantul are de ales între unul sau mai mulți transportatori și un transportator substituit.

Dreptul român. Regulamentul privind transportul pe căile ferate din România are, în principiu, prevederi identice în ce privește operatorii de transport feroviar care pot fi acționați în justiție; astfel, art. 66 alin. (3) din acest regulament consacră regula implicită că acțiunile în justiție care izvorăsc din contractul de transport trebuie introduse împotriva transportatorului și regula expresă că în cazul unui transport unic efectuat de mai mulți transportatori succesivi acțiunile în justiție (care izvorăsc din contractul de transport) pot fi exercitate împotriva operatorului de transport feroviar de la expediere, împotriva operatorului de transport feroviar de la destinație sau împotriva operatorului de transport feroviar pe parcursul căruia s-a produs faptul care a dat naștere acțiunii. Operatorul de transport feroviar de la destinație poate fi acționat în judecată chiar dacă nu a primit nici marfa, nici scrisoarea de trăsură; dacă reclamantul are de ales între mai mulți operatori de transport feroviar, dreptul său de opțiune se stinge de îndată ce acțiunea a fost intentată împotriva unuia dintre aceștia.

Și în privința excepțiilor de la regula arătată mai sus, Regulamentul privind transportul pe căile ferate din România are aceeași reglementare cu Regulile C.I.M.: astfel, acțiunea în justiție pentru restituirea unei sume plătite în temeiul contractului de transport poate fi exercitată împotriva operatorului de transport feroviar care a încasat această sumă sau împotriva celui în folosul căruia a fost încasată, iar acțiunea în justiție, referitoare la ramburs, nu poate fi exercitată decât împotriva operatorului de transport feroviar de la expediere [art. 66 alin. (1) și (2) din Regulamentul CFR].

4.5. Instanța competentă

Regula instituită de art. 46 este aceea că acțiunile în justiție bazate pe Regulile uniforme C.I.M. pot fi introduse în fața organelor jurisdicționale competente ale statelor membre desemnate de comun acord de către părți,

Dacă părțile contractante nu au încheiat o înțelegere cu privire la acest aspect, acțiunile în justiție pot fi introduse la următoarele instanțe:

a) la instanța judecătorească din statul pe al cărui teritoriu pârâtul își are domiciliul sau reședința obișnuită, sediul principal sau sucursala sau agenția care a încheiat contractul de transport;

b) la instanța judecătorească din statul pe al cărui teritoriu este situat locul de luare în primire a mărfii sau cel prevăzut pentru livrare.

Față de prevederea expresă a art. 46 par. 1 că alte instanțe nu pot fi sesizate cu acțiuni în justiție întemeiate pe contracte de transport supuse Regulilor uniforme

C.I.M., se deduce ideea că soluționarea unor astfel de litigii pe calea arbitrajului nu este posibilă¹⁵.

Hotărârea judecătorească pronunțată de instanța competentă se bucură de autoritate de lucru judecat și, în consecință, nu poate fi introdusă o nouă acțiune în justiție pentru aceeași cauză, între aceleași părți (art. 46. par. 2).

Prin excepție, este admisibilă o nouă acțiune în justiție, pentru aceeași cauză, între aceleași părți, dacă decizia instanței în fața căreia a fost introdusă prima acțiune în justiție nu este susceptibilă de a fi executată în statul în care noua acțiune în justiție este introdusă.

4.6. Stingerea acțiunii în justiție

Regulă: Acceptarea mărfii de către persoana în drept stinge orice acțiune în justiție împotriva transportatorului izvorâtă din contractul de transport, în caz de pierdere parțială, avarie sau depășire a termenului de livrare.

Excepții: acțiunea în justiție nu este stinsă în următoarele cazuri:

- a) în caz de pierdere parțială sau avarie dacă:
 - i) acestea au fost constatate în conformitate cu art. 42, printr-un proces verbal, înaintea acceptării mărfii de către persoana în drept;
 - ii) constatarea printr-un proces verbal, care ar fi trebuit să fie făcută în conformitate cu art. 42, a fost omisa din culpa transportatorului;
- b) în caz de pagubă neaparentă, a cărei existență este constatată după acceptarea mărfii de către persoana în drept, dacă acesta:
 - i) cere constatarea imediat după descoperirea pagubei și cel mai târziu în cele 7 zile care urmează acceptării mărfii și
 - ii) dovedește în plus că paguba s-a produs între momentul luării în primire a mărfii și cel al livrării;
- c) în caz de pagubă ce rezultă din depășirea termenului de livrare, dacă persoana în drept și-a valorificat drepturile, prin formularea unei reclamații, în 60 de zile, împotriva unuia din transportatorii împotriva cărora se poate introduce o acțiune în justiție;
- d) dacă persoana în drept dovedește ca paguba a rezultat din cauza dolului sau culpei grave a transportatorului („în urma unui act sau unei omisiuni comise fie cu intenția de a provoca astfel de pagube, fie în mod temerar și în cunoștință de cauză că ar putea rezulta, probabil, o astfel de pagubă”- art. 47 par. 2).

Dacă marfa a fost reexpediată, acțiunile în justiție pentru pierderea parțială sau avarierea mărfii izvorâte dintr-un contract de transport anterior se sting ca și cum ar fi vorba de un singur contract.

¹⁵ În același sens, a se vedea C.T. Ungureanu, *Dreptul comerțului internațional. Contracte de comerț internațional*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 102.

Dreptul român. În materia stingerii dreptului la acțiune împotriva operatorului de transport feroviar, dispozițiile Regulamentului privind transportul pe căile ferate din România sunt calchiate după cele ale Regulilor uniforme C.I.M. Astfel, art. 67 alin. (1) din acest regulament dispune că acceptarea fără obiecțiuni a mărfii de către client stinge orice drept la acțiune izvorât din contractul de transport împotriva operatorului de transport feroviar în caz de pierdere parțială, de avariere a mărfii sau de depășire a termenului de executare a contractului de transport. Tot astfel, în alin. (2) sunt reproduse mot a mot, în întregime, soluțiile adoptate de Regulile C.I.M.

5. Prescripția dreptului la acțiune în reglementarea Regulilor uniforme C.I.M.

5.1. Condiția existenței dreptului

Prescrierea dreptului la acțiune presupune că acesta nu s-a stins conform art. 47, deci poate fi exercitat¹⁶.

5.2. Efectul prescrierii dreptului la acțiune

Acțiunea în justiție prescrisă nu mai poate fi exercitată nici pe cale principală, nici sub forma unei cereri reconvenționale sau a unei excepții (art. 48 par 4).

5.3. Durata termenul de prescripție

Regulă: acțiunea în justiție izvorâtă din contractul de transport supus Regulilor uniforme C.I.M. se prescrie în termen de un an.

Excepții: termenul de prescripție este de doi ani pentru acțiunile în justiție care au ca temei:

- a) vărsarea unui ramburs perceput de la destinatar de către transportator;
- b) vărsarea unei sume provenite dintr-o vânzare efectuată de către transportator;
- c) o pagubă care a rezultat din dolul sau culpa gravă a transportatorului („în urma unui act sau unei omisiuni comise fie cu intenția de a provoca o astfel de paguba, fie în mod temerar și în cunoștință de cauza ca ar rezultă, probabil, o astfel de pagubă”- art. 48 par.1);
- d) în cazul reexpedierii, unul din contractele de transport anterioare reexpedierii.

¹⁶ D.A. Sitaru, C.P. Buglea, Ș.A. Stănescu, *op. cit.*, p. 382.

5.4. Momentul când începe curgerea prescripției

Regulă: Termenul de prescripție începe să curgă din ziua în care dreptul de acțiune în justiție poate fi exercitat (art. 48 par. 2).

Excepții:

a) acțiunea în justiție pentru pierderea totală a mărfii începe să curgă din a treizecea zi care urmează expirării termenului de livrare (conform art. 29 par. 1, de la acea dată există prezumția de pierdere a mărfii; persoana în drept poate să considere marfa pierdută când ea nu a fost livrată destinatarului sau ținută la dispoziția sa în cele treizeci de zile care urmează expirării termenelor de livrare);

b) acțiunea în justiție pentru pierderea parțială sau avarierea mărfii și pentru depășirea termenului de livrare începe să curgă din ziua în care a avut loc livrarea.

Ziua în care începe să curgă termenul de prescripție nu este niciodată cuprinsă în termen (art. 48 par. 2); în lipsa unei dispoziții exprese a Normelor uniforme C.I.M., deducem că este cuprinsă în termenul de prescripție ziua în care acesta se împlinește¹⁷.

5.5. Suspendarea și întreruperea termenului de prescripție

Termenul de prescripție este suspendat din momentul în care persoana îndreptățită să-l acționeze în justiție adresează în scris o reclamație transportatorului (art. 48 par. 3). Suspendarea încetează în ziua în care transportatorul respinge reclamația în scris și restituie documentele care au fost anexate la aceasta.

În caz de acceptare parțială a reclamației, termenul de prescripție își reia cursul pentru partea reclamației care rămâne în litigiu.

Sarcina probei primirii reclamației sau a răspunsului și cea a restituirii pieselor sunt în sarcina părții care invocă acest fapt.

Termenul de prescripție nu suspenda reclamațiile ulterioare care au același obiect.

Suspendarea și întreruperea termenului de prescripție sunt reglementate de legislația națională, adică de legea aplicabilă ca *lex causae*, în speță¹⁸.

Dreptul român. Și dispozițiile Regulamentului privind transportul pe căile ferate din România referitoare la prescripția dreptului la acțiunea privind expedițiile de mărfuri sunt identice, până la virgulă, cu cele cuprinse în Regulile uniforme C.I.M.. Astfel, art. 68 din acest regulament reglementează întocmai termenul de prescripție al dreptului la acțiune izvorât din contractul de transport, momentul din care începe să curgă termenul de prescripție, efectul suspensiv al reclamației administrative asupra cursului prescripției dreptului la acțiune și

¹⁷ În acest sens, D.A. Sitaru, C.P. Buglea, Ș.A. Stănescu, *op. cit.*, p. 383.

¹⁸ D.A. Sitaru, *Drept internațional privat. Tratat*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 477 și urm.

consacră regula că acțiunea prescrisă nu mai poate fi exercitată nici chiar pe cale de cerere reconvențională sau de excepție.

Concluzii

Scopul asumat al convențiilor internaționale multilaterale care au incidență asupra comerțului internațional este de a înlătura dificultățile care apar în acest domeniu din cauza diversității legilor naționale; mijlocul cel mai eficient de a realiza acest scop este crearea unui drept substanțial uniform¹⁹.

Regulile uniforme privind contractul de transport internațional feroviar adoptate prin Convenția de la Berna, 1980 răspund acestui deziderat.

Prin rigoare, această convenție a contribuit și la uniformizarea legilor naționale în domeniul transportului feroviar, mai ales în cazul țărilor care au ratificat convenția sau au aderat la aceasta, o mare parte din regulile consacrate de convenție fiind preluate de legile statelor naționale.

Așa cum am arătat în cuprinsul acestui studiu, în numeroase situații reglementarea din Regulamentul privind transportul pe căile ferate din România este identică cu cea cuprinsă în convenția de la Berna (de exemplu:

- a) reglementarea temeiului răspunderii transportatorului pentru pierderea sau avarierea mărfii ori pentru depășirea termenului de livrare a mărfii;
- b) reglementarea răspunderii transportatorului pentru avarierea mărfii;
- c) a decăderii transportatorului din dreptul de a invoca limitele de răspundere în cazul dolului și culpei grave;
- d) a cauzelor de exonerare de răspundere cu caracter general și a cauzelor de exonerare de răspundere specifice;
- e) a exonerării de răspundere când pierderea sau paguba a fost ocazionată de utilizarea incorectă a documentelor;
- f) a condițiilor și limitelor acțiunii în justiție introdusă împotriva transportatorului;
- g) a efectului reclamației administrative asupra prescripției dreptului la acțiune și a documentelor care trebuie prezentate odată cu introducerea reclamației administrative;
- h) a persoanelor care pot exercita dreptul la acțiune împotriva operatorului de transport feroviar;
- i) a operatorilor de transport feroviar care pot fi acționați în justiție;
- j) a stingerii dreptului la acțiune împotriva operatorului de transport feroviar;

¹⁹ T.R. Popescu, *Dreptul comerțului internațional*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1983, p. 21.

k) a termenului de prescripție al dreptului la acțiune izvorât din contractul de transport, a momentului din care începe să curgă termenul de prescripție, a efectului suspensiv al reclamației administrative asupra cursului prescripției dreptului la acțiune).

În alte situații reglementarea din legea română este asemănătoare cu cea cuprinsă în normele uniforme ale Convenției de la Berna (de exemplu, dispozițiile privind modul de calcul al despăgubirii, cele privind limitele despăgubirii și restituirea celorlalte sume cheltuite de client cu ocazia transportului mărfii pierdute).

În sfârșit, în puține situații legea română are soluții diferite de cele ale Convenției de la Berna, 1980; de exemplu, sunt diferite dispozițiile ce privesc răspunderea transportatorului pentru depășirea termenului de livrare, prevederile din legea română prevăzând limite mai mici ale cuantumului unei asemenea despăgubiri decât Regulile uniforme C.I.M.; de asemenea, sunt diferite dispozițiile privind caracterul reclamației adresate transportatorului de persoana îndreptățită, legea română reglementând-o ca pe o condiție prealabilă necesară promovării acțiunii în justiție, pe când Regulile C.I.M. o reglementează doar ca pe un mijloc de rezolvare amiabilă a litigiului.

TIPOLOGIA DECIZIILOR CURȚII CONSTITUȚIONALE ROMÂNE

*Prof. univ. dr. George GÎRLEȘTEANU
Universitatea din Craiova
Facultatea de Drept*

Abstract

Neither the Romanian Constitution, nor the framework Law no. 47/1992, does not draw a typology of the decisions pronounced by the Constitutional Court in the exercise of its specific competences, this regulation, moreover, could not be „possible, due to their variety, and neither opportune, thus sealing the forms of expression of the Constitutional Court”. The “typology” of the Court’s decisions is a complex legal operation, given the difficulty of finding a solid criterion for separating them. Thus, a first classification of the Court’s decisions could start from the limits of the sanction of unconstitutionality, resulting in two main categories of decisions²: a) decisions finding or declaring the total unconstitutionality of the controlled legal provisions in relation to the fundamental act; b) decisions declaring the partial unconstitutionality. A second way in which the classification of the Court’s decisions could be conceived, starts from the criterion of its concrete conduct, of its law-making activity in solving complex and innovative constitutional problems³: a) simple (extreme) decisions, of simple finding of constitutionality or unconstitutionality; b) intermediate decisions, to establish subject to constitutionality or unconstitutionality.

Keywords: *Romanian Constitutional Court, decisions, unconstitutionality.*

1. Deciziile simple

În jurisprudența Curții Constituționale apare frecvent practica adoptării deciziilor simple sau extreme.

¹ Ion Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale*, Ed. C. H. Beck, București, 2006, p. 896-897.

² A se vedea în acest sens Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7^e édition, Ed. Montchrestien, Paris, 2006, p. 131; Ion Deleanu, *op. cit.*, p. 897.

³ Ion Deleanu, *op.cit.*, p. 897. Curtea Constituțională română a adoptat în jurisprudența sa mai multe tipuri de decizii pornind de la soluțiile instanțelor constituționale europene și având în vedere specificul sistemului constituțional român – Bianca Selejan-Guțan, *Excepția de neconstituționalitate*, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 205-212.

Structural, deciziile simple de constatare sau declarare a neconstituționalității, în soluționarea unei obiecții sau excepții de neconstituționalitate, cuprind în considerente constatarea pozitivă a temeiniciei cererii (în fapt acest lucru echivalează cu precizarea de admitere a cererii încă de la început, urmând a fi explicate motivele care au stat la baza acestei decizii), iar în dispozitiv soluția pozitivă de admitere a obiecției sau excepției și declararea neconstituționalității prevederilor contestate. Ca exemplu, prin Decizia nr. 681 din 27 iunie 2012⁴ referitoare la obiecția de neconstituționalitate privind Legea pentru modificarea și completarea Legii educației naționale nr. 1/2011, instanța constituțională statuează în considerente că „Examinând obiecția de neconstituționalitate, Curtea reține că *aceasta este întemeiată pentru motivele ce vor fi expuse în continuare: (...)*”, iar în dispozitiv că „*Admite obiecția de neconstituționalitate și constată că dispozițiile Legii pentru modificarea și completarea Legii educației naționale nr. 1/2011 sunt neconstituționale*”.

În mod asemănător, deciziile simple de constatare a constituționalității, în soluționarea unei obiecții sau excepții de neconstituționalitate, conțin, de regulă, în considerente o declarare negativă a netemeiniciei capetelor de cerere enunțate, iar în dispozitiv soluția de respingere a contestației în speță⁵.

2. Deciziile intermediare

Deciziile intermediare se plasează între extremele specifice deciziilor simple, între constatarea pozitivă a constituționalității și declararea negativă a neconstituționalității, fiind „decizii flexibile prin excelență, dar, din acest motiv, și susceptibile de ascuțite controverse”⁶.

a) Deciziile interpretative

Deciziile interpretative, potrivit doctrinei juridice române, au fost definite ca acele decizii „prin care, fără a se declara neconstituționalitatea, instanța de justiție constituțională atribuie normelor criticate o anumită semnificație, un sens care le-ar face compatibile cu Constituția, pe calea interpretării acelor norme și în considerarea motivelor arătate”⁷. Decizia interpretativă relativizează constituționalitatea sau neconstituționalitatea prin folosirea unei sintagme constituționale de genul „în

⁴ Publicată în M. Of. nr. 477 din 12 iulie 2012.

⁵ A se vedea în acest sens de exemplu Decizia nr. 1106 din 22 septembrie 2010, în dispozitivul căreia Curtea statuează că „*Respinge obiecția de neconstituționalitate a Legii pentru modificarea și completarea Legii nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, a Codului de procedură civilă și a Codului de procedură penală al României*”.

⁶ Ion Deleanu, *op.cit.*, p. 899.

⁷ Ion Deleanu, *Justiția constituțională*, Ed. Lumina Lex, București, 1995, p. 356.

măsura în care” sau „dacă și în condițiile în care” etc., fiind practic o „decizie de conformitate sub rezervă”⁸. Caracteristica principală a acestui tip de decizii constă, sub aspect material, în reinterpretarea normei⁹ sau în atribuirea unei anumite semnificații normei controlate în sensul compatibilității cu Constituția¹⁰, iar, sub aspect formal, în utilizarea unor sintagme gramaticale specifice.

Cadrul legal de adoptare a deciziilor interpretative de către instanța constituțională a fost creat prin adoptarea la 7 august 1992 a Regulamentului de organizare și funcționare a Curții Constituționale care în art. 26 prevedea că „În cazul în care completul de 3 judecători sau completul de 5 judecători dorește să se îndepărteze de interpretarea juridică conținută într-o decizie a plenului sau într-o decizie definitivă a unui complet, se va adresa plenului, acordând termen în cauza pe care o dezbate. Interpretarea dată de plen cu votul majorității judecătorilor este obligatorie pentru completul de judecată”.

Deciziile interpretative ale Curții ar fi trebuit să se circumscrie conținutului normativ al art. 26 din Regulament, adică: pe de o parte, nu puteau fi pronunțate decât în cadrul exercitării unui control concret a posteriori pe cale de excepție (doar în cadrul acestui tip de control Curtea statua în complete de 3 sau 5 judecători și nu în plen), iar pe de altă parte, se creau în primă fază obligații de interpretare doar pentru completele respective, în cazul adoptării unei decizii de interpretare în plen, și abia în subsidiar pentru instanța ordinară ce sesizase Curtea, în situația în care respectivul complet adopta o decizie conformă interpretării dată de plen¹¹.

În legătură cu această posibilitate creată de interpretate a textelor de lege, poziția Curții Constituționale a fost contradictorie. Astfel, dacă inițial prin Decizia nr. 1 din 30 iunie 1992¹² se preciza că „Este de reținut că legea nu atribuie Curții Constituționale competența de a da o altă formulare textelor de lege pe care le-ar considera nesatisfăcător redactate, această competență revenind altor organe ale statului”, ulterior, prin Decizia nr. 19 din 8 aprilie 1993¹³, instanța constituțională afirma că „pentru a evita lipsa de reglementare și consecințele ce ar putea rezulta din această cauză, Curtea se consideră îndreptățită, până la adoptarea unei noi reglementări în materie, să dea textelor ce sunt atacate în fața sa acea interpretare ce se armonizează cu Constituția”.

Practica instanței constituționale române în materia deciziilor interpretative a depășit însă în numeroase rânduri cadrul legal instituit de art. 26 din Regulament prin:

⁸ *Ibidem*.

⁹ Viorel Ciobanu, *Considerații referitoare la deciziile ce se pot pronunța ca urmare a exercitării controlului de constituționalitate*, în *Dreptul* nr. 4-5/1994, p. 21.

¹⁰ Ion Deleanu, *op. cit.*, 2006, p. 899-901.

¹¹ Tudor Drăganu, *Drept Constituțional și Instituții Politice*, vol. 1, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 323.

¹² Publicată în M. Of. nr. 178 din 2 iulie 1992.

¹³ Publicată în M. Of. nr. 105 din 24 mai 1993.

a) adoptarea acestui tip de decizii atât în cadrul controlului a posteriori, cât și în cadrul controlului a priori;

b) sesizarea Curții Constituționale atât de către simplul particular, prin intermediul instanței de judecată în fața căreia se ridică excepția de neconstituționalitate, cât și de organele politice ale statului;

c) exercitarea competenței de adoptare a deciziilor interpretative atât de plenul Curții, cât și de simple complete ale acesteia;

d) crearea de obligații prin pronunțarea deciziilor interpretative atât pentru completele de judecată ale Curții Constituționale, cât și pentru subiecte de drept exterioare acesteia în funcție de tipul de control efectuat¹⁴.

O astfel de practică ce eluda cadrul legal instituit nu putea să conducă decât la apariția a numeroase probleme de natură constituțională (consecințe juridice diferite în cazul adoptării unei decizii interpretative față de o decizie de declarare a neconstituționalității în cadrul controlul abstract a priori; natura interpretării efectuate prin acest gen de decizii – autentică sau casuală –, consecințele caracterului obligatoriu al unei decizii a Curții etc.).

Modificările Legii nr. 47/1992 privind la organizarea și funcționarea Curții Constituționale au condus la scoaterea în afara cadrului legal și constituțional a instituției deciziilor interpretative utilizate anterior de către Curte.

Astfel, Legea nr. 138/1997¹⁵ modifica legea-cadru de organizare și funcționare a Curții completând art. 2 cu noul alineat (3) ce stipula: „În exercitarea controlului, Curtea Constituțională se pronunță *numai asupra problemelor de drept, fără a putea modifica sau completa prevederea legală supusă controlului*. De asemenea, Curtea Constituțională nu se poate pronunța asupra modului de interpretare și aplicare a legii, ci numai asupra înțelesului său contrar Constituției”.

Actualmente, potrivit ultimei modificări survenite cu privire la Legea nr. 47/1992, prin intermediul Legii nr. 232/2004¹⁶, nou introdusul alineat (3) din cuprinsul art. 2 prin modificarea din anul 1997, are următorul conținut: „*Curtea Constituțională se pronunță numai asupra constituționalității actelor cu privire la care a fost sesizată, fără a putea modifica sau completa prevederile supuse controlului*”. Conținutul normativ al dispoziției legale în ceea ce privește competența Curții de a adopta decizii interpretative a fost interpretat în doctrina juridică română atât în sensul existenței acestei atribuții, considerându-se că „deciziile interpretative sunt admisibile”¹⁷, cât și în sensul interdicției de a le pronunța: „Acest text legislativ are ca efect circumscrierea generală a acțiunii de interpretare a judecătorului constituțional, care va putea,

¹⁴ Tudor Drăganu, *op. cit.*, p. 325-326.

¹⁵ Publicată în M. Of. nr. 170 din 25 iulie 1997.

¹⁶ Publicată în M. Of. nr. 502 din 3 iunie 2004.

¹⁷ Dan Cimpoeru, *Actele jurisdicționale ale Curții Constituționale*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2010, p. 83.

conform cadrului legal actual, să emită doar decizii al căror conținut se limitează la a pronunța conformitatea sau neconformitatea (...)”¹⁸.

Există nenumărate exemple din jurisprudența recentă a Curții ce demonstrează practica constantă a acesteia în pronunțarea de decizii interpretative deoarece actualul cadru legal și constituțional persistă în dubiul privind competența instanței constituționale de a emite astfel de decizii. Jurisprudența ultimilor ani ai Curții demonstrează că aceasta își arogă în baza art. 3 alin. (2) din Legea-cadru de organizare și funcționare¹⁹ competența de a emite decizii interpretative. Care ar fi fundamentul unei astfel de practici instituționale? Cu siguranță unul dintre motivele principale ale unei asemenea opțiuni din partea Curții îl constituie efectele drastice ale pronunțării neconstituționalității unui act normativ supus controlului de constituționalitate concret a posteriori pe calea excepției de neconstituționalitate – art. 147 alin. (1) din Constituție statuează că „Dispozițiile din legile și ordonanțele în vigoare, precum și cele din regulamente, constatate ca fiind neconstituționale, își încetează efectele juridice la 45 de zile de la publicarea deciziei Curții Constituționale dacă, în acest interval, Parlamentul sau Guvernul, după caz, nu pun de acord prevederile neconstituționale cu dispozițiile Constituției. *Pe durata acestui termen, dispozițiile constatate ca fiind neconstituționale sunt suspendate de drept*”.

Cu toate acestea, conținutul normativ al art. 2 alin. (3) din lege impune Curții o obligație legală negativă de abținere în ceea ce privește modificarea sau completarea dispozițiilor normative ale actelor supuse controlului de constituționalitate: „Deși este un mod de formulare mai adecvat, el lasă loc totuși «deciziilor intermediare», utile și necesare uneori”²⁰.

În ceea ce privește Decizia nr. 558 din 24 mai 2012²¹ referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. V alin. (1) teza I din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 15/2012 privind stabilirea unor măsuri financiare în domeniul asigurărilor sociale de sănătate și al finanțelor publice, ca și în alte cazuri de genul acesta soluționate de Curte utilizând practica deciziilor interpretative, se pune problema dacă pronunțarea constituționalității sub rezervă echivalează cu o modificare a actului normativ controlat²².

¹⁸ Dan Claudiu Dănișor, Sonia Drăghici, *Comentariul Deciziei Curții Constituționale nr. 148 din 21 februarie 2007*, Revista de Drept Public nr. 2/2007, Ed. C.H. Beck, București, p. 119-120.

¹⁹ „În exercitarea atribuțiilor care îi revin Curtea Constituțională este singura în drept să hotărască asupra competenței sale”.

²⁰ Ion Deleanu, *op.cit.*, 2006, p. 899.

²¹ Publicată în M. Of. nr. 382 din 7 iunie 2012.

²² Pentru o expunere detaliată a se vedea George Gîrleșteanu, *Considerații privind Decizia nr. 558 din 24 mai 2012 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. V alin. (1) teza I din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 15/2012 privind stabilirea unor măsuri financiare în domeniul asigurărilor sociale de sănătate și al finanțelor publice*, Pandectele Române nr. 6/2012, p. 143-151.

Actul normativ controlat instituia obligația generală pentru ordonatorii principali de credite ai bugetelor locale la bugetul de stat de restituire a sumelor acordate din Fondul de rezervă bugetară la dispoziția Guvernului, prevăzut în bugetul de stat pe anul 2012, pentru plata unor arierate aferente cheltuielilor curente și de capital, precum și pentru cofinanțarea unor proiecte cu finanțare externă nerambursabilă, neutilizate până la data intrării în vigoare a ordonanței de urgență. Obligația juridică stabilită prin ordonanță pare simplă: toate sumele alocate în dublul scop prestabilit și neutilizate se restituie.

Curtea interpretează conținutul normativ al obligației juridice în baza scopului stabilit al acordării anterioare și restrânge cadrul restituirii: doar sumele neutilizate de către unitățile administrativ-teritoriale *care nu au înregistrat arierate* aferente unor cheltuieli curente și de capital și nu au avut în derulare cofinanțări de proiecte cu finanțare externă nerambursabilă până la data intrării în vigoare a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 15/2012. Instanța constituțională pare a efectua de data aceasta un control al legalității acordării anterioare a sumelor de bani prin hotărâre a Guvernului, control ce excede sferei sale de competență. Practic, pentru sumele alocate unităților administrativ-teritoriale *care au înregistrat arierate* aferente unor cheltuieli curente și de capital și *care au avut în derulare cofinanțări de proiecte* cu finanțare externă nerambursabilă și neconsumate de către acestea până la data apariției ordonanței, obligația de restituire nu se aplică.

Pentru a-și consolida aserțiunea, Curtea încearcă să facă aplicația principiului egalității în drepturi, statuând că dacă restituirea sumelor în cauză s-ar aplica inclusiv unităților administrativ-teritoriale care nu au utilizat sumele până la data intrării în vigoare a O.U.G. nr. 15/2012, dar care la acel moment înregistrau arierate aferente unor cheltuieli curente și de capital și aveau în derulare cofinanțări de proiecte cu finanțare externă nerambursabilă, *s-ar ajunge la aplicarea unui tratament juridic diferit în situații similare*, împrejurare ce *ar genera o inegalitate* între unitățile administrativ-teritoriale *bazată pe un element aleatoriu, și anume momentul concret al folosirii resurselor alocate*.

Problema juridică persistă și este extrem de complexă: constituie o astfel de conturare juridică din partea Curții a obligației de restituire stabilită prin ordonanță o modificare sau completare a dispoziției normative în cauză? La prima vedere așa ar părea, dar nu putem trece cu vederea soliditatea argumentației Curții în acest caz.

În același mod, adoptând o decizie interpretativă, procedează Curtea recent cu ocazia soluționării obiecției de neconstituționalitate a Legii pentru modificarea art. 10 din Legea nr. 3/2000 privind organizarea și desfășurarea referendumului, prin Decizia nr. 731 din 10 iulie 2012²³ constatând în dispozitiv că legea criticată *„este constituțională, în măsura în care asigură participarea la referendum a cel*

²³ Publicată în M. Of. nr. 478 din 12 iulie 2012.

puțin jumătate plus unul din numărul persoanelor înscrise în listele electorale permanente”.

Obiectul sesizării de neconstituționalitate l-au constituit prevederile Legii pentru modificarea art. 10 din Legea nr. 3/2000 privind organizarea și desfășurarea referendumului, al cărei articol unic prevede că art. 10 din Legea nr. 3/2000 se modifica și avea următorul cuprins: „Demiterea Președintelui României este aprobată dacă, în urma desfășurării referendumului, propunerea a întrunit majoritatea voturilor valabil exprimate”.

Curtea Constituțională observa că, ulterior sesizării sale cu soluționarea prezentei obiecții de neconstituționalitate, Guvernul a adoptat O.U.G. nr. 41/2012²⁴ pentru modificarea și completarea Legii nr. 3/2000 privind organizarea și desfășurarea referendumului, prin care a instituit, în ceea ce privește aprobarea demiterii Președintelui României, o derogare de la art. 5 alin. (2) din Legea nr. 3/2000 referitor la cvorumul de participare la vot ca și condiție de validare a referendumului.

Precizarea este importantă deoarece Curtea, deși fusese sesizată cu neconstituționalitatea modificărilor operate pe marginea art. 10 din Legea nr. 3/2000 prin Legea de modificare, în final se pronunță indirect asupra dispozițiilor unui act normativ în vigoare, Ordonanța de urgență nr. 41/2012, act normativ ce nu forma obiectul sesizării și care nu putea fi controlat decât pe calea excepției de neconstituționalitate, în nici un caz în cadrul controlului a priori.

Ținând cont de jurisprudența sa în materie, Curtea constata că Legea pentru modificarea art. 10 din Legea nr. 3/2000 privind organizarea și desfășurarea referendumului este constituțională, având în vedere că „niciun text constituțional nu condiționează dreptul legiuitorului de a opta pentru fixarea unei anumite majorități care să se pronunțe pentru demiterea prin referendum a Președintelui României”.

Demiterea Președintelui României prin referendum reprezintă o sancțiune pentru săvârșirea unor fapte grave, motiv pentru care Curtea „reține că este justificat ca aceasta să fie aprobată de cetățeni cu majoritatea voturilor valabil exprimate”.

Curtea aprecia în final că rezultatul referendumului depinde de îndeplinirea cumulativă a două condiții: una referitoare la numărul minim de cetățeni care trebuie să participe la referendum pentru ca acesta să fie valabil și una privitoare la numărul de voturi valabil exprimate, care determină rezultatul referendumului, aceste condiții fiind detaliate în art. 5 alin. (2) și, respectiv, art. 10 din Legea nr. 3/2000. Potrivit art. 5 alin. (2), „Referendumul este valabil dacă la acesta participă cel puțin jumătate plus unul din numărul persoanelor înscrise în listele electorale permanente”.

Curtea reținea că valabilitatea reprezintă o condiție esențială pentru ca referendumul să poată exprima în mod real și efectiv voința cetățenilor, constituind premisa unei manifestări autentic democratice a suveranității prin intermediul poporului, în conformitate cu principiul statuat în art. 2 alin. (1) din Legea fundamentală.

²⁴ Publicată în M. Of. nr. 452 din 5 iulie 2012.

După cum subliniam anterior, prin această argumentație, și mai ales prin dispozitivul deciziei ce o transformă într-o decizie interpretativă, *Curtea, depășindu-și competența, se pronunță în cadrul controlului a priori a legii de modificare asupra dispozițiilor unui act normativ în vigoare ce nu făcea obiectul controlului.* Ordonanța de urgență nr. 41/2012 norma modificarea art. 10 din Legea nr. 3/2000 în sensul că prin derogare de la art. 5 alin. (2), demiterea Președintelui României este aprobată dacă a întrunit majoritatea voturilor valabil exprimate ale cetățenilor care au participat la referendum.

Practic, prin decizia pronunțată, sub masca unei decizii interpretative, se declară indirect neconstituționalitatea ordonanței de urgență în vigoare, act normativ ce nu fusese controlat. În mod cel puțin ciudat, *Curtea, statuând că „Participarea la referendum a majorității cetățenilor înscrși în listele electorale permanente reprezintă un act de responsabilitate civică, prin care corpul electoral urmează să se pronunțe cu privire la sancționarea sau nu a Președintelui României, având posibilitatea demiterii sau menținerii acestuia în funcție”, încearcă o argumentare a neconstituționalității ordonanței de urgență bazată pe o obligație nejuridică a corpului electoral de participare la exercițiul suveranității democratice.*

Deci, sintetizând argumentația fără înțeles a Curții, rezultă că condiția legală a cvorumului de participare la referendum este derivată din existența unei obligații de participare a cetățenilor ca „act de responsabilitate civică”.

b) Deciziile manipulative

Acest tip de decizii²⁵ depășește prin conținut categoria deciziilor interpretative, având ca scop „transformarea semnificației Legii” în vederea acoperirii unui vid legislativ în materie cu potențiale consecințe negative.

b.1) Decizii de admitere sau de respingere parțială

Admiterea sau respingerea obiecțiunii de neconstituționalitate poate fi, pe de o parte, de ordin cantitativ, vizând anumite dispoziții legale din conținutul reglementării supuse controlului, sau, pe de altă parte, de ordin calitativ, vizând concepte normative utilizate de către legiuitor (cuvinte, sintagme, locuțiuni), modul de formulare a legii²⁶.

²⁵ Pentru o analiză detaliată a categoriei deciziilor manipulative a se vedea Ion Deleanu, *op. cit.*, 2006, p. 901-904.

²⁶ Prin Decizia nr. 64 din 2 iunie 1994, publicată în M. Of. nr. 177 din 12 iulie 1994, Curtea a admis în parte excepția de neconstituționalitate invocată de pârâți și a constatat că „noțiunea «organ suprem» din art. 1 alin. (1) al Legii nr. 94/1992 este neconstituțională în ce privește activitatea jurisdicțională a Curții de Conturi”.

b.2). Deciziile aditive

Caracteristica esențială a acestui tip de decizii constă în faptul că instanța constituțională sancționează omisiunile legislativului, neconstituționalitatea vizând o parte a reglementării care „nu prevede ceea ce trebuia prevăzut”²⁷. Jurisprudența Curții dovedește faptul că aceasta nu a pronunțat propriu-zis decizii aditive, în considerarea obiectului strict determinat al controlului de constituționalitate, norma edictată, dar, nu în puține rânduri, a fost evocată fără sancționare necesitatea existenței reglementării lipsă sau unitare a unei materii. Poate însă Curtea să se pronunțe asupra omisiunilor legiuitorului? Curtea Constituțională română a avut constant o atitudine restrictivă în interpretarea atribuțiilor sale, refuzând să-și extindă jurisprudențial atribuțiile stabilite de art. 146 din Constituție, controlul omisiunilor legislativului nefiind menționat în acest sens.

Astfel, prin Decizia nr. 103 din 9 martie 2004²⁸ și Decizia nr. 614 din 21 septembrie 2006²⁹ ea a decis că „potrivit competenței sale, așa cum este prevăzută în art. 2 alin. (3) din Legea nr. 47/1992, și respectând principiul constituțional al separației puterilor în stat, Curtea Constituțională nu poate modifica sau completa prevederea legală supusă controlului”. De asemenea, prin Decizia nr. 62 din 18 ianuarie 2007³⁰, Curtea reținea că „(...) prin abrogarea dispozițiilor legale menționate s-a creat un inadmisibil *vid de reglementare* (...) Curtea Constituțională nu poate reține existența unei ocrotiri juridice reale prin posibilitatea recunoscută de instanțele judecătorești persoanelor vătămate prin infracțiunile menționate, de a obține daune morale în cadrul procesului civil, deoarece *o asemenea formă de ocrotire juridică nu este reglementată explicit* ci este instituită pe cale jurisprudențială. Pe de altă parte, recurgerea la procesul civil, întemeiată, prin analogie, pe dispozițiile art. 998 din Codul civil – care reglementează răspunderea patrimonială pentru prejudiciile produse prin fapte ilicite – nu constituie o protecție juridică adecvată (...)”.

Totodată, prin Decizia nr. 38 din 7 iulie 1993³¹, Curtea Constituțională sublinia că aceasta, „fiind chemată să garanteze supremația Constituției, pe calea controlului de constituționalitate, *poate recurge la un apel către Parlament, supunându-i atenției necesitatea de a edicta noi norme sau de a le modifica pe cele existente*, în spiritul Constituției, *fără ca prin aceasta să-și asume prerogativele sale*, deoarece *Curtea nu stabilește conținutul noii reglementări, ci hotărăște numai de ce o dispoziție legală este neconstituțională*”. În mod asemănător, de

²⁷ Ion Deleanu, *op. cit.*, 2006, p. 901.

²⁸ Publicată în M. Of. nr. 252 din 23 martie 2004.

²⁹ Publicată în M. Of. nr. 895 din 3 noiembrie 2006.

³⁰ Publicată în M. Of. nr. 104 din 12 februarie 2007.

³¹ Publicată în M. Of. nr. 176 din 26 iulie 1993.

dată recentă, prin Decizia nr. 682 din 27 iunie 2012³², referindu-se la considerentele Deciziei nr. 61 din 14 ianuarie 2010³³, Curtea a arătat din nou că „actuala reglementare a sistemului electoral românesc prezintă o serie de imperfecțiuni, [...], și, ca atare, *se impune o reconsiderare a acesteia din perspectiva alegerilor parlamentare din anul 2012*, care să asigure sub toate aspectele, organizarea și desfășurarea unor alegeri democratice în România”.

b.3). Deciziile apelative

Deciziile apelative, sau „decizii-legi”, „decizii de delegare” ori „para-legislative”, sunt acele decizii prin care Curtea, în considerarea caracterului incomplet al unei reglementări sau a potențialului de neconstituționalitate a acesteia în aplicarea sa, stabilește o conduită legiuitorului în sensul modificării sau abrogării reglementării în cauză³⁴.

În jurisprudența Curții Constituționale putem evidenția Decizia nr. 38 din 7 iulie 1993, decizie pronunțată în recurs și având opinia separată a doi judecători, cu ocazia căreia s-au admis excepțiile de neconstituționalitate ale art. 223, art. 224 și art. 229 alin. (1) C. pen. stabilindu-se totodată „termenul de 30 noiembrie 1993 pentru a da Parlamentului posibilitatea modificării dispozițiilor din Codul penal menționate la pct. 1, care contravin prevederilor art. 41 alin. (2) din Constituție”. Termenul era unul de decădere, în cazul în care, până la termenul stabilit, nu se adoptau modificările dispozițiilor din Codul penal, începând cu 1 decembrie 1993 urmau să-și producă efectele abrogarea acestora. Până la adoptarea modificărilor de către Parlament, dar nu după data de 30 noiembrie 1993, dispozițiile legale urmau însă să se aplice.

În același sens, prin Decizia nr. 60 din 7 iunie 1995³⁵, în dispozitiv, Curtea „face un apel către cele două Camere ale Parlamentului României pentru elaborarea unui nou cadru legislativ privind vânătoarea și regimul juridic al armelor de vânătoare, în vederea realizării unei depline concordanțe cu prevederile constituționale referitoare la dreptul de asociere, dreptul de proprietate, precum și la obligația statului de a asigura exploatarea resurselor naturale în conformitate cu interesul național, ocrotirea mediului înconjurător și menținerea echilibrului ecologic”.

b.4). Deciziile substitutive

Prin intermediul deciziilor substitutive, instanța constituțională, declarând constituționalitate în urma efectuării controlului, indică norma juridică ce ar trebui

³² Publicată în M. Of. nr. 473 din 11 iulie 2012.

³³ Publicată în M. Of. nr. 76 din 3 februarie 2010.

³⁴ Ion Deleanu, *op. cit.*, 2006, p. 902.

³⁵ Publicată în M. Of. nr. 27 din 6 februarie 1996.

să o înlocuiască pe cea care a făcut obiectul controlului astfel încât dispozițiile constituționale invocate să nu fie încălcate³⁶.

Prin Decizia nr. 35 din 1 iulie 1993³⁷, Curtea, constatând că pentru contravențiile săvârșite de persoanele fizice, Legea nr. 32/1968 stabilea un control judecătoresc cu privire la respectarea condițiilor legale de aplicare a sancțiunii, pe când pentru contravențiile săvârșite de persoanele juridice exista doar calea unei jurisdicții administrative, a stabilit că sunt astfel încălcate prevederile art. 16 din Constituție potrivit căruia cetățenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice, fără privilegii și fără discriminări, ceea ce implică un regim egal între cetățenii români organizați în persoane juridice și aceiași cetățeni dacă se prezintă, *proprio nomine*, ca subiecte de drept. Admițând excepția de neconstituționalitate, Curtea, în dispozitiv, a mai constatat că „dispozițiile art. 35 din Legea nr. 32/1968 privind stabilirea și sancționarea contravențiilor sunt neconstituționale și, în consecință abrogate, urmând ca în cazul amenințării contravenționale aplicate unei persoane juridice, plângerea acesteia să se rezolve potrivit regulilor stabilite de Legea nr. 32/1968 pentru persoanele fizice”.

b.5). Deciziile constructive

Deciziile constructive reprezintă acel tip de decizii pronunțate în cadrul controlului a priori prin care alături soluția adoptată în ceea ce privește constituționalitatea sau neconstituționalitatea reglementării se stabilesc și anumite principii ce trebuie avute în vedere pentru ca reglementarea să nu încalce dispozițiile actului fundamental³⁸.

Astfel, cu ocazia Deciziei nr. 5 din 14 iulie 1992³⁹, Curtea, deși în dispozitiv stabilea că dispozițiile cuprinse în Legea privind abilitarea Guvernului de a emite ordonanțe și autorizarea contractării și garantării unor credite externe sunt constituționale, în considerente atrăgea atenția că „Guvernul este obligat ca, în exercitarea prerogativelor conferite prin Legea de abilitare, să respecte cu strictețe domeniile rezervate legii organice, orice prevedere dintr-o ordonanță care ar încălca această limită fiind neconstituțională. Chiar dacă o asemenea circumstanțiere nu rezultă în mod expres din Legea de abilitare, ea este implicită și indiscutabilă față de prevederile constituționale”. În mod asemănător, prin Decizia nr. 65 din 6 iunie 1994⁴⁰, Curtea constata în considerente că art. 113 alin. 4 din Regulamentul Camerei Deputaților stabilea o soluție practică și rațională de amânare a votului, dând posibilitatea președintelui Camerei să explice motivul amânării și să ia măsuri

³⁶ Ion Deleanu, *op. cit.*, 2006, p. 902-903.

³⁷ Publicată în M. Of. nr. 218 din 6 septembrie 1993.

³⁸ Ion Deleanu, *op. cit.*, 2006, p. 903.

³⁹ Publicată în M. Of. nr. 173 din 22 iulie 1992.

⁴⁰ Publicată în M. Of. nr. 156 din 22 iunie 1994.

regulamentare pentru realizarea corectă a atribuțiilor Camerei, într-o altă ședință, însă preciza că „prin posibilitatea amânării, textul salvează o lege care altfel, într-o altă interpretare, este de la început respinsă”. Astfel, mai preciza Curtea, „*această dispoziție regulamentară trebuie însă astfel construită încât să nu permită amânarea la nesfârșit a votului*, împiedicând Parlamentul să ia o decizie, să se pronunțe prin vot”, deoarece, „dacă dreptul de a amâna votul nu este delimitat și condiționat, printr-o procedură sau eventual un termen, exercitarea sa continuă, în același caz, poate duce până la urmă la căderea în desuetudine a problemei asupra căreia trebuie să se decidă”. Concluzionând, instanța constituțională admite că „ar fi astfel o altă ipostază în care atribuțiile Camerei nu s-ar putea exercita datorită unui abuz procedural, ipostază care contravine literei și spiritului Constituției”. Dispozitivul deciziei este concordant considerentelor, pronunțându-se constituționalitatea sub rezervă a Regulamentului, „*numai în măsura în care prin regulament s-ar stabili un termen rezonabil pentru supunerea la vot a problemei aflate în discuție*, destinat să asigure păstrarea actualității acestei probleme”.

b.6). Deciziile-complement

Deciziile-complement al legii sunt caracterizate prin faptul că prin intermediul acestora se deduc de la nivel constituțional norme juridice care completând legea supusă controlului îi asigură starea de constituționalitate⁴¹.

Prin Decizia nr. 33 din 19 aprilie 1994⁴², Curtea, respingând ca nefondată excepția de neconstituționalitate a unei hotărâri de guvern, constata că „controlul legalității actelor, normative și individuale, ale Guvernului, ministerelor și celorlalte autorități ale administrației publice, centrale sau locale, indiferent de materia la care se referă, este de competența instanțelor judecătorești, respectiv a secțiilor de contencios administrativ”, această concluzie se impunându-se „și atunci când ilegalitatea actului privește nerespectarea a însesi legii fundamentale, fiind emis prin exces de putere, adică cu depășirea limitelor și condițiilor de exercitare a competenței organului emitent și chiar dacă ilegalitatea unui asemenea act se invocă prin intermediul excepției de neconstituționalitate”.

b.7). Deciziile integrative

Acest tip de decizii, denumite și decizii adiționale sau cumulative, se caracterizează prin faptul că se extinde aplicare unor reglementări asupra unor situații neavute în vedere în acestea⁴³. În acest sens, se poate evoca Decizia nr. 64 din 2 iunie 1994⁴⁴ prin care Curtea constatând că hotărârea organului de jurisdicție

⁴¹ Ion Deleanu, *op. cit.*, 2006, p. 903.

⁴² Publicată în M. Of. nr. 170 din 6 iulie 1994.

⁴³ Ion Deleanu, *op. cit.*, 2006, p. 904.

⁴⁴ Publicată în M. Of. nr. 177 din 12 iulie 1994.

administrativă este supusă controlului judecătoresc al instanței de contencios administrativ, și părților nu li se poate limita exercitarea acestui drept, consfințit de prevederile art. 21 din Constituție, a conchis că, „după epuizarea gradelor de jurisdicție în cadrul Curții de Conturi, dreptul constituțional al părților de a fi judecate de către o instanță judecătorească constituie o garanție constituțională instituționalizată a drepturilor, libertăților și intereselor legitime ale cetățenilor”.

TENDINȚE TOTALITARE ÎN DREPTUL PRIVAT ROMÂN – CU SPECIALĂ PRIVIRE ASUPRA PROPRIETĂȚII

Drd. Ana-Maria ECHERT (Crînguș-Echert)
judecător Judecătoria Pitești*

Abstract

The present study aims, starting from the more general theme of dealing with aspects related to the Romanian normative system, taking into account its recent history, to contribute to a clearer outline of the place that Romania occupies in this corollary of the states that it forms the great European family, in the light of the legislative picture, of the models and forms of regulation adopted by our country.

Regarding the research hypothesis, we start from the premise that the analysis of the Romanian legislative system cannot ignore the recent communist past, the discussion being on the wider field of totalitarianism analysis, as well as its present and past ramifications. Therefore, when trying to analyze a normative system or a part of such a system, meant to highlight the legislator's vision of some legal institutions, the aspects related to the theoretical substantiation of a certain type of vision should not be omitted, in relation to which can also be understood as the need for regulation and its purpose.

We notice that the elaborated study has as objective the identification and analysis of some totalitarian aspects present in the legislative system with special inclination on the matter of property.

Regarding the research results, it was concluded that the law in force has a tendency towards totalitarianism, exemplifying some of the features identified and their implications for property.

Keywords: *totalitarianism, private property, normative inflation, law, state property*

Studiul de față își propune ca pornind de la tema mai generală a tratării unor aspecte legate de istorie, cultură și cetățenie în cadrul Uniunii Europene, să contribuie la conturarea mai clară a locului pe care îl poate ocupa România în acest corolar al

* Școala doctorală a Facultății de Drept, Universitatea din Craiova, conducător de doctorat prof. univ. dr. Eugen Chelaru

statelor care formează marea familie europeană, prin prisma *tabloului legislativ*, a modelelor și formelor de reglementare adoptate de țara noastră. Prezentul demers științific nu se va axa pe abordarea unor chestiuni de tehnică legislativă (această cale urmând a fi lăsată la aprecierea altor specialiști ai dreptului), urmând a reda mai degrabă aspecte legate de efortul susținut pe care sistemul nostru legislativ îl face în anii de după căderea regimului comunist în încercarea de instaurare a democrației.

Deși doctrina juridică recentă se axează preponderent pe studiul unor aspecte de practică, în sensul de analiză aprofundată a contextului legislativ actual și a reformelor necesare din acest punct de vedere, apreciem necesar a sublinia faptul că identitatea noastră națională, din care derivă și spiritul normelor adoptate de legiuitorul român, nu poate face abstracție de trecutul recent comunist.

În esență, cum bine s-a spus „O revoluție nu se face niciodată pe jumătate; trebuie să fie totală, altfel va eșua. Toate revoluțiile a căror amintire a păstrat-o istoria, ca și acelea făurite în vremurile noastre au eșuat pentru că oamenii voiau să pună de acord noile legi cu obiceiurile vechi și să conducă instituții noi cu oameni vechi”¹. Se observă cu ușurință că transformarea nu are cum să fie una facilă, având în vedere că regimurile politice nu sunt entități de sine stătătoare ci au la bază întotdeauna o realitate socială, fiind create și susținute de aceasta, căci așa cum s-a subliniat în doctrină „ordinea și justiția sunt pentru mentalul colectiv așa cum spațiul și timpul sunt pentru gândirea individuală: cadre formale indispensabile”².

Dacă acceptăm ca punct de plecare în ceea ce privește analiza unor aspecte legate de locul României în sistemul pe care îl reprezintă Uniunea Europeană faptul că nu putem face abstracție de trecutul nostru comunist, atunci discuția se poartă pe tărâmul mai larg al analizei totalitarismului, precum și a ramificațiilor prezente și trecute ale acestuia. În context, subliniem încă o dată că atunci când se încearcă analiza unui sistem normativ, sau a unei părți dintr-un atare sistem, merită să reliefeze viziunea legiuitorului asupra unor instituții juridice, ***nu ar trebui omise aspectele ce țin de fundamentarea teoretică a unui anumit tip de viziune***, în raport de care poate fi înțeleasă și ***necesitatea*** reglementării și ***scopul*** acesteia.

Astfel, în măsura în care discuția poartă asupra regimurilor politice totalitare – ***ce trebuie amintite de vreme ce ne dorim a sublinia că dreptul românesc prezintă o aplecare spre totalitarism*** – și asupra schimbărilor politice care au atras după sine adevărate revoluții în Europa, în esență putem afirma că studiile generate de aceste fenomene sunt ample însă în mod cert toate analizele au ca punct de reper

¹ Marat-Mouger, citat în *Hunt, Politics*, p. 27, *apud* David Priestland, Steagul Roșu, *O istorie a comunismului*, Ed. Litera, București, 2012, p. 34.

² Dan Claudiu Dănișor, Teoria generală a dreptului, material în curs de publicare, **partea intitulată Constituționalismul liberal – nota de subsol va fi modificată după publicarea lucrării de către autor**

prăbușirea monarhiilor absolutiste din secolele XVIII-XIX. De remarcat că inclusiv în măsura în care unele sisteme monarhice au supraviețuit, puterile suveranului au fost evident și indiscutabil restrânse față de nemulțumirile sociale pe care le-au generat secole de privilegii. Astfel, ca perioadă de referință în analiza evoluției ideologiilor politice în perioada cuprinsă de la finele sec. XVIII la începutul sec. XIX rămâne Revoluția Franceză, care prin amploare și importanță a produs consecințe semnificative asupra regimurilor politice din întreaga Europă.

De altfel, în doctrina recentă³ s-a arătat că ramificațiile acestor fenomene s-au extins până în sec. XX, având în vedere faptul că „secolul trecut a fost marcat de înfruntarea, uneori, din nefericire, violentă, a două moduri de înțelegere a raporturilor dintre individ și stat: totalitarismul și liberalismul”. Sub acest aspect putem afirma că locul ocupat de România în familia statelor care compun încă Uniunea Europeană este indiscutabil cel al unui stat fost totalitar.

Ideile mișcării revoluționare franceze au fost preluate și înglobate de Marx și Engels, și au reprezentat semnele distinctive al sistemului creat de aceștia, care au încercat să releve modalitatea în care un sistem cum era cel propus de comuniști poate fi împăcat cu ideea de prosperitate economică. „Comuniștii, scriau Marx și Engels în *Manifestul comunist* pot rezuma teoria lor în formula *desființarea proprietății private*. Discipolii lor bolșevici care au preluat puterea și au fondat Uniunea Sovietică au urmat această teorie întru totul, confiscând mare parte din averea țării prin diferite mijloace și folosind-o pentru a instaura un nou regim al proprietății: proprietatea socialistă. Ceea ce a fost înlocuit nu era în totalitate proprietate *privată*, întrucât, la vremea respectivă, în regiunile rurale ale Rusiei prevala proprietatea în comun asupra pământului”⁴. În continuare, autoarele citate remarcă faptul că⁵ „disoluția formelor anterioare de proprietate nu a durat mult” – *mutatis mutandis* remarca se aplică și în cazul României – „câteva decrete de naționalizare, câțiva ani de atacuri permanente asupra țăranimii, și oamenii au renunțat la prerogativele lor de proprietari. Cei o sută douăzeci și cinci de milioane de țărani ai Uniunii Sovietice au fost în mare parte colectivizați pe parcursul a patru ani (1929-1933); le-au urmat, începând din 1948 cei din Europa de Est, într-o perioadă de zece până la 14 ani (1948-1962). Deși poate că sentimentul proprietății private a dăinuit, *drepturile* asociate au fost transferate ministerelor planificatoare și aparatului birocratic ale comunismului de tip sovietic”.

³ Dan Claudiu Dănișor, Teoria generală a dreptului, material în curs de publicare, partea intitulată **Toate sistemele juridice fac disponibilă o protecție a persoanelor și drepturilor** – nota de subsol va fi modificată după publicarea lucrării de către autor

⁴ Marx, Karl și Engels, Friedrich, în *Manifestul Comunist*, ediție îngrijită de Cristian Preda, comentarii de Cătălin Avramescu, Radu Cosașu, Ion Ianoși, Ed. Nemira, București 1998, p. 25 *apud* Gail Kligman, Katherine Verdery, *Țăranii sub asediu. Colectivizarea agriculturii în România 1949-1962*, Ed. Polirom, Iași, 2015, p. 22.

⁵ Gail Kligman, Katherine Verdery, *Ibidem*.

De altfel, așa cum s-a arătat⁶ „Marx a crescut într-o regiune aflată pe o falie istorică și politică: între Franța revoluționară, cu principiile ei de egalitate a tuturor cetățenilor în fața legii, și Prusia nobiliară, având la bază autocrația, ierarhia și privilegiile aristocratice.”

În consecință, și față de cele arătate în cuprinsul paragrafelor precedente, atunci când discutăm despre regimuri totalitare se poate afirma că în principiu două regimuri politice din Europa pot fi considerate ca fiind deplin totalitare, respectiv Germania nazistă și Rusia sovietică.

J. Friedrich și Zbigniew Brzezinski au fost cei care au încercat să propună un model analitic pentru studierea regimurilor totalitare, bazat pe studiul elementelor lor comune, dar și a diferențelor dintre acestea și regimurile autocratice tradiționale. Cei doi au arătat că există șase trăsături principale ale regimurilor totalitare, pe care le-au identificat ca fiind⁷: o ideologie oficială, constând dintr-un corp de doctrină acoperind toate aspectele vitale ale existenței omului la care toată lumea care trăiește în societate trebuie să adere cel puțin pasiv; un singur partid de masă, constând într-o pondere relativ mică de aderenți din rândul populației (până la 10 procente), organizat într-un fel strict ierarhic, oligarhic, de obicei sub un singur conducător; un monopol aproape complet, condiționat tehnologic, al tuturor mijloacelor de luptă armată eficace; un monopol aproape complet și condiționat tehnologic asupra mijloacelor eficace de comunicare în masă; un sistem de control polițienesc-terrorist îndreptat de obicei nu doar împotriva inamicilor evidenti ai regimului, ci împotriva unor clase ale populației alese în mod arbitrar; o economie guvernată central.

Întrucât prezentul material își propune să identifice tendințele totalitare din dreptul românesc actual, trebuie să identificăm mai întâi ce anume permite în epoca pe care o traversăm ca dreptul să mai fie pe alocuri dominat de tendințe totalitare, ținând cont de faptul că experiența unor astfel de regimuri rămâne de tristă amintire și reprezintă un eșec al istoriei moderne.

Ne raliem opiniei exprimate, în raport de care „omul social tinde în mod firesc către reglementare. Tendința lui naturală este de a cere ca toate comportamentele să se desfășoare în ordine și ca încălcarea ordinii să declanșeze un mecanism de restaurare a acesteia. Necesitatea ordinii și justiției face ca omul social să fie orientat către extinderea permanentă a sferei de cuprindere a dreptului. Dreptul pare că trebuie să reglementeze totul, pentru ca ordinea să fie desăvârșită și justiția satisfăcută. Societatea pare orientată în mod natural către totalitarism”⁸.

⁶ David Priestland, *Steagul Roșu*, *op. cit.*, p. 57.

⁷ Constantin Iordachi, *Fascismul european (1918-1945), Ideologie, experimente totalitare și religii politice*, Institutul pentru Studierea Problemelor Minorităților naționale, Cluj Napoca, 2014, p. 45.

⁸ Dan Claudiu Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, material în curs de publicare, **partea intitulată Constituționalismul liberal** – nota de subsol va fi modificată după publicarea lucrării de către autor.

Tendința tot mai pregnantă a societății actuale este aceea că majoritatea indivizilor nu este dată de cei care dețin o educație veritabilă în sensul de a-și asuma decizii și conduite, preferând ca cineva, în cazul de față statul, să le spună ce conduită ar trebui urmată într-o anumite situație. În același timp, deși în conformitate cu legislația în vigoare în România, exercițiul oricărui drept se presupune a fi în concordanță cu scopul acestuia și cu exigențele bunei-credințe, în realitate indivizii nu sunt înclinați spre un astfel de comportament, astfel că tendința legiuitorului este de a reglementa toate aspectele posibile ale vieții cotidiene, pentru a nu denatura normele de la finalitatea care a fost avută în vedere prin exercițiul abuziv al unor drepturi.

Remarcăm totodată că în situația concretă a României nu se poate discuta despre finalizarea procesului de tranziție – în sine acest proces fiind unul de durată – astfel că urmele lăsate de vechiul regim își fac încă simțită prezența, destinarii normelor juridice fiind încă insuficient experimentați în a opune rezistență față de acea parte a dreptului care reprezintă o ingerință nejustificată în sfera drepturilor și libertăților individuale. De altfel, nici măcar identificarea acelor situații în care legiuitorul depășește sfera în care ar trebui să opereze din punct de vedere a reglementării nu este neapărat facil de identificat. Putem afirma fără să greșim prea mult că în prezent dreptul românesc, văzut ca ansamblu de norme, este greu de corelat și aplicat chiar și de profesioniștii dreptului care se văd puși în situația de a lucra cu texte din materii diferite, care trebuie interpretate coroborat, în vederea asigurării efectivității acestora.

Pentru a exemplifica cât mai în concret dificultățile întâmpinate de practicianul român, ne propunem să arătăm că *una dintre fațetele dreptului totalitar* – anume tendința de a reglementa excesiv – se poate identifica analizând ansamblul normelor adoptate după 1990, în materie de proprietate. Sub acest aspect este important de precizat că în ceea ce privește sistemul legislativ român acesta se caracterizează nu doar printr-o codificare a normelor incidente în anumite materii, ci și prin existența unei legislații conexe importante ca volum. De asemenea, arătăm că în general este dificil de identificat un domeniu care să fie reglementat de un singur act normativ, cuprinzător sub toate aspectele, dreptul actual caracterizându-se printr-un set de norme care este necesar să fie corect identificate de practician (constituind astfel dreptul aplicabil unei situații date), aplicate coroborat și prin prisma principiilor care guvernează aplicarea în timp a legii.

În continuarea raționamentului expus, în ceea ce privește regimul juridic al imobilelor, vom exemplifica ținând cont de categoria acestora, respectiv imobile construcții și imobile terenuri.

Cum s-a arătat⁹ în doctrina recentă, „datorită importanței lor, precum și prin luarea în considerare a unor interese de ordin general, social, exercițiul dreptului

⁹ Corneliu Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 102.

de proprietate privată asupra unor categorii de bunuri poate fi supus de legiuitor unor reguli speciale”. Sub acest aspect subliniem că ceea ce ne propunem să arătăm este nu faptul că dreptul românesc este unul totalitar – *sublinierea fiind importantă pentru a nu conduce la o înțelegere greșită a prezentului studiu* – ci că dreptul românesc prezintă *tendențe totalitare*, în opinia noastră tendința fiind una amplificată de moștenirea recent comunistă a României.

În ceea ce privește regimul juridic al construcțiilor s-a arătat¹⁰ că „interesează cu deosebire cadrul juridic general al amenajării teritoriului și cel al executării, al transformării și al demolării construcțiilor, pentru că, din punctul de vedere al circulației lor, ele sunt în circuitul civil general”.

În materie, principiile generale sunt edicate de dispozițiile Legii nr. 350 din 6 iulie 2001, privind amenajarea teritoriului și urbanismul¹¹, precum și de dispozițiile Legii nr. 50/1991, privind autorizarea lucrărilor de construcții¹².

În vederea reglementării situației unor imobile sau pentru a conferi persoanelor fizice posibilitatea de a dobândi în proprietate personală imobile locuite sau chiar având altă destinație, fie prin cumpărare de la stat, fie prin construire de locuințe¹³, au fost elaborate mai multe acte normative, după cum urmează:

1) Decretul-lege nr. 61/1991, privind vânzarea de locuințe construite din fondurile statului către populație;

2) Legea nr. 85/1992, privind vânzarea de locuințe și spații cu altă destinație, construite din fondurile statului și din fondurile unităților economice sau bugetare de stat;

3) Legea nr. 112/1995, privind reglementarea situației unor imobile cu destinația de locuințe, trecute în proprietatea statului;

4) Legea nr. 114/1996, a locuinței.

Fără a analiza în detaliu dispozițiile Legii nr. 61/1991 și ale Legii nr. 85/1992 ne vom limita să afirmăm că acestea au fost gândite drept legi de protecție socială, având în vedere anumite facilități pe care le acordau cumpărătorilor¹⁴.

Totodată, referitor la situația juridică a terenului pe care se află locuințele dobândite în conformitate cu dispozițiile legale arătate în precedent, se remarcă faptul că potrivit art. 3 alin. 2) din Decretul-lege nr. 61/1990, odată cu locuința se transmite cumpărătorului și *dreptul de folosință* asupra terenului aferent, pe durata existenței construcției.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Publicată în M. Of. nr. 373 din data de 10 iulie 2001.

¹² Pentru modificările și completările suferite de Legea nr. 50/1991, a se vedea Corneliu Bîrsan, *op. cit.*, p. 103.

¹³ *Idem*, p. 106.

¹⁴ Pentru mai multe detalii a se vedea Corneliu Bîrsan, *op. cit.*, p. 107, Eugen Chelaru, *Drept civil. Drepturile reale principale. Curs universitar*, ed. a 5-a, Ed. C.H. Beck, București 2019, p. 233 și urm.

O altă reglementare se regăsește în cadrul dispozițiilor art. 36 alin. 2) din Legea nr. 18/1991, text în raport de care terenurile proprietate de stat, situate în intravilanul localităților, atribuite potrivit legii în folosință veșnică sau pe durata existenței construcțiilor în vederea construirii de locuințe proprietate personală sau cu ocazia cumpărării de la stat a unor asemenea locuințe trec, la cererea proprietarilor actuali ai locuințelor, *în proprietatea acestora*, integral sau după caz proporțional cu cota deținută din construcție.

În mod asemănător și în cadrul art. 10 din Legea nr. 85/1992 se prevede că dacă într-o clădire sunt mai multe locuințe sau spații cu o altă destinație care se vând, odată cu dreptul de proprietate asupra acestora se dobândește și dreptul de proprietate asupra terenului aferent clădirii, așa cum a fost determinat prin autorizația de construire sau prin fișele tehnice de măsurători ale terenului aferent clădirii.

În privința Legii nr. 112/1995 pentru reglementarea situației juridice a unor imobile cu destinație de locuințe, trecute în proprietatea statului, aceasta reglementează unele măsuri reparatorii pentru foștii proprietari ai imobilelor cu destinație de locuințe trecute în proprietatea statului sau a altor persoane juridice, după 6 martie 1945, cu titlu, și care se aflau în posesia titularului sau a altor persoane juridice la data de 22 decembrie 1989.

În vederea aplicării dispozițiilor normative ale Legii nr. 112/1995 este necesar ca trecerea locuinței în proprietatea statului să se fi făcut în temeiul unui titlu valabil pentru stat sau alt dobânditor, urmând ca valabilitatea titlului să fie analizată în raport de dispozițiile legale în vigoare la data la care a operat.

S-a arătat¹⁵ că aplicarea măsurilor reparatorii prevăzute de Legea nr. 112/1995 nu reprezintă o modalitate de dobândire a dreptului de proprietate de către beneficiari, ci o redobândire a unui drept pe care titularul l-a avut anterior în patrimoniul său. Este adevărat că el l-a pierdut ca urmare a aplicării unor măsuri abuzive o perioadă de timp, când titularul său a fost statul sau un alt subiect de drept care a primit bunul respectiv. Nu mai puțin, pe temeiul perpetuității dreptului de proprietate, titularul măsurii reparatorii va redobânda dreptul temporar pierdut.

Cu privire la dispozițiile Legii nr. 114/1996 – legea locuinței, definește noțiunea de locuință ca fiind construcția alcătuită din una sau mai multe camere de locuit, cu dependențele, dotările și utilitățile necesare, ce satisface cerințele de locuit ale unei persoane sau ale unei familii (art. 2 lit. a).

Legea nr. 114/1996 a fost completată prin dispozițiile O.U.G. nr. 210/2008, care a adăugat pe lângă definiția locuinței propriu-zise alte categorii de locuințe.

Din punct de vedere al ingerințelor legiuitorului în dreptul de proprietate având ca obiect construcții, se remarcă faptul că inclusiv în perioada anterioară anului 1990 acestea au fost în circuitul civil general, cu mențiunea că actele

¹⁵ Corneliu Bîrsan, *op. cit.*, p. 109.

juridice având ca obiect transmiterea dreptului de proprietate în privința construcțiilor, respectiv constituirea de drepturi reale asupra acestora erau condiționate de autorizații administrative și de încheierea actului în forma autentică sub sancțiunea nulității absolute.

Cu privire la perioada de după anul 1990 și până la intrarea în vigoare a Noului Cod Civil, în doctrina de specialitate s-a opinat că nu exista vreo condiție specială de formă în privința actelor juridice având ca obiect transmiterea sau constituirea de drepturi reale referitoare la imobile construcții¹⁶.

În prezent, sediul materiei cu privire la regimul juridic al construcțiilor este reprezentat de dispozițiile art. 885 C. civ., în raport de care drepturile reale asupra imobilelor cuprinse în cartea funciară se dobândesc, atât între părți, cât și față de terți, doar prin înscrierea lor în cartea funciară, pe baza actului sau faptului juridic în sens restrâns care a justificat înscrierea.

Totodată, în conformitate cu dispozițiile art. 888 C. civ., înscrierea în cartea funciară a drepturilor reale (incluzându-se astfel și drepturile reale asupra construcțiilor), se efectuează în baza înscrisului autentic notarial, a hotărârii judecătorești definitive, a certificatului de moștenitor ori în baza altui act emis de autoritățile administrative, în cazurile în care legea prevede aceasta.

De asemenea, în conformitate cu dispozițiile art. 886 C. civ., modificarea unui drept real imobiliar se face conform regulilor aplicabile dobândirii sau stingerii drepturilor reale, dacă prin lege nu se dispune altfel.

Remarcăm, însă, că în conformitate cu dispozițiile art. 56 alin. 1 din Legea nr. 71/2011, privind punerea în aplicare a dispozițiilor Noului Cod Civil, dispozițiile art. 885 alin. 1 C. pr. civ. se aplică doar după finalizarea lucrărilor de cadastru pentru fiecare unitate administrativ teritorială și deschiderea, la cerere sau din oficiu, a cărților funciare.

Astfel, la acest moment, până la data la care se vor finaliza lucrările de cadastru, înscrierea în cartea funciară a dreptului de proprietate și a altor drepturi reale pe baza actelor juridice prin care acestea s-au transmis, constituit ori modificat în mod valabil se face doar în scop de opozabilitate față de terți, între părți transmisiunea operând la momentul perfectării actului în forma autentică, în conformitate cu dispozițiile art. 1244 C. civ.

În privința regimului juridic al imobilelor terenuri, se remarcă în mod deosebit dispozițiile Legii nr. 18/1991. După cum s-a observat în doctrină¹⁷ „revenirea societății românești la sistemul de valori fundamentate pe respectul proprietății private a impus necesitatea adoptării unor măsuri reparatorii pentru cei care au pierdut proprietatea terenurilor (...). Actul normativ de bază în această

¹⁶A se vedea Corneliu Bîrsan, *op. cit.*, p. 113.

¹⁷Eugen Chelaru, *op. cit.*, p. 149.

materie este Legea Fondului Funciar, nr. 18/1991, care utilizează procedura reconstituirii, respectiv procedura constituirii în scopul stabilirii dreptului de proprietate asupra terenurilor.

În concordanță cu acest act normativ, anume potrivit art. 1, terenurile de orice fel, indiferent de destinație, de titlul pe baza căruia sunt deținute sau de domeniul public sau privat din care fac parte, constituie fondul funciar al României.

Potrivit art. 2 din Legea nr. 18/1991, în funcție de destinație terenurile sunt clasificate în:

- a) terenuri cu destinație agricolă;
- b) terenuri cu destinație forestieră;
- c) terenuri aflate permanent sub ape;
- d) terenuri din intravilan, aferente localităților urbane și rurale;
- e) terenuri cu destinații speciale.

Potrivit art. 3 din același act normativ, prin deținători de terenuri se înțelege titularii dreptului de proprietate, ai altor drepturi reale asupra acestora sau cei care, potrivit legii civile, au calitatea de posesori sau deținători precari.

Potrivit art. 74 și art. 75 din Legea nr. 18/1991, deținătorii de terenuri agricole sunt obligați să asigure cultivarea acestora și protecția solului, în caz contrar putând fi sancționați contravențional.

Totodată, schimbarea categoriei de folosință a terenurilor arabile ale persoanelor juridice se poate face doar cu avizul organelor de specialitate județene, în condițiile legii (art. 77).

În privința persoanelor fizice, acestea sunt libere să schimbe categoria de folosință a terenurilor agricole pe care le dețin în proprietate, cu obligația de a anunța schimbarea intervenită în termen de 30 de zile de la data când aceasta a intervenit, la oficiul județean de cadastru agricol și organizarea teritoriului agricol.

Menționăm că în conformitate cu dispozițiile art. 82 și 83 din Legea nr. 18/1991, deținătorii de terenuri agricole sunt obligați să execute, prin unități specializate, lucrările necesare pentru protecția și ameliorarea solului, stabilite de organele abilitate. În cazul terenurilor degradate și poluate care și-au pierdut capacitatea de producție agricolă sau silvică, acestea vor fi constituite în perimetre de ameliorare.

Potrivit art. 91 din Legea nr. 18/1991, amplasarea construcțiilor de orice fel se face în intravilanul localităților, cu excepția celor care prin natura lor pot genera efecte poluante factorilor de mediu.

Fără a analiza toate obligațiile care incumbă deținătorilor de terenuri în temeiul Legii nr. 18/1991, ne vom limita să afirmăm că atât valoarea economică ridicată, cât și caracterul limitat al fondului funciar implică ca regimul juridic al acestuia să fie unul special, de natură să limiteze unele din atributele dreptului de proprietate, *însă cu toate acestea se observă că tendința legiuitorului a fost de a reglementa excesiv într-o materie în care se impune ca aspectele legate de claritatea*

normelor, previzibilitatea și accesibilitatea acestora să fie prioritară. În egală măsură trebuie observat și că textele de lege la care s-a făcut referire ridică probleme din punct de vedere al aplicabilității în timp, ținând cont că au fost supuse unor modificări și completări succesive.

Cum remarcam și în paragrafele precedente, dreptul totalitar este în mod incontestabil un drept ideologizat. Față de această afirmație, remarcăm o confuzie la nivelul sistemului de drept din România între ceea ce înseamnă o societate bună, care sunt principiile care ar trebui să o fundamenteze, în acord cu viziunea maselor asupra acesteia, și o anumită ordine morală, confuzie care persistă inclusiv în privința modalității în care unii practicieni ai dreptului înțeleg să interpreteze și să aplice normele juridice.

În egală măsură, în ceea ce privește materia restituirii proprietăților confiscate în mod abuziv de către stat în perioada comunistă (în oricare din formele sale), observăm că această confuzie între principiile care stau la baza unei societăți juste și ordinea morală ocazionează apariția unor decizii de forma Deciziei nr. 42/2016¹⁸, privind examinarea sesizării formulate de Tribunalul Galați – Secția I civilă, în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile cu privire la chestiunea de drept referitoare la interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 1 alin. (3) și art. 4 teza 1 din Legea nr. 165/2013 privind măsurile pentru finalizarea procesului de restituire, în natură sau prin echivalent, a imobilelor preluate abuziv în perioada regimului comunist în România, cu modificările și completările ulterioare, prin raportare la dispozițiile art. 1 alin. (1) și art. 3 pct. 6 din același act normativ, art. 27 alin. (1) din Legea fondului funciar nr. 18/1991, republicată, cu modificările și completările ulterioare, și art. 1 din Protocolul nr. 1 adițional la Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, decizie care a statuat că *„în situația în care titularul a înstrăinat drepturile care i se cuvin potrivit legilor de restituire a proprietății, iar cererea de reconstituire formulată în temeiul legilor fondului funciar nu a fost soluționată prin emiterea titlului de proprietate sau de despăgubire în beneficiul titularului originar, al moștenitorilor acestuia sau al terțului dobânditor până la data intrării în vigoare a Legii nr. 165/2013, cesionarul, ca persoană îndreptățită la măsuri reparatorii, are dreptul exclusiv la măsura reparatorie prevăzută de noua lege de reparație constând în compensarea prin puncte potrivit art. 24 alin. (2)-(4) din Legea nr. 165/2013, cu modificările și completările ulterioare”.*

S-a arătat că¹⁹ „rațiunea instituirii unei reglementări diferite a modalității de despăgubire în raport cu beneficiarii legii o constituie faptul că întreaga legislație cu caracter reparator a vizat exclusiv titularul dreptului sau moștenitorii acestuia,

¹⁸ M. Of. nr. 105 din 07 februarie 2017.

¹⁹ A se vedea pe larg decizia menționată.

deoarece caracterul abuziv al preluării bunurilor imobile s-a răsfrânt asupra persoanei, astfel încât situația dobânditorilor de drepturi izvorâte din legile de restituire cunoaște, în concepția noii legi, o reglementare specială în ceea ce privește acordarea măsurilor reparatorii, legiuitorul român plasându-se, în conformitate cu exigențele stabilite de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, prin Hotărârea-pilot, pronunțată în Cauza Maria Atanasiu și alții împotriva României, în interiorul marjei de apreciere a modului de configurare și executare a creanțelor statului în materia restituirii imobilelor. De altfel, Curtea Constituțională, evidențiind scopul urmărit de legiuitor prin instituirea unor reglementări diferite ale modalității de despăgubire în raport cu beneficiarii legii, a subliniat faptul că opțiunea legiuitorului de a exclude de la măsura reparatorie a restituirii în natură, precum și de la cea a compensării integrale prin puncte a persoanelor în patrimoniul cărora a fost transmis, prin intermediul unor contracte cu titlu oneros, dreptul de a obține măsurile reparatorii, apare ca fiind justificată în mod obiectiv și rezonabil, dat fiind faptul că asupra acestora din urmă nu s-au răsfrânt direct sau indirect măsurile de preluare abuzivă”.

În cuprinsul deciziei interpretative citate s-a menționat „referitor la noile mecanisme de restituire, (...) că instanța de contencios european, în Hotărârea-pilot Maria Atanasiu și alții împotriva României (paragraful 135) a subliniat faptul că fostele state comuniste nu au obligația generală de a restitui bunurile care au fost confiscate înainte de ratificarea Convenției și că este opțiunea fiecărui stat de a aprecia asupra modalității de restituire, având posibilitatea de a adopta orice reglementare în acest sens, iar în Hotărârea din 29 aprilie 2014, pronunțată în Cauza Preda și alții contra României, Curtea Europeană a Drepturilor Omului nu a criticat Legea nr. 165/2013, cu modificările și completările ulterioare, ci a constatat că, în principiu, legea nu încalcă prin ea însăși dreptul de proprietate, constituind un remediu eficace, care trebuie parcurs, iar în privința modului de calcul și de acordare a despăgubirilor a considerat că alegerea soluțiilor se încadrează în marja de apreciere a statului”.

Atunci când discutăm despre ideologia asupra binelui general, este facilă capcana prioritizării interesului general în detrimentul drepturilor individuale, deoarece „în numele interesului general, individul este somat să se plieze deplin cerințelor societății”²⁰.

Totodată remarcăm ideea că în prezent orice normă elaborată într-un anumit domeniu este văzută și prezentată de puterea legiuitoare drept formă de progres, în scopul declarat al construirii unei societăți mai bune.

²⁰ Dan Claudiu Dănișor, Teoria generală a dreptului, material în curs de publicare, **partea intitulată Constituționalismul liberal** – nota de subsol va fi modificată după publicarea lucrării de către autor

Din acest punct de vedere nu ar trebui să ignorăm faptul că o trăsătură caracteristică esențială a regimurilor totalitariste era legată de construirea omului nou, sens în care în perioada comunistă se afirma de către Ministrul Propagandei Leonte Răutu că „Nu este niciun secret, țărani noștri sunt foarte înapoiți din punct de vedere cultural și în ceea ce privește felul cum trebuie lucrat pământul în mod științific (...). De aceea e nevoie să nu facem o agitație abstractă ci să răspândim metode progresiste de prelucrare a pământului și de creștere a vitelor”²¹.

Deși am putea considera perimate afirmațiile de mai sus în contextul actual, important este să înțelegem că pretenția de a putea construi o societate mai bună și un om nou, superior, moral și perfect adaptat timpurilor pe care le trăiește poate conduce la o astfel de viziune în orice domeniu al vieții.

Remarcăm în continuare că, în principiu, statele totalitare se remarcă prin existența unui singur partid de masă, mai bine spus prin inexistența pluralismului politic. Ne întrebăm astfel, dacă în contextul socio-politic al României contemporane există o diferență reală și efectivă din punct de vedere doctrinar în ceea ce privește partidele ce fac politicile care ar trebui implementate. Sub acest aspect – pentru a motiva o atare afirmație în contextul unei analize ce se dorește totuși preponderent juridică, ne permitem să afirmăm că deși majoritatea opiniilor din societatea actuală sunt în sensul separației clare a analizei politice de cea juridică, prin raportare la principiul separației puterilor, nu ar trebui ca această idee să fie dusă la extrem și denaturată de la scopul inițial avut în vedere. Astfel, faptul că puterea judecătorească este separată de cea politică nu ar trebui înțeles decât în sensul independenței magistraților în darea hotărârilor pe care le pronunță și nu în transformarea științei dreptului în ceva diferit și separat de științele politice, întrucât o atare separație ar fi profund nerealistă.

Faptul că profesioniștii dreptului nu beneficiază de o pregătire instituționalizată în ceea ce privește materia științelor politice reprezintă din păcate o vulnerabilitate a sistemului, imposibil de acoperit prin predarea materiei Dreptului Constituțional în facultățile de drept din România, vulnerabilitate care face ca magistrații să fie relativ simplu de transformat în simple instrumente de aplicare a dreptului dictat de puterea legiuitoare, aspect față de care „justiția nu mai asigură un echilibru între concepțiile, interesele, grupurile... diverse, ci impune unele dintre ele. Dreptul devine, astfel, un mijloc de reconfigurare a valorilor perfecționiste. El asigură crearea omului nou, care se integrează deplin în „minunata lume nouă”²².

²¹ Gail Kligman, Katherine Verdery, *op. cit.*, p. 217.

²² Dan Claudiu Dănișor, Teoria generală a dreptului, material în curs de publicare, **partea intitulată Constituționalismul liberal** – nota de subsol va fi modificată după publicarea lucrării de către autor

În societatea contemporană discutăm din ce în ce mai des despre instituții și modalitatea în care acestea sunt sau pot deveni eficiente, însă aproape deloc despre drepturile individuale al căror exercițiu ar trebui facilitat de aceste instituții. Sub acest aspect s-a păstrat încă din regimul totalitar comunist atât tendința de așa-zisă educare a cetățeanului în ideea urii față de anumite categorii sociale, cât și ideea educării acestuia în sensul că ar trebui să accepte necondiționat realitățile juridice impuse de partid.

Referitor la perioada regimului totalitar se remarcă faptul că „întrucât puterea comunistă a fost impusă în România din afară, și nu în urma unui proces revoluționar intern, partidul a avut de-a face cu o populație foarte puțin receptivă la ideile sale. El a trebuit să construiască o societate revoluționară, și, concomitent, să ridice nivelul de conștiință al oamenilor, transformând structurile sale de clasă chiar în timp ce își învăța cetățenii care erau noile forme de expresie și noile categorii conceptuale prin prisma cărora era necesar să gândească”²³.

În ceea ce privește ura față de anumite categorii sociale, se remarcă în dreptul românesc faptul că, chiar dacă nu în mod direct *de iure*, cel puțin *de facto*, în ultimii ani a existat o incontestabilă tendință de a proteja anumite categorii defavorizate, inducându-se ideea că alte categorii beneficiază de beneficii nemeritate. Sub acest aspect se remarcă faptul că deși statul român protejează averea dobândită în mod licit, aspect față de care ar trebui încurajat atât mediul de afaceri cât și anumite categorii de bugetari cărora ar trebui să li se garanteze venituri peste medie prin prisma activității prestate, în concret asistăm la o demonizare a acestora ce amintește de perioada comunistă prin prisma luptei de clasă. S-a remarcat astfel că principala componentă a luptei de clasă a fost „demonizarea țăranilor bogați prin vorbe și fapte”. „Lupta socială era menită să genereze conflicte sociale și în plus să ofere foștilor țărani bogați posibilități nemaivăzute până atunci”²⁴.

Nu în ultimul rând, asistăm la schimbarea intempestivă a cadrului juridic în ceea ce privește reglementarea unor domenii esențiale ale funcționării statului, cum este spre exemplu materia fiscală, materia dreptului muncii, aspecte ce țin de organizarea și funcționarea sistemului de justiție, reglementarea unor domenii esențiale în funcționarea unui stat democratic, cum ar fi regimul proprietății, cu toate implicațiile acestuia.

În doctrină s-a remarcat că „schimbarea arbitrară a ordinii juridice este o altă trăsătură definitorie a dreptului totalitar. Securitatea persoanelor nu include niciodată cu adevărat securitatea lor juridică, adică cea garantată contra schimbării intempestive și arbitrare a regulilor juridice.”²⁵

²³ Gail Kligman, Katherine Verdery, *op. cit.*, p. 218

²⁴ Gail Kligman, Katherine Verdery, *op. cit.*, p. 317

²⁵ Dan Claudiu Dănișor, Teoria generală a dreptului, material în curs de publicare, **partea intitulată Constituționalismul liberal** – nota de subsol va fi modificată după publicarea lucrării de către autor

Arătăm recent faptul că²⁶ „într-o societate axată pe protecția drepturilor individuale, fenomenul inflației normative este de natură să conducă la regresul acestei protecții.” De altfel, în doctrină este unanim acceptat faptul că inflația legislativă reprezintă un indicator al evoluției unui sistem juridic către totalitarism.

Vom alege din nou să exemplificăm ideile de mai sus prin reglementarea aspectelor ce țin de dreptul de proprietate și evoluția acestora în trecutul recent al României. Astfel, sub imperiul Codului civil de la 1864 nu existau dispoziții speciale referitoare la regimul juridic al imobilelor terenuri, urmând a fi aplicate principiile generale, astfel cum rezultau acestea din ansamblul reglementării.

Cu titlu exemplificativ, arătăm că potrivit art. 475 Cod civil de la 1864 oricine poate dispune liber de bunurile ce sunt ale lui, iar potrivit art. 971 Cod civil de la 1864 în contractele care au ca obiect translația proprietății sau a altui drept real, proprietatea sau dreptul se transmite prin efectul consimțământului părților.

Din interpretarea coroborată a textelor Codului civil de la 1864 s-a desprins concluzia că principiul consensualismului actelor juridice se aplica și în privința înstrăinărilor de terenuri.

În perioada 1947-1989, sub regimul comunist, s-a instituit un control administrativ prealabil al înstrăinărilor tuturor categoriilor de terenuri și s-a impus condiția formei autentice a actului de înstrăinare.

În privința măsurilor luate imediat după instaurarea regimului comunist este de reținut că la câteva luni după instaurare, 1050 de întreprinderi industriale, bancare sau de asigurări au trecut în mâinile statului, în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 119/1948 – a naționalizării.

Totodată, la 2 martie 1949, prin Decretul nr. 84 a debutat colectivizarea, prin exproprierea proprietăților mai mari de 50 ha, până în anul 1962 trecând în proprietatea statului majoritatea proprietăților agricole.

Ulterior, în anul 1950 au urmat locuințele, fiind trecute în proprietatea statului, fără nicio despăgubire și libere de orice sarcini sau drepturi reale de orice fel, imobilele aparținând foștilor industriași, moșieri, bancheri și mari comercianți.

În anul 1974 au fost adoptate Legea nr. 58 privind sistematizarea teritoriului și a localităților urbane și rurale, precum și Legea nr. 59 referitoare la fondul funciar, prin care terenurile au fost scoase din circuitul civil general, singura modalitate de dobândire recunoscută fiind moștenirea legală.

Totodată, în caz de înstrăinare a construcției, terenul aferent acesteia trecea ope legis în proprietatea statului, dobânditorul construcției dobândind în folosință terenul pe care aceasta era situată, aceasta fiind de altfel rațiunea pentru care în prezent art. 36 alin. 3 din Legea nr. 18/1991 prevede că terenurile atribuite în

²⁶ Ana Maria Crînguș-Echert, *Impactul inflației normative în materia dreptului de proprietate*, Conferința națională a doctoranzilor în drept, Craiova, 6 – 7 decembrie 2019

folosință, pe durata existenței construcțiilor dobânditorilor acestora, ca efect al preluării terenurilor aferente construcțiilor, în condițiile art. 30 din Legea nr. 58/1974, referitoare la sistematizarea teritoriului și a localităților urbane și rurale, trec în proprietatea actualilor titulari ai dreptului de folosință a terenului, proprietari ai locuințelor.

Imediat după Revoluția din 1989 au fost abrogate actele normative restrictive în materie, fiind elaborate o serie de acte normative care, la rândul lor, au fost abrogate unele prin altele și care au produs efecte juridice prin raportare la principiul *tempus regit actum*.

Odată cu intrarea în vigoare a Noului Cod Civil a fost instituit un regim juridic unitar al imobilelor, fie că vorbim despre terenuri, fie că vorbim despre construcții, care este reprezentat în linii mari de dispozițiile art. 885 C. civ., art. 886 C. civ. și art. 888 C. civ.

În esență, sub rezerva unor dispoziții legale contrare, drepturile reale asupra imobilelor înscrise în cartea funciară se dobândesc, atât între părți, cât și față de terți, numai prin înscrierea în cartea funciară, pe baza actului juridic sau faptului juridic în sens restrâns care a justificat înscrierea; modificarea unui drept real imobiliar se face potrivit regulilor aplicabile dobândirii sau stingerii de drepturi reale, dacă prin lege nu se dispune altfel; înscrierea în cartea funciară a drepturilor reale asupra tuturor categoriilor de bunuri imobile se efectuează în baza înscrisului autentic notarial, a unei hotărâri judecătorești rămase definitivă, a certificatului de moștenitor, în baza unui act emis de autoritățile administrative, în cazurile prevăzute de lege.

În conformitate cu dispozițiile art. 1244 C. civ., convențiile constitutive sau translativ de drepturi reale ce urmează a fi înscrise în cartea funciară trebuie să fie încheiate prin înscris autentic, sub sancțiunea nulității absolute a actului prin care se realizează aceste operațiuni juridice.

Rațiunea limitării exercitării dreptului de proprietate privată asupra terenurilor este legată de necesitatea sistematizării și amenajării teritoriului, precum și de nevoile urbanismului modern. Teritoriul este un element indispensabil fiecărui stat, explicându-se astfel reglementarea sa prin norme de drept public.

Toate cele arătate în precedent, la care se adaugă și alte restricții și limitări prin care legiuitorul gestionează materia proprietății, cum sunt de exemplu cele incidente în materie de dobândire a dreptului de proprietate asupra terenurilor de către cetățenii străini sau apatrizi, precum și de către persoanele juridice străine, cele incidente în materie de regim juridic al bunurilor aflate în patrimoniul cultural național sau al regimului juridic al bunurilor arheologice mobile descoperite întâmplător sau prin cercetări sistematice, reprezintă în fapt ingerințe permise de lege, în virtutea cărora dreptul de proprietate este alterat în privința caracterului absolut al acestuia, afectând totodată dreptul titularului de a dispune în legătură cu bunul.

În esență statul liberal și dreptul său constituțional prioritizează libertatea, însă societatea contemporană nu a ajuns încă la acest nivel al percepției și conștientizării valorilor democrației. Când analizăm regimurile totalitare obișnuim să ne raportăm la ele ca aparținând trecutului, sau cel mult ca fiind anomalii pe cale de dispariție ale epocii moderne. Cu toate acestea, din punct de vedere istoric și sociologic nu se poate afirma că pericolul reapariției fenomenelor totalitare a dispărut, iar unele dintre acestea sunt bine mascate de aparența democrației.

Cum arătam în paragrafele precedente, dreptul nu poate fi privit în mod izolat de un anumit context istoric, de evoluția gândirii și a ideilor într-o societate la un moment dat.

Din contră, dreptul este un produs social, de natură să reflecte gradul de maturitate al indivizilor care compun o societate dată, precum și modalitatea în care indivizii înțeleg să proiecteze societatea în care aleg să trăiască. Iată de ce nu am putea afirma că din punct de vedere al cercetării proprietății, aceasta ar trebui să facă abstracție de fenomenul istoric și social și să se axeze doar pe analiza normelor adoptate de-a lungul timpului și incidente în materia supusă analizei. Astfel, reținând ideea exprimată în paragrafele anterioare, în conformitate cu care proprietatea este expresia libertății individuale, din punct de vedere istoric viziunea asupra proprietății a fost legată în mod direct de tipul de societate proiectată la un moment dat. De altfel, tabloul general al privării de proprietate se analizează în strânsă legătură cu fenomenul comunismului, nașterea și răspândirea acestuia în Europa, motiv pentru care prezentul studiu nu poate face abstracție de utilizarea unor demersuri istorice și sociologice, chiar dacă în contextul doctrinei actuale acestea nu sunt avute întotdeauna în vedere de cercetătorii dreptului.

Se încearcă astfel îndepărtarea prezentei analize de un demers pur dogmatic, și pe alocuri redundant, finalitatea constând în găsirea unor explicații pentru care România s-a confruntat cu fenomene ce au condus la privarea de proprietate, să contribuie la conturarea mai clară a locului pe care îl poate ocupa România în acest corolar al statelor care formează marea familie europeană, prin prisma tabloului legislativ și a modelelor și formelor de reglementare adoptate de țara noastră, cum am subliniat de altfel în partea introductivă a studiului de față.

Așa cum în mod judicios s-a subliniat în doctrină *„regula în democrațiile liberale este că dreptul nu poate avea ca obiectiv (și deci ca obiect de reglementare) impunerea valorilor perfecționiste”²⁷, astfel că nu este permisă limitarea unui drept fundamental, cum este dreptul de proprietate, folosind drept motiv al limitării un interes general, nedeterminat.*

²⁷ Dan Claudiu Dănișor, Teoria generală a dreptului, *material în curs de publicare*, partea intitulată Obiectul reglementării juridice – nota de subsol va fi modificată după publicarea lucrării de către autor.

S-a arătat în doctrină²⁸ că există cazuri în care legea restrânge proprietatea în profitul altor interese particulare, care se fondează ele însele pe un nou interes general, ajungându-se adesea la un fel de dezmembrare imperceptibilă a proprietății.

Altfel spus, dreptul de proprietate nu poate fi pe deplin înțeles în lipsa analizării limitelor acestuia și implicit a ingerințelor existente pe parcursul ultimilor săi ani de evoluție. Astfel, s-a arătat că²⁹ „în unele societăți foste comuniste, criza economică va genera probabil o nostalgie crescândă față de comunism, cu promisiunile lui de locuri de muncă și asistență socială pentru toată lumea”, iar în ceea ce privește situația României este evident că acest fenomen a fost deja înregistrat.

Pe de altă parte, „istoria comunismului ar trebui să ne învețe două lucruri. Prima lecție, înțeleasă de-acum de numeroși autori este cât de distructivă poate fi gândirea utopică dogmatică. A doua lecție, mai degrabă neglijată astăzi, constă în pericolul inegalităților puternice și al percepției in justiției – pentru că ele pot face politicile utopice foarte atrăgătoare³⁰”.

BIBLIOGRAFIE:

- ❖ Bîrsan C., (2017), *Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod Civil*, Ed. Hamangiu, București;
- ❖ Chelaru E., (2019), *Drept civil. Drepturile reale principale*, ed. 5, Curs universitar, Ed. C.H. Beck, București;
- ❖ Dănișor D. C., *Teoria Generală a Dreptului, material în curs de publicare*
- ❖ Iordachi C., (2014), *Fascismul european (1918-1945), Ideologie, experimente totalitare și religii politice*, Institutul pentru Studiarea Problemelor Minorităților naționale, Cluj Napoca;
- ❖ KLIGMAN G., VERDERY K., (2015), *Țăranii sub asediu. Colectivizarea agriculturii în România 1949-1962*, Ed. Polirom, Iași;
- ❖ Malaurie P., Aynes L., (2013), *Drept civil, Bunurile*, Ed. Wolters Kluwer, București;
- ❖ PRIESTLAND D., (2012) *Steagul Roșu – O istorie a comunismului*, Ed. Litera, București.

²⁸ Ph. Malaurie, Laurent Aynes, *op. cit.*, p. 107.

²⁹ David Priestland, *Steagul Roșu, op. cit.*, p. 696

³⁰ *Op. cit.*, p. 697

LICHIDAREA BUNURILOR URMĂRIBILE DIN AVEREA DEBITORULUI ÎN PROCEDURA JUDICIARĂ DE INSOLVENȚĂ PRIN LICHIDARE DE ACTIVE APLICABILĂ PERSOANELOR FIZICE CONSUMATORI

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

Abstract

The consumers individuals enter into legal relationships, both with professionals and with other people who do not operate a company. They may become in bankruptcy or over-indebtedness, for reasons that are independent of their will.

There are specific legal means to recover financial statements. By the Law no. 151/2015, regarding the insolvency of individuals it was regulated the insolvency procedure by liquidation of assets, applicable to individuals. In this procedure, the debtor's traceable assets are capitalized, by sale, in compliance with his subsistence elements and for the satisfaction of creditors.

One way for the execution of the obligations of individuals debtors is the payment of some assets of the debtors, with the consent of the creditor, for the settlement of the debt.

If there were illegal acts of the debtor by which he diminished his patrimony, in a suspicious period, as the case may be, from 6 months up to 2 years before the opening of the procedure, there is the possibility provided by law, by the cancellation of such acts.

The liquidator of the procedure must make quarterly reports on the situation of the debtor and distribute to the creditors the funds that are obtained from the capitalization of the goods in the procedure, in compliance with the distribution order provided by law.

After the completeness of the operations of capitalization of the debtor's assets and the distribution of the amounts obtained to the creditor, the liquidator draws up a final report.

Keywords: *consumers, insolvency, execution of obligations, liquidator, capitalization of debtor's assets*

I. Procedura judiciară de insolvență prin lichidare de active

1. Formele insolvenței persoanelor fizice consumatori

Persoanele fizice care nu sunt profesioniști și care nu exploatează o întreprindere, intră în raporturi juridice în calitate de consumatori atât cu profesioniștii persoane fizice sau juridice cât și cu alte persoane care nu au o asemenea calitate. Consumatorii respectivi pot să ajungă în situația de incapacitate de plată a datoriilor asumate în condiții care nu țin de exploatarea unei întreprinderi.

Ei pot ajunge la supraîndatorare¹ din cauze care sunt independente de voința și buna-credința lor. (ex.: șomaj; scăderea veniturilor din cauze obiective; inflație; crize economice; pandemii; catastrofe naturale; etc.). Pe fondul unei astfel de supraîndatorări, persoanele fizice respective pot ajunge în stare de insolvență și au nevoie de remedii juridice pentru a putea face față unei asemenea situații. Fără aceste remedii ele sunt expuse la executări silite din partea creditorilor și pot fi afectate în elementele existențiale primare (ex.: pierderea imobilului cu destinație de locuință; diminuarea veniturilor la limita subzistenței; insuficiența fondurilor pentru susținerea pregătirii și instruirii copiilor; etc.). De aceea, în contextul unei realități economico-sociale defavorizante pentru aceste persoane, care devin vulnerabile fără vreo contribuție a lor, trebuie să se găsească soluții juridice echilibrate², atât pentru creditor, cât și pentru debitorii al căror raport juridic a degenerat și a intrat într-un impas cu premise păgubitoare.

Grija statelor pentru redresarea situației financiare a debitorului persoană fizică de bună-credință și acoperirea într-o măsură cât mai mare a pasivului acestuia în vederea satisfacerii creditorilor, s-a materializat prin adoptarea de către acestea a unor acte normative specifice³.

În România, un asemenea cadru juridic specific a fost creat prin Legea nr. 151/2015 privind insolvența persoanelor fizice, care în art. 5 prevede următoarele forme de insolvență: procedura de insolvență pe bază de plan de rambursare a datoriilor; procedura de insolvență prin lichidare de active; procedura simplificată de insolvență.

¹ R. Bufan, A. Deli-Diaconescu, F. Moțiu, coordonatori și colaboratori, *Tratat practic de insolvență*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 1019; M. Comșa, *Legea privind procedura insolvenței persoanelor fizice*, Ed. Universul Juridic, București, p. 13; C. B. Nasz, *Procedura insolvenței persoanelor fizice*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 30

² V. Găină, Al. M. Găină, *The opening of the administrative proceeding on the basis of debts repayment plan in the field of the insolvency of the individuals consumers*, Supplement of Valahia University Law, Sudy Year, 2019, Ed. Bibliotheca, Târgoviște, 2019, p. 209.

³ M. Comșa, *op. cit.*, 2018, p. 13; C.B. Nasz, *op. cit.*, 2016, p. 31; Gh. Piperea, *Contracte și obligații comerciale*, Ed. C. H. Beck, București, 2019, p. 832.

2. Procedura judiciară de insolvență prin lichidare de active – deschiderea și primele măsuri

Potrivit art. 3 pct. 18 din Legea nr. 151/2015, „procedura judiciară de insolvență prin lichidare de active este procedura de insolvență concursuală, colectivă și egalitară, care se aplică debitorului persoană fizică de bună-credință în vederea valorificării bunurilor și/sau veniturilor urmăribile ale acestuia pentru acoperirea pasivului, urmată de eliberarea de datorii reziduale”. Procedura prin lichidare de active este concursuală, colectivă și egalitară și se aplică debitorului persoană fizică ale cărei obligații nu rezultă din exploatarea de către această persoană a unei întreprinderi⁴.

Deschiderea procedurii de insolvență prin lichidare de active se face la cererea debitorului aflat în insolvență sau la cererea creditorilor în condițiile prevăzute de lege. Prin sentința de deschidere, judecătorul desemnează și lichidatorul procedurii. După deschiderea procedurii și numirea sa, lichidatorul procedurii efectuează primele măsuri (ex.: preluarea dosarului; notificarea creditorilor; întocmirea tabelului de creanțe; deschiderea contului de lichidare; inventariază bunurilor; etc.).

După realizarea primelor măsuri și în special a inventarierii bunurilor și întocmirii tabelului definitiv de creanțe, lichidatorul procedurii trece, sub controlul instanței, la valorificarea bunurilor și distribuirea sumelor rezultate din această valorificare și în final, la închiderea procedurii.

II. Valorificarea bunurilor urmăribile ale debitorului prin vânzare

1. Bunurile urmăribile ale debitorului

1.1. Care sunt bunurile urmăribile?

În scopul satisfacerii creanțelor creditorilor, lichidatorul procedurii valorifică toate bunurile urmăribile ale debitorului [art. 58(1) din Legea nr. 151/2015].

În Legea nr. 151/2015 nu se precizează care sunt veniturile și bunurile urmăribile ale debitorului dar sunt identificate bunurile care nu sunt urmăribile.

Potrivit art. 3 pct. 2 din Legea nr. 151/2015, bunurile neurmăribile sunt acele bunuri din averea debitorului care nu pot fi supuse valorificării în procedura insolvenței persoanelor fizice deoarece ele sunt necesare asigurării unui nivel de trai rezonabil al debitorului și familiei sale. Valoarea bunurilor neurmăribile trebuie stabilită astfel încât în procedura de insolvență să nu fie afectat standardul de

⁴ V. Găină, A. M. Găină, *The field of practice of the law no. 151/2015 concerning the insolvency of the individual*, The Challenges of Communication, Context in the World of Globalism, 5th Edition, Arhipleag, XXI Press, Tg-Mureș, 2018, p. 78.

protecție a debitorului sub nivelul prevăzut de art. 727 din Codul de procedură civilă⁵.

În considerarea asigurării unui standard de protecție a debitorului persoană fizică aflat în insolvență au fost incluse în categoria bunurilor neurmăribile, conform art. 3 pct. 2 din Legea nr. 151/2015, următoarele:

„a) bunurile de uz personal sau casnic, inclusiv mobilierul, necesare debitorului și familiei sale pentru un trai rezonabil, dar fără ca valoarea fiecăruia și depășească 5000 de lei;

b) obiectele de cult, dacă nu sunt mai multe de același fel, dar fără ca valoarea fiecăruia să depășească 2000 de lei;

c) un vehicul dacă acesta este în mod indispensabil necesar debitorului și familiei sale, inclusiv pentru deplasarea de la/către locul de muncă și care valorează cel mult 5000 de euro, iar costul dobândirii sale nu face obiectul unei creanțe împotriva averii debitorului;

d) obiectele necesare, în mod rezonabil, debitorului ce suferă de un handicap sau persoanelor din întreținerea sa aflate în această situație și obiectele destinate îngrijirii bolnavilor;

e) alimentele necesare debitorului și persoanelor aflate în întreținerea sa pe durata desfășurării procedurii;

f) bunurile care servesc la exercitarea ocupației sau profesiei debitorului, în condițiile art. 728 alin. (1) din Codul de procedură civilă⁶;

⁵ Conform art. 727 C. pr. civ., sunt considerate bunuri neurmăribile și nu pot fi supuse urmăririi silit următoarele bunuri mobile: a) bunurile de uz personal sau casnic indispensabile traiului debitorului și familiei sale și obiectele de cult dacă nu sunt mai multe de același fel; b) obiectele indispensabile persoanelor cu handicap și cele destinate îngrijirii bolnavilor; c) alimentele necesare debitorului și familiei sale pe timp de 3 luni, iar dacă debitorul se ocupă exclusiv cu agricultura, alimentele necesare până la noua recoltă, animalele destinate obținerii mijloacelor de subzistență și furajele pentru aceste animale până la noua recoltă; d) combustibilul necesar debitorului și familiei sale socotit pentru 3 luni de iarnă; e) scrisorile, fotografiile și tablourile personale sau de familie și altele asemenea; f) bunurile declarate neurmăribile în cazurile și condițiile prevăzute de lege”.

⁶ Conform art. 728 din Codul de procedură civilă, bunurile mobile destinate exercitării ocupației sau profesiei debitorului, care nu pot fi urmărite sunt: „(1) Bunurile mobile care fac obiectul unei diviziuni a patrimoniului afectate exercițiului unei profesii autorizate nu pot fi urmărite decât de către creditorii ale căror creanțe s-au născut în legătură cu exercitarea profesiei respective. Dacă bunurile nu sunt afectate unui patrimoniu profesional individual, însă servesc la exercitarea ocupației sau profesiei debitorului persoană fizică, pot fi supuse urmăririi silit numai dacă nu există alte bunuri urmăribile și numai pentru obligații de întreținere sau alte creanțe privilegiate asupra mobilelor. (2) Dacă debitorul se ocupă cu agricultura, nu vor fi urmărite, în măsura necesară continuării lucrărilor în agricultură, inventarul agricol, inclusiv animalele de muncă, furajele pentru aceste animale și semințele pentru cultura pământului, în afară de cazul în care asupra acestor bunuri există un drept real de garanție sau un privilegiu pentru garantarea creanței”.

g) inventarul agricol, inclusiv animalele de muncă, furajele pentru aceste animale și semințele pentru cultura pământului, dacă debitorul se ocupă cu agricultura, în măsura necesară continuării lucrărilor în agricultură, în afară de cazul în care asupra acestor bunuri există un drept real de garanție sau un privilegiu pentru garantarea creanței;

h) scrisorile, fotografiile și tablourile personale sau de familie și altele asemenea”.

Bunurile care nu se încadrează în categoria bunurilor neurmăribile, pot fi urmărite în procedura insolvenței persoanei fizice. Bunurile urmăribile pot fi deținute în proprietate exclusivă sau în coproprietate sau devălmășie⁷.

1.2. Situația bunurilor deținute de debitor în coproprietate sau devălmășie

Partea pe care o deține debitorul din bunurile în coproprietate sau devălmășie, poate fi valorificată dacă a fost stabilită prin partaj.

Lichidatorul procedurii va introduce cerere de partaj la instanța competentă în procedura insolvenței prin lichidare de active, adică la judecătoria unde este înregistrat dosarul insolvenței [art. 58 (2) din Legea nr. 151/2015]. Aceasta este o derogare de la regulile de competență în materie de partaj prevăzute de art. 980 și următoarele din Codul de procedură civilă.

Partajul este, conform art. 670 din Codul civil, de mai multe feluri: prin bună învoială; prin hotărâre judecătorească. Prin art. 58 (2) din Legea nr. 151/2015 se dispune că lichidatorul are ca mijloc de stabilire a cotei exclusive a debitorului din bunul deținut în coproprietate sau devălmășie prin formularea unei cereri de partaj judiciar. Apreciem că în măsura în care determinarea cotei-părți a debitorului se poate face prin învoiala părților, lichidatorul poate apela la partajarea voluntară. Prin această modalitate s-ar evita cheltuielile suplimentare care s-ar face cu partajul judiciar (taxe de timbru; onorariu expert; onorariu avocat; etc.).

O situație⁸ specifică există atunci când numai unul dintre soți a cerut insolvența și se pune problema determinării cotei acestuia din bunurile comune în cazul comunității de bunuri a soților cât și a instanței competente să soluționeze partajul, adică a instanței de drept comun în materie de partaj sau a judecătorului care are dosarul insolvenței și pentru care există o competență specială în materie de partaj.

Soții pot alege unul dintre următoarele regimuri matrimoniale: comunitatea legală; separația de bunuri; comunitatea convențională [art. 312(1) din Codul civil].

În regimul separației de bunuri, fiecare dintre soți este proprietar exclusiv în privința bunurilor dobândite înainte de încheierea căsătoriei, precum și a celor pe care le dobândește în nume propriu după această dată, dar soții pot să dobândească și bunuri în proprietate comună, pe cote părți [art. 360(1) din Codul civil].

⁷ C. Bârsan, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 200.

⁸ M. Comșa, *op. cit.*, 2018, p. 287.

În cazul regimului matrimonial al comunității legale, bunurile care sunt dobândite de oricare dintre soți sunt de la data dobândirii lor bunuri comune în devălmășie ale soților (art. 339 din Codul civil).

Comunitatea convențională a patrimoniului soților cuprinde ca efect al înțelegerii acestora atât bunuri proprii cât și bunuri comune, derogându-se de la regimul comunității legale (art. 366 din Codul civil).

În privința determinării cotei din bunurile deținute în coproprietate sau devălmășie ale debitorului care este căsătorit se pun câteva probleme, și anume: cum se determină cota debitorului în cazul comunității legale a soților care sunt și rămân căsătoriți și care instanță este competentă pentru partaj; cum se determină cota debitorului în cazul comunității legale a soților care au divorțat, dar care nu au făcut partajul după divorț și care instanță este competentă pentru partaj; cum se determină cota debitorului în cazul comunității convenționale și care instanță soluționează partajul; cum se determină cota debitorului în cazul separației de bunuri, dar soții au și bunuri proprietate comună pe cote-părți și care instanță este competentă pentru partaj.

Considerăm că răspunsurile la problemele ridicate trebuie raportate la partajul bunurilor comune ale soților în procedura de urmărire a acestora de către creditorii, dacă nu se îndestulează creanța din urmărirea bunurilor proprii ale debitorului.

Mai mult decât atât, trebuie avut în vedere că urmărirea bunurilor comune se face într-o procedură specială, adică în procedura judiciară de insolvență prin lichidare de active.

Potrivit art. 353 din Codul civil, bunurile comune ale soților nu pot fi urmărite de creditorii personali ai unuia dintre soți, dar în măsura în care creditorul nu și-a acoperit creanța din urmărirea bunurilor proprii, acesta poate cere partajul bunurilor comune. O asemenea posibilitate este conferită și lichidatorului procedurii prin lichidare de active, care pentru identificarea bunurilor comune și a cotei debitorului din acestea poate introduce cerere de partaj la instanța competentă în procedura de insolvență [art. 58(2) din Legea nr. 151/2015]. Bunurile care revin din partaj debitorului devin bunuri proprii ale acestuia.

Dacă soții au comunitate legală de bunuri sau după divorț rămân cu bunuri în același regim, atunci lichidatorul procedurii poate să soluționeze pe care voluntară cu aceștia partajul bunurilor sau poate formula cerere de partaj judiciar la judecătorul care supraveghează dosarul procedurii pentru a se stabili cota care revine soțului debitor. Competența judecătorului procedurii este dată de Legea nr. 151/2015 care în art. 58(2) dispune că o asemenea cerere de partaj se formulează la „instanța competentă în procedura de insolvență prin lichidare de active, prin derogare de la regulile de competență referitoare la partaj”, adică la judecătorie, dar cu repartizare la judecătorul procedurii.

În cazul comunității convenționale pot exista și bunuri comune care sunt identificate de soți conform convenției și asupra cărora lichidatorul poate cere partajul la judecătorul procedurii insolvenței.

Pentru situația în care regimul matrimonial este cel al separației de bunuri, dar soții au și bunuri dobândite în proprietate comună pe cote-părți, lichidatorul procedurii poate introduce partaj judiciar la judecătorul procedurii, pentru ieșirea din indiviziune a debitorului în vederea valorificării bunurilor sale, devenite bunuri proprii ca efect al partajului.

2. Momentul de la care se poate începe lichidarea bunurilor urmăribile

Procedura de lichidare a bunurilor urmăribile din averea debitorului începe îndată ce s-a finalizat inventarul bunurilor și a fost întocmit tabelul definitiv de creanțe. De la momentul finalizării inventarului bunurilor și al întocmirii tabelului definitiv de creanțe se cunoaște situația bunurilor urmăribile ale debitorului și care este valoarea creanțelor care trebuie îndeplinite din sumele obținute din valorificarea acestor bunuri și din alte venituri urmăribile ale debitorului.

3. Procedura de vânzare a bunurilor

3.1 Elemente preliminare

Lichidarea bunurilor urmăribile din averea debitorului începe îndată ce s-a finalizat inventarierea bunurilor și s-a întocmit tabelul definitiv de creanțe [art. 58(2) din Legea nr. 151/2015].

Valorificarea bunurilor se face potrivit prevederilor Codului de procedură civilă și a dispozițiilor din Legea nr. 151/2015. Elementele specifice⁹ în materie de executare prin lichidare de active față de dreptul comun constau în raport de situația procedurii în următoarele: existența cauzelor de preferință în tabelul de creanțe; existența evaluărilor bunurilor după caz; efectuarea publicației de vânzare de către lichidator; publicarea listei bunurilor pe site-urile UNPIR;UNEJ; UNBR; UNNPR.

3.2 Modalitățile de valorificare a bunurilor

a. Vânzarea bunurilor mobile

Valorificarea, prin vânzare, a bunurilor mobile se poate face în toate formele prevăzute în Codul de procedură civilă: vânzare amiabilă; vânzare directă; vânzare la licitație publică (art. 753 și următoarele din Codul de procedură civilă).

⁹ M. Comșa, *op. cit.*, 2018, p. 287.

Vânzarea amiabilă și vânzarea directă sunt posibile, dar prețul obținut de la cumpărătorii care au făcut oferte să nu fie mai mic decât prețul de evaluare al bunului. S-ar evita, astfel, cheltuielile care se fac în plus în cazul vânzării prin licitație.

Vânzarea prin licitație publică este recomandată¹⁰, probabil, din motive care țin de eliminarea oricărei suspiciuni ori incertitudini privind valoarea maximă care se poate obține.

Vânzarea prin licitație publică¹¹ trebuie realizată conform regulilor prevăzute în art. 758 și următoarele din Codul de procedură civilă (evaluare; fixare termen licitație; înștiințare părți; publicitate; pregătire garanție de participare; înscriere la licitație; efectuare licitație; închidere licitație; eliberare acte de adjudecare; etc.). Vânzarea bunurilor care circulă în regim special¹² se va face cu respectarea regulilor

¹⁰ M. Comșa, *op. cit.*, 2018, p. 288.

¹¹Art. 758. – (1) Cu ocazia aplicării sechestrului, executorul judecătoresc este obligat să identifice și să evalueze bunurile sechestrate, în afară de cazurile în care aceasta nu este cu putință. Bunurile vor fi evaluate la valoarea lor de circulație, raportată la prețurile medii de piață din localitatea respectivă.

(2) Separat de prețul bunurilor se va determina și valoarea drepturilor reale de folosință, potrivit criteriilor arătate la alin. (1), iar dacă aceasta nu este cu putință, se va apela la un expert.

(3) La cererea părților interesate sau în cazul în care nu poate proceda el însuși la evaluare, executorul judecătoresc va numi un expert care să fixeze prețul pentru vânzarea bunurilor sechestrate.

(4) Executorul va dispune ca expertul să fixeze prețul, printr-un raport scris, care va fi predat cu cel puțin 5 zile înainte de ziua fixată pentru vânzare.

(5) Cererea de expertiză va fi făcută de părți, în mod verbal, la data sechestrării bunurilor, fiind consemnată în procesul-verbal de sechestr, sau în scris, în termen de 5 zile de la data comunicării procesului-verbal de sechestr, sub sancțiunea decăderii.

(6) Executorul se va pronunța de urgență, fără citirea părților, asupra cererii de expertiză, prin încheiere executorie, care va cuprinde stabilirea onorariului provizoriu ce se cuvine expertului și termenul în care trebuie depus raportul conform alin. (4).

(7) Onorariul provizoriu va fi depus de partea interesată, sub sancțiunea decăderii, în cel mult 5 zile de la comunicarea admiterii cererii de expertiză.

(8) Expertul va cita părțile. Acestea pot desemna experți consilieri, dispozițiile art. 330 aplicându-se în mod corespunzător.

(9) Dacă expertul nu va depune raportul în termenul fixat ori dacă din cauza nerespectării termenului a cauzat amânarea vânzării, la cererea părții interesate, instanța de executare poate lua împotriva acestuia măsurile prevăzute la art. 187 alin. (1) pct. 2 lit. d) și la art. 189.

¹² Art. 757. – (1) Titlurile de credit și orice alte valori sau mărfuri negociabile la bursele de valori, bursele de mărfuri ori pe alte piețe se vor putea vinde prin intermediul bursei celei mai apropiate, respectiv prin sistemul alternativ de tranzacționare, cu formele și condițiile prevăzute de legea specială.

(2) Obiectele din metale prețioase și pietrele prețioase, mijloacele de plată străine și alte titluri de valoare decât cele arătate la alin. (1) vor fi valorificate, în condițiile legii, prin entități autorizate, după caz, iar obiectele de artă, colecțiile de valoare și obiectele de muzeu, prin organele și în condițiile prevăzute de lege. Sumele obținute din vânzare se vor consemna la entitatea indicată de executorul judecătoresc.

(3) Vânzarea acțiunilor la societățile închise și a părților sociale se face în mod amiabil, potrivit art. 754, iar în lipsă, de către executor, prin licitație publică, dacă legea nu prevede un sistem special privind circulația acestora.

prevăzute în acest sens (ex.: vânzarea titlurilor de credit; vânzarea obiectelor din metale și pietre prețioase; vânzarea obiectelor de artă; vânzarea acțiunilor și părților sociale; etc.).

b. Vânzarea bunurilor imobile

Vânzarea bunurilor imobile se poate face în aceleași forme ca și pentru bunurile mobile: vânzare amiabilă; vânzare directă; vânzare prin licitație publică (art. 826 din Codul de procedură civilă).

Dacă vânzarea se face amiabil sau direct, apreciem că prețul obținut nu trebuie să fie sub cel de evaluare a bunului.

În cazul vânzării prin licitație, procedura trebuie realizată conform regulilor prevăzute în Codul de procedură civilă (formalitățile premergătoare vânzării; scoaterea la vânzare cu toate secvențele sale; licitație și adjudecarea imobilului; etc.) (art. 829 și următoarele din Codul de procedură civilă).

3.3. Încheierea actelor de vânzare și efectele lor

Contractele de vânzare a bunurilor debitorului sunt încheiate de lichidator în numele debitorului [art. 58(6) din Legea nr. 151/2015].

În cazul vânzării bunurilor prin licitație, procesul verbal de adjudecare semnat de lichidatorul procedurii constituie titlu de proprietate. Când pentru transferul dreptului de proprietate asupra bunului este necesară forma autentică, atunci contractele trebuie încheiate în fața notarului public, pe baza procesului verbal de licitație [art. 58(7) din Legea nr. 151/2015].

Actul de adjudecare este titlu de proprietate, dar în cazul imobilelor nu se poate face intabularea pe baza lui, ca în cazul licitațiilor organizate de executorul judecătoresc, în care intabularea se face pe baza actului emis de acesta (art. 856 din Codul de procedură civilă). Pentru intabulare este necesar să fie încheiat contractul în formă autentică.

(4) Dacă vânzarea bunurilor prevăzute la alin. (3) se face de către executor sau de către un agent specializat, acesta va întocmi un caiet de sarcini care, în afara altor mențiuni prevăzute de lege, va cuprinde, sub sancțiunea nulității vânzării, actul constitutiv al societății, numărul și felul acțiunilor sau părților sociale supuse vânzării, garanțiile constituite asupra lor, clauzele speciale privind vânzarea sau cesiunea acestora și drepturile de preferință acordate asociaților, situația financiară anuală pe ultimele două exerciții financiare, precum și orice documente necesare pentru aprecierea consistenței și valorii drepturilor societare aferente acțiunilor sau părților sociale scoase la vânzare.

(5) Caietul de sarcini va fi comunicat debitorului, creditorului, societății emitente și celorlalți asociați, pentru a formula eventuale obiecțiuni, în termen de 5 zile de la comunicare, sub sancțiunea decăderii. Executorul judecătoresc va soluționa obiecțiunile, prin încheiere executorie, dată cu citarea părților. Dacă nu se formulează obiecțiuni sau acestea sunt respinse, iar încheierea nu este atacată de către cei interesați, urmărirea va continua, potrivit legii.

(6) Regulile speciale privind vânzarea titlurilor de valoare prevăzute în prezentul articol rămân aplicabile.

O asemenea situație este similară celei prevăzute în art. 158 (2) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, aplicabilă insolvenței profesioniștilor, în care se dispune că „procesul-verbal de adjudecare semnat de lichidatorul judiciar constituie titlu de proprietate”, iar dacă „legea impune pentru transferul dreptului de proprietate forma autentică, contractele vor fi perfectate de notarul public pe baza procesului verbal de licitație”.

Pentru perfectarea actului autentic la notarul se prezintă lichidatorul procedurii, care semnează contractul, deoarece el este cel care a semnat și actul de adjudecare, el având conform art. 58(6) din Legea nr. 151/2015 un mandat legal.

Contractul se încheie între debitor și cumpărător prin intermediul lichidatorului, ca mandatar.

O problemă care s-a pus în discuție în doctrină¹³ a fost privind stingerea dreptului de preemțiune conform art. 770 și 840 din Codul de procedură civilă în care se precizează că „titularul unui drept de preemțiune care nu a participat la licitație nu va mai putea să își exercite dreptul după adjudecarea bunului”. S-a afirmat că această stingere a dreptului de preemțiune operează dacă titularul acestuia a avut cunoștință de licitație și nu a participat”. Aceasta înseamnă că dacă executorul judecătoresc l-a înștiințat pe titularul dreptului de preemțiune ca parte interesată și a făcut toate formalitățile de publicitate și acesta nu a participat la licitație, atunci, după adjudecarea bunului, nu își mai poate exercita acest drept.

Bunurile care se dobândesc în cadrul procedurii de insolvență prin lichidare de active sunt libere de orice sarcini [art. 58(8) din Legea nr. 151/2015].

4. Destinația sumelor realizate din vânzări

Sumele care au fost obținute din valorificarea bunurilor debitorului prin vânzare se depun în contul de lichidare. Ele se vor folosi pentru plata creanțelor către creditori, conform planului de distribuție [art. 58(6) din Legea nr. 151/2015].

III. Darea în plata specială

1. Elemente preliminare

Executarea obligațiilor născute din raporturile juridice dintre persoane se poate face de bunăvoie sau silit¹⁴.

¹³ M. Comșa, *op. cit.* 2018, p. 289.

¹⁴ L. Pop, I-F Popa, S. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 704; P. Vasilescu, *Drept civil. Obligațiile*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 69; I. Dogaru, P. Drăghici, coordonatori și colaboratori, *Bazele dreptului civil. Vol. III Temă generală a obligațiilor*, Ed. C. H. Beck, 2009, p. 614; I. Adam, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. All Beck, București, 2004, p. 527.

Când executarea obligației se face de bunăvoie, aceasta se stinge prin plată. „Plata constă în remiterea unei sume de bani sau, după caz, în executarea oricărei alte prestații care constituie obiectul însuși al obligației” [art. 1469(2) din Codul civil].

Darea în plată¹⁵ este operațiunea prin care debitorul execută către creditorul sau cu consimțământul acestuia, o altă prestație decât cea la care s-a obligat la încheierea raportului juridic obligațional. Potrivit art. 1492 din Codul civil, stingerea obligației debitorului față de creditor se poate face și prin executarea unei alte prestații de către debitor decât cea inițială dacă creditorul consimte la acesta. În materia insolvenței persoanelor fizice este posibilă stingerea obligației debitorului insolvent prin darea în plată a unor bunuri către creditori.

Debitorul poate rămâne cu plata unei chirii în imobil până la un termen de 6 luni prevăzut în planul de rambursare a datoriilor, dacă modalitatea de valorificare a imobilului este darea în plată [art. 26(2), lit. b) din Legea nr. 151/2015].

În procedura insolvenței prin lichidare de active, lichidatorul procedurii, dacă nu a reușit să valorifice un bun urmăribil în termen de 2 ani de la începerea lichidării, îi va notifica pre creditori pentru a-și exercita opțiunea de a dobândi în proprietate bunul în contul creanței [art. 59(1) din Legea nr. 151/2015]. O asemenea posibilitate conferită de lege are valoarea juridică a dării în plată pentru stingerea obligațiilor debitorului insolvent într-o modalitate specifică¹⁶ față de dispozițiile de drept comun prevăzute în Codul civil.

2. Notificarea creditorilor pentru exercitarea dreptului de opțiune

Lichidatorul procedurii, dacă nu a reușit să valorifice un bun urmăribil în termen de 2 ani de la începerea lichidării deși a făcut toate demersurile în acest sens, îi va notifica pe creditori despre aceasta și îi înștiințează că pot să opteze pentru dobândirea bunului în contul creanței. Propunerea este făcută de lichidator ca reprezentant al debitorului în procedura de lichidare a bunurilor din cererea acestuia. Atâta timp cât lichidatorul încheie în numele debitorului contractele de vânzare în procedura de valorificare a bunurilor, el poate în numele acestuia să și încheie convenții de dare în plată.

În afară de cele două elemente și anume că nu s-a reușit valorificarea bunului în 2 ani și că creditorul poate să-și exercite opțiunea, nu se precizează în lege ce altceva trebuie să-i comunice lichidatorul creditorului prin notificare (ex.: termenul de opțiune; locul unde trebuie depusă opțiunea; descrierea și valoarea bunului; locul situării bunului; etc.). Considerăm că pentru informarea corectă a creditorului în notificarea pe care i-o adresează lichidatorul, trebuie cuprinse toate elementele specifice unei oferte, pentru ca acesta să poată face o opțiune în cunoștință de cauză.

¹⁵ L. Pop, I-F Popa, S. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 740; P. Vasilescu, *Drept civil. Obligațiile* Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 64.

¹⁶ M. Comșa, *op. cit.*, 2018, p. 291.

3. Exercitarea dreptului de opțiune

3.1. Exercitarea dreptului de opțiune doar de un creditor

Dacă dreptul de opțiune privind preluarea bunului prin dare în plată este exercitat doar de un creditor atunci acesta dobândește proprietatea bunului în contul creanței. Dobândirea bunului se poate face în contul unei părți sau al întregii creanțe în raport de valoarea bunului și de cuantumul creanței. Contractul de dare în plată trebuie să respecte condițiile de fond și de formă prevăzute de regulile de drept comun (ex.: capacitate; consimțământ; obiect; cauză; forma scrisă și autentică, după caz, în funcție de natura bunului etc.) (art. 1492 din Codul civil și art. 1179 din Codul civil; art. 1241 din Codul civil; art. 1244 din Codul civil).

3.2. Exercitarea dreptului de opțiune de mai mulți creditori

Dreptul de opțiune pentru dobândirea prin dare în plată a bunului debitorului poate fi exercitat și de mai mulți creditori, care pot fi titulari ai unei creanțe cu cauză de preferință sau titulari ai unor creanțe chirografare, bugetare sau de altă natură.

Când sunt mai mulți creditori cu creanțe cu cauze de preferință care au optat pentru preluarea bunului respectiv prin darea în plată, atunci dobândirea acestuia se va face de creditorul care este cel mai bine situat în ordinea de preferință asupra aceluși bun.

Dacă nu există niciun creditor titular al unei creanțe cu cauză de preferință ci doar alte categorii de creditori, atunci dobândirea bunului prin darea în plată va fi făcută de creditorul cu valoarea cea mai mare a creanței.

4. Situația neexercitării dreptului de opțiune de niciun creditor

În procedura de dare în plată specială a bunurilor urmăribile ale debitorului insolvent poate exista situația când, deși au fost notificați creditorii de către lichidator, niciunul dintre aceștia să nu își fi manifestat opțiunea de dare în plată. În această situație bunul va fi exclus de la valorificare în cadrul procedurii cu menținerea cauzelor de preferință, dacă este cazul. Acest bun poate fi, însă, valorificat pe calea executării silite individuale, conform dreptului comun, până la rămânerea definitivă a hotărârii de eliberare de datorii reziduale.

În cazul în care bunul nu este valorificat până la rămânerea definitivă a hotărârii de eliberare de datorii reziduale, toate cauzele de preferință care au afectat bunul se vor stinge.

O problemă care s-a ridicat în doctrină¹⁷ a fost cu privire la situația în care nu se pronunță o hotărâre de eliberare de datorii reziduale și bunul a rămas nevândut, în cazul debitorului fraudulos.

¹⁷ M. Comșa, *op. cit.*, 2018, p. 292.

S-a apreciat că debitorul fraudulos nu beneficiază de eliberarea de datorii reziduale și executarea silită poate continua.

IV. Anularea actelor frauduloase

1. Elemente preliminare

Procedura judiciară de insolvență prin lichidare de active se deschide de instanța de judecată în funcție de cauzele de deschidere, atât la cererea debitorului cât și la cererea creditorilor.

Creditorii pot solicita deschiderea procedurii insolvenței prin lichidare de active dacă planul de rambursare a datoriilor nu poate fi adus la îndeplinire din motive neimputabile debitorului, dar și în situația în care planul de rambursare a datoriilor nu a fost adus la îndeplinire din motive imputabile debitorului. Menținerea debitorului într-o procedură de insolvență prin trecerea, cu acordul creditorilor, din procedura pe bază de plan de rambursare a datoriilor în procedura prin lichidare de active, deși debitorul este fraudulos, are rațiuni de natură economică¹⁸ în scopul maximizării gradului de recuperare a creanțelor și a gradului de valorificare a activelor, prin anularea actelor frauduloase ale debitorului.

Lichidatorul procedurii insolvenței prin lichidate de active deschisă din motive imputabile debitorului în nerealizarea planului de rambursare sau oricare dintre creditorii, poate cere instanței anularea unor acte sau operațiuni considerate frauduloase care au fost încheiate de debitor în dauna creditorilor [art. 60 (1), lit. b) din Legea nr. 151/2015].

2. Actele considerate frauduloase

Perioada suspectă în care ar fi fost încheiate actele frauduloase este, după caz, în raport de natura actelor, de 6 luni sau 2 ani anterior deschiderii procedurii.

Actele care sunt considerate a fi frauduloase, conform art. 60(1) din Legea nr. 151/2015, și încheiate în perioada de 6 luni anterior deschiderii procedurii, sunt următoarele:

a) operațiunile în care prestația debitorului depășesc vădit pe cea primită (ex.: vânzarea unui bun pe un preț derizoriu în raport cu valoarea reală a acestuia; plata unor servicii la o valoare supraevaluată în raport cu valoarea acestora; etc.);

b) actele de transfer de proprietate către un creditor pentru stingerea unei datorii anterioare sau în folosul acestuia dacă suma pe care creditorul ar putea să o obțină în procedură este mai mică decât valoarea actului de transfer (ex.: transferul

¹⁸M. Comșa, *op. cit.*, 2018, p. 294.

proprietății asupra unui bun de o valoare mai mare decât cuantumul creanței, cu compensarea datoriei la valoarea creanței);

c) constituirea unui drept de preferință pentru o creanță care era chirografară (ex.: constituirea unui privilegiu, ipotecă sau gaj asupra unui bun din patrimoniul debitorului pentru garantarea¹⁹ creanței unui creditor care dobândește astfel o poziție anticipată a unei datorii către un creditor a cărei scadență era stabilită pentru o dată anterioară deschiderii procedurii (ex.: scadența plății datoriei era la 15.05.2019, procedura s-a deschis la 15.03.2019, iar plata datoriei s-a făcut la 15.01.2019).

În categoria actelor considerate frauduloase și încheiate în perioada de 2 ani anterior deschiderii procedurii, sunt prevăzute în art. 66(2) din Legea nr. 151/2015 următoarele:

a) actele încheiate cu intenția tuturor părților implicate în acestea de a sustrage bunuri de la urmărirea de către creditorii sau de a le leza în orice alt fel drepturi (ex.: încheierea unui act simulat de vânzare de către debitor pentru sustragerea bunului de la urmărire și de a micșora valoarea masei credale;

b) actele sau operațiunile cu un creditor înrudit (ex.: vânzarea unui bun sau donația unui imobil sau gratificarea cu o sumă de bani a unui creditor care are calitatea de soț/soție, rudă sau afin până la gradul al treilea, partener de viață al debitorului, concubin, logodnic sau persoană aflată în întreținerea debitorului).

Pentru anumite acte din categoria celor considerate frauduloase există anumite excepții: de a fi încadrate în acest regim, dacă sunt încheiate cu bună-credință în anumite împrejurări. Nu sunt considerate frauduloase, dacă sunt încheiate cu bună-credință în executarea unui acord cu creditorii încheiat în urma unor negocieri extrajudiciare pentru restructurarea datoriilor debitorului, următoarele tipuri de acte: actele de transfer de proprietate către un creditor pentru stingerea unei datorii anterioare sau în folosul acesteia; constituirea unui drept de preferință pentru o creanță care era chirografară; plata anticipată a datoriilor care aveau scadența ulterioară deschiderii procedurii. Restructurarea datoriilor debitorilor poate fi făcută prin negocieri extrajudiciare cu creditorii bugetari, instituții de credit, persoane fizice și constau în convenții de eșalonare a plăților, plata datoriilor cu scutirea de accesorii; etc.

3. Acțiunea în anularea actelor frauduloase

3.1. Titularii acțiunii în anulare

Acțiunea în anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna creditorilor poate fi introdusă de lichidatorul procedurii sau de oricare dintre creditor [art. 60 (3) din Legea nr. 151/2015].

¹⁹ A.M. Găină, *Garanții de executare a obligațiilor civile și comerciale*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 38.

Lichidatorul procedurii are conferită de lege această posibilitate în virtutea asigurării respectării principiului maximizării gradului de recuperare a creanțelor pentru atingerea scopului procedurii privind redresarea debitorului și acoperirea, într-o măsură cât mai mare, a pasivului acestuia.

Creditorii sunt și ei identificați de lege în categoria persoanelor care pot introduce o acțiune în anularea actelor frauduloase ale debitorului, datorită poziției lor în procedură și a interesului acestora de a-și recupera cât mai mult din creanțele pe care le au împotriva debitorului.

În orice stadiu al procedurii, orice creditor, dacă se descoperă că debitorul a încheiat acte în fraudă creditorului, poate să solicite instanței închiderea procedurii cu citarea tuturor creditorilor. Dacă toți creditorii sunt, însă, de acord cu continuarea procedurii prin lichidare de active, aceasta poate continua, dar debitorul nu mai beneficiază de eliberarea de datorii reziduale și este ținut să acopere în integralitate creanțele, cuprinse în tabelul de creanțe, inclusiv dobânzile și penalitățile care ar fi curs.

3.2. Termenul de introducere a acțiunii în anulare

Acțiunea în anularea actelor frauduloase ale debitorului poate fi introdusă de lichidatorul procedurii sau de oricare dintre creditorii în termen de un an de la data rămânerii definitive a hotărârii de deschidere a procedurii judiciare de insolvență prin lichidare de active prin care s-a soluționat cererea tuturor creditorilor pe motiv că planul de rambursare a datoriei nu a fost adus la îndeplinire din motive imputabile debitorului. Dacă în timpul derulării procedurii, în orice stadiu, creditorii descoperă existența vreunui act fraudulos al debitorului, dar toți creditorii își exprimă acordul de continuare a procedurii și nu de închidere, atunci termenul de introducere a acțiunii în anulare, de un an, începe să curgă de la acest moment al acordului respectiv.

3.3. Instanța competentă să soluționeze acțiunea în anulare

Competența soluționării acțiunii în anulare aparține judecătorei la care este înregistrat dosarul insolvenței.

Potrivit art. 10(1) din Legea nr. 151/2015, acțiunile din procedura judiciară de insolvență prin lichidare de active sunt de competența judecătorei în a cărei circumscripție și-a avut domiciliul, reședința sau reședința obișnuită debitorul cel puțin 6 luni anterior datei sesizării instanței. Acțiunile se judecă potrivit Codului de procedură civilă cu privire la judecata în primă instanță. Hotărârile pronunțate de judecătore sunt supuse apelului la tribunal.

3.4. Efectele anulării actelor juridice

Dacă acțiunea în anulare este admisă, atunci actul juridic va fi desființat, iar părțile vor fi repuse²⁰ în situația anterioară și sarcinile care existau la data operațiunii

²⁰ F. I. Moțiu, *Acțiunea în anularea actelor frauduloase*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 153.

de transfer vor fi reînscrise în registrele de publicitate. Legea nu prevede dacă efectele nulității asupra terțului dobândite se produc și asupra actelor subsecvente. Apreciem că sunt aplicabile dispozițiile art. 1254(2) din Codul civil în care se dispune că desființarea contractului atrage și desființarea actelor subsecvente, încheiate în baza lui. Ca urmare a desființării actului juridic, prin admiterea acțiunii în anulare, fiecare parte trebuie să restituie celelalte în natură sau prin echivalent prestațiile care au fost executate în baza acestuia.

V. Raportul trimestrial

1. Periodicitatea trimestrială a raportului

Lichidatorul procedurii trebuie să întocmească pe parcursul derulării procedurii insolvenței prin lichidare de active un raport trimestrial. O asemenea atribuție a lichidatorului procedurii derivă din calitatea și poziția acestuia în procedură. El trebuie să prezinte, periodic, situația derulării procedurii către debitor și creditorii.

2. Conținutul raportului

Raportul trimestrial pe care-l întocmește lichidatorul procedurii trebuie să cuprindă situația sumelor încasate în contul de lichidare, planul de distribuire către creditorii și situația plăților efectuate [art. 61(2) din Legea nr. 151/2015]. Lichidatorul trebuie să cuprindă în raport și orice alte informații care sunt relevante pentru buna desfășurare a procedurii.

Sunt considerate²¹ relevante informațiile privind situația bunurilor valorificate sau în curs de valorificare, existența unor litigii pe rolul instanțelor, contractele în derulare sau menținute etc.

3. Comunicarea raportului trimestrial debitorului și creditorilor

Raportul trimestrial întocmit de lichidatorul procedurii se comunică debitorului și creditorilor.

Debitorul și creditorii, ca participanți la procedură, trebuie informați cu privire la derularea acesteia și la activitatea desfășurată de lichidator. În condițiile în care, prin art. 61(3) din Legea nr. 151/2015, debitorului și creditorilor li se conferă dreptul de a contesta raportul trimestrial, exercitarea unui asemenea drept poate fi făcută în cunoștință de cauză, numai dacă li se aduce la cunoștință conținutul acestuia.

²¹ M. Comșa, *op. cit.*, 2018, p. 297.

Mai mult decât atât, debitorul și creditorii pot cere instanței, în orice stadiu al procedurii, să-l înlocuiască pe lichidator, dacă acesta nu își îndeplinește obligațiile sau le îndeplinește defectuos [art. 49(3) din Legea nr. 151/2015]. Formularea unei cereri de înlocuire a lichidatorului procedurii, de către debitor sau creditor, necesită cunoașterea activității acestuia, care poate fi făcută și prin consultarea raportului trimestrial în urma comunicării lui către creditorii și debitor.

Comunicarea raportului trimestrial către debitor și creditorii se poate face prin orice mijloc prin care să se asigure primirea acestuia, în condițiile în care legea nu prevede vreo modalitate specială de transmitere.

O problemă ridicată de doctrină²² a fost privind depunerea raportului trimestrial și la dosarul cauzei, în condițiile în care aceasta s-a desesizat după punerea tabelului definitiv de creanțe, conform art. 54(6) din Legea nr. 151/2015. S-a apreciat și propus de lege ferenda completarea art. 60 din Legea nr. 151/2015 în sensul depunerii raportului trimestrial și la dosarul cauzei, deoarece este utilă o asemenea măsură pentru informarea instanței de control a actelor lichidatorului procedurii.

4. Contestarea raportului trimestrial

4.1. Cine poate contesta raportul?

Debitorul și creditorii au legitimitatea procesuală de a contesta raportul.

Ei sunt interesați de mersul procedurii și de remedierea situației debitorului și recuperarea creanțelor creditorilor. Prin raportul pe care-l întocmește, lichidatorul pune în evidență situația procedurii și-i informează pe creditorii și debitor despre aceasta. În măsura în care raportul nu conține toate elementele prevăzute de lege sau în conținutul său există date eronate, creditorii sau debitorul pot să solicite judecătorului să-l anuleze sau să-l modifice.

4.2. Termenul de contestare

Contestarea raportului trimestrial de către creditorii sau debitor poate fi făcută în termen de 7 zile de la comunicarea acestuia. Termenul de 7 zile este un termen specific procedurii insolvenței și se regăsește și pentru alte acte care sunt supuse contestării în această procedură (ex.: contestarea planului de rambursare a datoriilor; contestarea deciziei de deschidere a procedurii; atacarea cu apel a sentințelor instanței de fond; etc.). Este un termen scurt datorită celerității procedurii, justificată de situația de dificultate financiară a debitorului.

²² M. Comșa, *op. cit.*, 2018, p. 62.

4.3. Soluționarea contestației

Instanța competentă cu soluționarea contestației împotriva raportului trimestrial este judecătoria unde este înregistrat dosarul insolvenței.

Judecata se face conform regulilor procedurale de drept comun, prevăzute în Codul de procedură civilă, pentru prima instanță, cu excepțiile prevăzute de art. 10 din Legea nr. 151/2015 (ex.: nu se aplică regularizarea cererii conform art. 200 din Codul de procedură civilă; termenul pentru întâmpinare este de 15 zile; răspunsul de la întâmpinare are termen de 5 zile de la depunerea întâmpinării; etc.). Hotărârea instanței este sentința, care poate fi atacată cu apel.

Soluția instanței poate fi de anulare sau modificarea raportului trimestrial în raport de situația de fapt și de drept reținută prin judecată.

4.4. Refacerea sau modificarea raportului

Dacă prin sentința de soluționare a contestației instanța anulează raportul trimestrial, atunci acesta trebuie refăcut de lichidator.

În cazul în care instanța, prin soluția pronunțată, modifică raportul sau dispune modificarea acestuia, lichidatorul trebuie să se conformeze.

Raportul refăcut sau modificat se va comunica debitorului și creditorilor pentru observare, și eventuala contestare, dacă nici de această dată nu este corespunzător.

VI. Ordinea de distribuire a fondurilor rezultate din lichidarea activelor debitorului

1. Criteriile de structurare a ordinii de distribuire

Stabilirea, prin lege, a unei ordini de distribuție a fondurilor rezultate din lichidare a fost necesară datorită diferențelor privind rangul creanțelor și de gradul de acoperire a creanțelor, în raport de cuantumul integral al acestora.

Ordinea de distribuire stabilită prin art. 62 din Legea nr. 151/2015 este structurată pe două categorii sau paliere²³. Prima categorie vizează distribuirea sumelor obținute din vânzarea bunurilor grevate de asemenea cauze și care se distribuie creditorilor acestora. A doua categorie se referă la distribuirea sumelor obținute în procedură, pentru celelalte creanțe împotriva averii debitorului și care se distribuie celorlalți creditori și celor cu creanțe garantate, dacă nu sunt îndeplățiți integral creditorii garantați.

²³ M. Comșa, *op. cit.*, 2018, p. 299; A.M. Găină, *Garanții de executare a obligațiilor civile și comerciale*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 38.

2. Distribuția fondurilor obținute din veniturile, bunurile și drepturile grevate de cauze de preferință

Fondurile care rezultă din veniturile, bunurile și drepturile debitorului grevate de cauze de preferință vor fi distribuite creditorilor care sunt beneficiari ai acestor cauze. Cuantumul sumelor care pot fi distribuite efectiv se stabilește prin deducerea din fondurile respective a cheltuielilor procedurale aferente bunurilor respective și, după caz, a cheltuielilor avansate de creditor în executarea silită, începută anterior lichidării [art. 62(1) din Legea nr. 151/2015].

Cheltuielile care trebuie deduse sunt cele strict legate²⁴ de bunul respectiv (ex.: comisioane bancare privind sumele din vânzare care sunt rulate prin conturi; sumele folosite pentru formalitățile de publicitate privind vânzarea onorariul de succes al lichidatorului).

În cazul în care prin valorificarea bunului afectat garanției se obține un preț mai mare decât prețul de evaluare, atunci diferența favorabilă va fi atribuită tot creditorului garantat, chiar dacă o parte din creanța sa a fost înscrisă în tabel drept creanță chirografară [art. 53(4) din Legea nr. 151/2015].

O situație²⁵ care nu a fost reglementată de lege este în privința obținerii unei sume mai mari decât valoarea creanței înscrisă în tabel drept creanță garantată și aceasta a fost acoperită și a rămas o diferență. Această diferență va fi depusă în contul de lichidare și va fi distribuită conform ordinii stabilite pentru celelalte creanțe decât cele garantate.

Creditorul beneficiar al unei cauze de preferință are dreptul să participe la orice distribuire de sumă care este făcută înaintea vânzării bunului garantat de o cauză de preferință în favoarea sa [art. 62(3) din Legea nr. 151/2015]. În această situație, sumele pe care creditorul le-a primit printr-o asemenea distribuire vor fi scăzute din cele pe care creditorul ar trebui să le primească ulterior din prețul care se obține din vânzarea bunului grevat de o cauză de preferință în favoarea sa. Această soluție adoptată de lege este în concordanță cu principiul recunoașterii drepturilor existente ale creditorilor și cu respectarea ordinii de prioritate a creanțelor, prevăzut în art. 2, pct. 6 din Legea nr. 151/2015.

3. Ordinea de distribuție pentru celelalte creanțe decât cele garantate

Celelalte creanțe împotriva averii debitorului care nu beneficiază de o cauză de preferință și sunt înscrise în tabelul de creanțe, se plătesc în următoarea ordine: taxe, timbre sau orice alte cheltuieli procedurale; creanțe reprezentând sumele

²⁴ M. Comșa, *op. cit.*, 2018, p. 300.

²⁵ M. Comșa, *op. cit.*, 2018, p. 301.

datorate de către debitor unor terți, în baza unor obligații de întreținere, alocații pentru minori și orice alte creanțe corelative excluse, potrivit art. 3, pct. 14; creanțe născute pe parcursul procedurii; creanțe bugetare; creanțe chirografare; creanțe în următoarea ordine de preferință (creanțe chirografare ale creditorilor înrudiți cu debitorul; creanțe izvorând din acte cu titlu gratuit).

Creanțele constând în cheltuieli procedurale sunt prioritare dar au valoare relativ mică deoarece cererile și actele din procedură sunt scutite de taxă de timbru iar informațiile pe care le furnizează instituțiile în procedură sunt oferite gratuit [art. 53 (2) și art. 90 din Legea nr. 151/2015].

Creanțele determinate de obligațiile de întreținere sunt în cea de-a doua poziție în ordinea de distribuire datorită importanței pe care o reprezintă aceste sume pentru persoanele care beneficiază de protecție datorită situației lor (starea de minoritate; nevoia de ajutor; etc.).

Cea de-a treia poziție în ordinea de distribuire este ocupată de creanțele născute pe parcursul procedurii și care trebuie achitate prioritar față de altele deoarece au asigurat derularea acesteia (ex.: plată utilități; plată onorarii experți; etc.).

În continuare, în poziția a patra a ordinii de distribuire, sunt consemnate creanțele bugetare (taxe; impozite; etc.)²⁶.

Pe poziția a cincea sunt stabilite creanțele chirografare, adică acelea care nu beneficiază de o cauză de preferință.

În finalul ordinii de distribuire, se află creanțele subordonate care și ele trebuie plătite în următoarea ordine: creanțele chirografare ale creditorilor înrudiți cu debitorul; creanțele izvorând din acte cu titlu gratuit.

Ordinea de distribuție a fondurilor pentru acoperirea creanțelor este guvernată de regula proporționalității și regula rangului de prioritate²⁷.

Creditorii din același rang de prioritate primesc din sumele de distribuit o cotă proporțională cu suma care este alocată pentru fiecare creanță din tabelul definitiv de creanțe.

Creditorilor care sunt titulari de creanțe dintr-o anumită categorie li se vor putea distribui sume numai după ce au fost îndestulați titulari de creanțe din categoria ierarhic superioară.

Dacă în cadrul categoriei creanțelor cu același rând de prioritate sumele necesare acoperirii valorii integrale a creanțelor sunt insuficiente, creditorii titulari ai acestora vor primi o cotă proporțională cu procentul pe care creanța lor îl reprezintă în categoria creanțelor respective. Este, de fapt, o reconfirmare a regulii proporționalității în distribuția sumelor alocate pentru acoperirea creanțelor.

²⁶A-M. Găină, *Drept fiscal și procedură fiscală*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 24 și urm.

²⁷M. Comșa, *op. cit.*, 2018, p. 302.

VII. Raportul final

1. Întocmirea raportului final

Lichidatorul procedurii întocmește, după valorificarea bunurilor urmăribile ale debitorului și distribuția sumelor obținute creditorilor, un raport final [art. 63(1) din Legea nr. 151/2015]. Termenul de întrunire a raportului final este de 30 de zile de la finalizarea lichidării. În doctrina²⁸ juridică s-a apreciat că acest termen „nu poate fi respectat atunci când sunt sume mari și/sau mai mulți creditori și atunci când se contestă planul de distribuție”.

Considerăm că termenul de 30 de zile este suficient deoarece el curge de la finalizarea lichidării care se îndeplinește numai atunci când distribuirea sumelor către creditori, rămâne definitivă după contestarea planului de distribuție, indiferent cât de mulți creditori sunt și ce valori au creanțele lor.

2. Conținutul raportului final

În textul de lege dedicat raportului final din Legea nr. 151/2015, nu se prevede care este conținutul acestuia, spre deosebire de raportul trimestrial al cărui conținut este identificat în art. 61, în care se precizează că acesta trebuie să cuprindă „situația sumelor încasate în contul debitorului, planul de distribuire către creditori și situația plăților efectuate și orice alte informații considerate ca relevante pentru buna desfășurare a procedurii”. În atare situație, fiind vorba de un raport final, apreciem că este necesar ca în acesta să fie cuprinse: informații privind situația contului de lichidare (încasări; plăți); informații privind distribuire definitivă a sumelor cuvenite din lichidare creditorilor conform ordinului de distribuție; informații care sunt relevante pentru închiderea procedurii (ex.: gradul de acoperire din valoarea creanțelor; proporția din veniturile urmăribile care poate fi afectată acoperirii pasivului, în vederea eliberării de datoriile reziduale; etc.). Raportul final trebuie să aibă atașate și anexe privind situația veniturilor debitorului.

3. Comunicarea raportului final debitorului și creditorilor

Raportul final întrunit de lichidatorul procedurii se comunică debitorului și creditorilor. Ei sunt persoanele interesate privind desfășurarea și închiderea procedurii. Apreciem că el trebuie depus și la dosarul de la instanță pentru ca în situația în care va fi contestat, instanța să aibă exemplarul oficial, sub semnătura lichidatorului procedurii.

²⁸ M. Comșa, *op. cit.*, 2018, p. 304.

Comunicarea se poate face prin orice mijloc procedural, care să asigure primirea raportului de către creditorii și debitorul, deoarece legea nu prevede o modalitate specială de comunicare.

4. Contestarea raportului final

4.1. Titularii contestației

Dacă în privința posibilității de a contesta raportul trimestrial legea conferă această vocație atât creditorilor cât și debitorului, în privința raportului final numai creditorii pot formula contestație.

Această discriminare nu este justificată deoarece și debitorul este interesat de mersul procedurii atât în etapele trimestriale cât și cum s-a finalizat aceasta și ce urmează și după.

Este adevărat că debitorul este citat pentru a participa în instanță la soluționarea contestațiilor creditorilor, dar dacă niciun creditor nu contestă raportul final și acesta conține date nereale sau eronate, rămâne cu acest conținut și debitorul, după închiderea procedurii, se va supune celor înscrise în raport [ex.: proporția stabilită eronat sau fals din veniturile urmăribile care trebuie afectate acoperirii pasivului conform art. 72(1) din Legea nr. 151/2015].

Apreciem că și debitorul trebuie să aibă legitimitatea de a contesta raportul final, pentru ca acesta să reflecte cât mai fidel cum s-a derulat și finalizat procedura de insolvență prin lichidare de active.

4.2. Termenul de contestare

Raportul final poate fi contestat de creditorii în termen de 7 zile de la comunicare. Este un termen specific procedurii insolvenței, procedură care necesită celeritate datorită situației de dificultate financiară în care se află debitorul.

Termenul de 7 zile începe să curgă de la momentul primirii de către creditorii a raportului final și se calculează conform regulilor procesual-civile.

4.3. Soluționarea contestațiilor

Soluționarea contestației este de competența judecătorei la care este înregistrat dosarul insolvenței. Dacă există mai multe contestații, acestea se soluționează toate deodată, printr-o singură sentință, cu citarea debitorului și a contestatorilor (creditorilor).

Judecarea contestației se face conform regulilor procesuale de drept comun, conform Codului de procedură civilă privind prima instanță, nefiind aplicabile

dispozițiile din art. 200, privind regularizarea cererii. Întâmpinarea se depune în 15 zile și nu în 25, iar răspunsul la întâmpinare în 5 zile de la depunerea întâmpinării, conform art. 10 din Legea nr. 151/2015.

Hotărârea instanței este sentința, care poate fi atacată cu apel.

5. Apelul împotriva sentinței judecătoreiei

5.1. Instanța de apel

Soluționarea apelului împotriva sentinței prin care judecătoria s-a pronunțat asupra contestațiilor la Raportul final este de competența tribunalului.

Această competență este stabilită în art. 10(8) din Legea nr. 151/2015 în care se dispune că apelurile sunt judecate de completuri specializate de la tribunalele specializate sau secția specială de insolvență a tribunalului, dacă a fost creată ori de secția civilă care soluționează și cauzele de insolvență” prevăzute de Legea nr. 85/2014”.

5.2. Termenul de apel

Apelul împotriva sentinței instanței de fond trebuie introdus la tribunal în 7 zile de la comunicarea acesteia. Este un termen scurt, specific termenelor din procedura insolvenței.

5.3. Judecata apelului

Apelul se judecă după regulile procedurale în materie de apel prevăzute în Codul de procedură civilă (art. 416-482).

Judecata apelului se face de urgență și cu precădere, datorită specificului procedurii și situației de dificultate financiară a debitorului care trebuie remediată cât mai repede posibil [art. 63(5) din Legea nr. 151/2015].

APORTUL ASOCIAȚILOR – CONDIȚIE SPECIFICĂ A COTRACTULUI DE SOCIETATE

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

*Lect. univ. dr. asociat Georgeta Alina UȘURELU
Facultatea de Științe Juridice, Economice și Administrative
Universitatea Spiru Haret*

Abstract

*The contribution of the shareholders is of particular importance because it can be said that without the contribution there is no society, and by assuming the contribution the associates do nothing but manifest from the beginning their intention to associate and carry out a joint activity (*affectio societatis*). The contribution is a condition for acquiring the status of shareholder, Law no. 31/1990 expressly providing for each form of company the obligation to mention the contribution of each partner. the contribution must have a certain economic value; it must not be fictitious or of derisory value. The shareholder who is late to submit the social contribution is liable for the damages caused, and if the contribution was stipulated in cash, the associate is also obliged to pay the legal interest from the day on which the payment was to be made.*

Keywords: *shareholder, contribution to the company, company, affectio societatis, cash contribution, contribution in kind, contribution in property, contribution in industry*

Definiție

Aportul reprezintă valoarea patrimonială cu care asociatul contribuie la formarea capitalului social la momentul constituirii societății sau ulterior la majorarea capitalului social.

Aportul asociaților are o importanță deosebită întrucât se poate spune că fără aport nu există societate, iar prin asumarea aportului asociații nu fac altceva decât

să-și manifeste dintr-un început intenția de a se asocia și de a desfășura în comun o activitate (*affectio societatis*).

Potrivit art. 1882 alin. (3) fiecare asociat trebuie să contribuie la constituirea societății prin aporturi bănești, în bunuri, în prestații sau cunoștințe specifice.

Structural, aportul presupune două momente¹: pe de o parte, manifestarea de voință a asociatului de a se obliga să contribuie la constituirea sau majorarea capitalului social materializată prin semnarea actului constitutiv (subscrierea)², iar, pe de altă parte, aducerea efectivă a aportului (vărsarea)³, respectiv predarea bunului, depunerea în cont a sumelor de bani, executarea prestațiilor.

În schimbul aportului, asociatului i se cuvin în contrapartidă fracțiuni din capitalul social (părți sociale, acțiuni, părți de interes)⁴.

Aportul asociațiilor versus capital social. De subliniat că nu se confundă aportul asociațiilor cu capitalul social, întrucât cel din urmă este cuantificarea în monedă a tuturor aporturilor (spre exemplu, în cazul constituirii unei societăți cu răspundere limitată prin aport în natură și în numerar).

Din punct de vedere contabil conform pct. 36 din Regulamentul nr. 704/1993⁵ de aplicare a Legii nr. 82/1991 capitalul social este egal cu valoarea nominală a acțiunilor sau părților sociale, respectiv cu valoarea aportului în natură sau în numerar, a rezervelor încorporate și a profitului repartizat pentru majorarea capitalului sau altor operațiuni care conduc la modificarea acestuia. Capitalul subscris și vărsat se înregistrează distinct în contabilitate, pe baza actelor de constituire a societății și a documentelor justificative privind vărsămintele de capital.

¹ Maria Dumitru, *Dreptul societăților comerciale*, Institutul European, Iași, 2010, p. 44; Octavian Căpățână, *Societățile comerciale*, ed. a II-a, Ed. Lumina Lex, 1996, p. 174.

² Subscrierea aportului se realizează prin menționarea unei clauze în acest sens în actul constitutiv, cu excepția cazului societăților comerciale pe acțiuni prin subscripție publică la care subscrierea se poate face pe unul sau mai multe exemplare ale prospectului de emisiune (art. 19 alin. 1 din Legea nr. 31/1990)

³ În cazul societății cu răspundere limitată sau societății în nume colectiv subscrierea și vărsarea integral au loc în etapa înmatriculării societății, iar prin excepție raportul dintre valoarea capitalului social subscris și cel vărsat este reglementat expres în cazul societății pe acțiuni ce se constituie prin subscriere integrală și simultană a capitalului social, caz în care capitalul social vărsat la constituire nu va putea fi mai mic de 30% din cel subscris, iar diferența de capital subscris va fi vărsată pentru acțiunile emise pentru un aport în numerar în termen de 12 luni de la înmatriculare, iar pentru acțiunile emise pentru aport în natură în termen de cel mult 2 ani de la data înmatriculării (art. 9).

⁴ În literatura juridică operațiunea de aducere a aportului se analizează ca și un contract translativ și oneros ce se încheie între asociați și societate, asociații devenind debitori ai societății în limita aportului, iar asociații dobândind fracțiuni din capitalul societății care nasc un drept de creanță față de aceasta.

⁵ Publicat în M. Of. nr. 303 bis din 22.12.1993.

Capitalul social și patrimoniul societății. Sunt două noțiuni distincte, întrucât în timp ce capitalul social este doar un element al patrimoniului, în sens juridic, patrimoniul societății desemnează totalitatea drepturilor și datoriiilor cu conținut economic.

Patrimoniul are două componente activ și pasiv, iar capitalul social reprezintă un element de activ. Doar la momentul constituirii se poate spune oarecum că există o corespondență, căci în timp ce capitalul social are o valoare constantă (atât timp cât asociații nu hotărăsc reducerea ori majorarea), activul societății este într-o continuă modificare ca urmare a activităților economice.

Capitalul social nu are din punct de vedere contabil o existență concretă fiind doar o cifră înscrisă în bilanțul contabil la pasiv.

Raportat la caracteristicile aportului asociaților, reținem următoarele:

- Aportul asociaților este obligatoriu;

Aportul este o condiție pentru dobândirea calității de asociat, Legea nr. 31/1990 prevăzând expres pentru fiecare formă de societate obligația menționării aportului fiecărui asociat: art. 7 alin. 1 lit. d) pentru societatea în nume colectiv, în comandită simplă sau cu răspundere limitată, respectiv art. 8 alin. 1 lit. e) pentru societatea pe acțiuni și în comandită pe acțiuni.

Aporturile asociaților pot să fie diferite ca valoare sau ca obiect, important fiind însă ca toți asociații să aducă un aport.

De asemenea, din perspectiva societății menționarea aportului în actul constitutiv este obligatorie întrucât potrivit art. 56 alin. (1) lit. f) nulitatea unei societăți înmatriculate în registrul comerțului poate fi declarată de tribunal în cazul în care actul constitutiv nu prevede aportul asociaților.

- Bunul care se aduce ca aport trebuie să fie proprietatea celui ce subscrie

Având în vedere că prin aducerea ca aport se transmite dreptul de proprietate către societate implicit asociatul trebuie să fie proprietarul bunului respectiv; art. 36 alin. (1) lit. f) stabilește că cererea de înmatriculare trebuie să fie însoțită în cazul aporturilor în natură de actele privind proprietatea, iar în cazul în care printre ele figurează și imobile certificatul constatator al sarcinilor de care sunt grevate.

- Aportul trebuie să fie real

Cu alte cuvinte aportul trebuie să aibă din punct de vedere economic o anumită valoare; el nu trebuie să fie fictiv sau să fie de o valoare derizorie. Importanța verificării realității aportului se observă din perspectiva răspunderii societății față de terți, astfel că dacă în cazul aportului în numerar nu există discuții, în cazul aportului în natură verificarea acestei condiții se impune, căci aportul pentru a fi avut în vedere la formarea capitalului social trebuie să fie de o valoare certă, să reprezinte un avantaj pentru societate și care, totodată, să poată fi folosit în activitatea comercială a viitoarei societăți.

Tocmai având în vedere aceste aspecte legiuitorul în art. 16 alin. 2 a stabilit că aporturile în natură trebuie să fie evaluabile din punct de vedere economic, iar, pe de altă parte pentru a împiedica fictivitatea acestora sau supraevaluarea, în cazul anumitor forme de societate, spre exemplu, la societățile pe acțiuni, dacă există aporturi în natură, avantaje rezervate oricărei persoane care a participat la constituirea societății, judecătorul-delegat numește unul sau mai mulți experți autorizați care întocmesc un raport cuprinzând descrierea și modul de evaluare a fiecărui bun aportat și vor evidenția dacă valoarea acestuia corespunde numărului și valorii acțiunilor acordate în schimb (art. 26, respectiv art. 38 alin. 1).

Poate fi adus ca aport imobil grevat de sarcini? Într-o opinie⁶ pe care însă nu o împărtășim se susține că nu este posibilă aducerea ca aport a unor imobile care nu sunt libere de sarcini prin raportare la dispozițiile Legii nr. 31/1990, respectiv art. 40 care prevede că judecătorul delegat va autoriza constituirea societății dacă cerințele legale sunt îndeplinite, iar una din condițiile de legalitate conform art. 36 alin. 2 lit. d) este tocmai prezentarea certificatului constatator al sarcinilor care grevează imobilele aduse ca aport. Apreciem că din economia textelor de lege invocate nu rezultă o astfel de interdicție, ci doar ca cererea de înmatriculare să fie însoțită în cazul aducerii ca aport a imobilelor și de certificatul constatator al sarcinilor de care sunt grevate⁷. Regula este că un bun ipotecat poate fi înstrăinat, însă creditorul ipotecar poate urmări bunul în mâinile în orice mână ar trece, fără a ține seama de drepturile reale constituite sau înscrise după înscrierea ipotecii sale (art. 2360 C. civ.).

Înstrăinarea bunului adus ca aport. S-a pus întrebarea dacă un bun adus ca aport în societate poate fi înstrăinat ulterior de către societate? Într-o primă opinie s-a considerat că bunul nu poate fi înstrăinat odată ce constituie gajul general al creditorilor societății, singura posibilitate fiind înlocuirea valorii acestuia cu aport în numerar, iar într-o a doua opinie s-a apreciat că nu suntem în prezența unei indisponibilizări a bunului adus ca aport și intrat în patrimonial societății, condiții în care înstrăinarea este posibilă⁸.

⁶ Vasile Pătulea, *Finanțarea societăților comerciale*, vol. 1, *Resursele proprii. Capitalul social*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 86.

⁷ Art. 23 alin. 1 din *Legea nr. 7/1996 prevede că partea a III-a din cartea funciară referitoare la înscrierile privind dezmembrămintele dreptului de proprietate, drepturile reale de garanție și sarcini cuprinde: a) dreptul de suprafață, uzufruct, uz, abitație, servituțile în sarcina fondului aservit, ipoteca și privilegiile imobiliare, precum și locațiunea și cesiunea de creanță; b) faptele juridice, drepturile personale sau alte raporturi juridice, precum și acțiunile privitoare la drepturile reale înscrise în această parte; c) sechestrul, urmărirea imobilului sau a veniturilor sale; d) orice modificări, îndreptări sau însemnări ce s-ar face cu privire la înscrierile făcute în această parte.*

⁸ Stanciu D. Cărpenaru, *Tratat de drept comercial român*, Ed. Universul Juridic, 2012, p. 134.

În lămurirea acestei probleme juridice trebuie să pornim de la distincțiile făcute mai sus între noțiunile de capital social și patrimoniu al societății. Pe bună dreptate s-a remarcat în doctrină⁹ că opinia imposibilității înstrăinării unui imobil adus ca aport are la bază o concepție greșită privitoare la una din funcțiile patrimoniului, anume aceea de „gaj general al creditorilor chirografari”¹⁰. Termenul de gaj poate induce în eroare, însă el este folosit în sens metaforic, căci acest „gaj general al creditorilor chirografari” nu este o garanție¹¹, cu atât mai puțin o garanție reală; poate tocmai pentru a evita această interpretare legiuitorul în noul Cod civil a folosit la art. 2324 denumirea marginală „garanția comună a creditorilor”. Legea nr. 31/1990 nu conține vreo dispoziția prin care să indisponibilizeze acest bun, ci stabilește în art. 65 alin. 1 că în lipsă de stipulație contrară, bunurile constituite ca aport în societate devin proprietatea acesteia.

Dacă sub acest prim aspect cred că toți juriștii sunt de acord, discuții se ivesc cu privire la modul în care se procedează, în sensul că în mod greșit înstrăinarea este precedată de o modificare a actelor constitutive, respectiv scoaterea bunului din capitalul social sau înlocuirea aportului în natură cu aport în numerar¹². Astfel de operațiuni nu au sens căci între cele două noțiuni nu există o suprapunere perfectă, ele având semnificații diferite, motiv pentru care o astfel de înstrăinare să nu mai fie precedată de aceste operațiuni inutile și să se aplice principiul subrogației reale cu titlu particular. De altfel, din perspectiva încheierii unui astfel de act juridic nu există nici o piedică din partea notarului public care ar solicita parcurgerea unor astfel de proceduri și nici vreo restricție din perspectiva dispozițiilor privitoare la publicitatea imobiliară. Singurul inconvenient este unul formal legat de conținutul actului constitutiv întrucât art. 7 alin. 1 lit. d) și art. 8 alin. 1 lit. e) obligă la identificarea bunului adus ca aport.

Obiectul aportului

Aportul în numerar este obligatoriu la constituirea societății indiferent de forma ei (art. 16), fără însă ca legea să impună un minim. Aportul în numerar este în lei sau pentru nerezidenți în valută.

Aportul asociatului nu este purtător de dobânzi (art. 68).

⁹ Av. dr. Cătălin Oroviceanu, *Două lucruri greșit înțelese despre capitalul social* <http://www.juridice.ro/284480/doua-lucruri-gresit-intelese-despre-capitalul-social.html>

¹⁰ „Cel care este obligat personal răspunde cu toate bunurile sale, mobile și imobile, prezente și viitoare” (art. 2324 alin. 1 C. civ.)

¹¹ Valeriu Stoica, *Drept civil. Drepturi reale principale*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 21.

¹² Cristina Cucu, Marilena-Veronica Gavriș, Cătălin-Gabriel Bădoiu, Cristian Haraga, *Legea societăților comerciale nr. 31/1990*, p. 119.

Aportul în numerar conferă asociatului numai un drept la părțile sociale corespunzătoare capitalului social subscris, iar nu și dreptul de proprietate asupra bunului cumpărat cu sumele de bani aduse ca aport, proprietarul fiind societatea¹³.

Aportul în natură are ca obiect bunuri imobile și mobile corporale sau necorporale (creanțe, brevete de invenție, mărci, fond de comerț) proprietatea asociatului ce trebuie probată (art. 36); așadar, aportul trebuie să fie proprietatea asociatului, iar nu a unei terțe persoane, iar dovada se face prin prezentarea actelor de proprietate¹⁴.

Aportul trebuie evaluat în bani pentru a se stabili astfel valoarea părților sociale, de interes ori acțiuni ce se cuvin asociaților, evaluare care se face fie de asociați, fie de către experți (art. 37 alin. 3 și 38 alin. 1).

Aportul în natură este admis la toate formele de societate și sunt vărsate prin transferarea drepturilor corespunzătoare și predarea efectivă către societate a bunurilor aflate în stare de utilizare (art. 16 alin. 2)¹⁵.

Rezultă că în privința executării obligației asociatului de a aduce aport sunt instituite două obligații cumulative, respectiv:

- transferul dreptului de proprietate; acesta are loc la momentul înmatriculării societății (art. 65 alin. 1), iar nu în momentul încheierii actului constitutiv
- predarea efectivă, astfel că riscul pieirii fortuite va fi suportat de asociat până la acest moment al predării efective a bunului aportat

Aporturile în creanțe au regimul aporturilor în natură, nefiind admise la societățile pe acțiuni care se constituie prin subscripție publică și nici la societățile în comandită pe acțiuni și societățile cu răspundere limitată (art. 16 alin. 3).

În cazul aportului în creanțe asociatul este liberat decât după ce societatea a obținut plata sumei de bani ce face obiectul creanței (art. 84)

De reținut că aportul de drepturi sociale este asimilat aportului în creanțe care, după cum am văzut, este asimilat la rândul său cu aportul în natură. Care sunt condițiile în care astfel de drepturi sociale sunt aduse ca aport, cum ar fi aducerea de către un asociat la constituirea unei societăți pe acțiuni a părților sociale deținute la un S.R.L.? Într-o opinie¹⁶ s-a apreciat că aportul de drepturi sociale ale societăților de persoane și ale societăților cu răspundere limitată fiind asimilat aportului de creanțe, implicit aportul trebuie să fie notificat acestor societăți sau acceptate

¹³ C.S.J., decizia nr. 11/1994 în Cristina Cucu, Marilena-Veronica Gavriș, Cătălin-Gabriel Bădoiu, Cristian Haraga, *op. cit.*, p. 118-119.

¹⁴ C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 153/1993 în Cristina Cucu, Marilena-Veronica Gavriș, Cătălin-Gabriel Bădoiu, Cristian Haraga, *op. cit.*, p. 118.

¹⁵ Aceeași soluție o regăsim și în Codul civil în art. 1896 alin. 1: „Aportul în bunuri, altele decât cele fungibile, se efectuează prin transferul drepturilor asupra acestora și predarea efectivă a bunurilor în stare de funcționare potrivit destinației sociale”.

¹⁶ Vasile Pătulea, *op. cit.*, p. 75.

printr-un act autentic (art. 1393 C. civ. din 1864). În ceea ce ne privește considerăm că nu poate fi îmbrățișată o astfel de soluție întrucât prevalează dispozițiile aplicabile transmiterii de părți sociale, iar nu cele ale cesiunii de creanță; astfel, potrivit art. 202 alin. 2 transmiterea părților sociale către persoane din afara societății este permisă numai dacă a fost aprobată de asociați reprezentând cel puțin trei pătrimi din capitalul social.

Aportul în proprietate și aportul în folosință

În lipsă de stipulație contrară, bunurile constituite ca aport în societate devin proprietatea acesteia din momentul înmatriculării ei în registrul comerțului (art. 65 alin. 1), moment din care asociatul încetează să mai fie proprietarul bunului. Observăm că legiuitorul a derogat de la regula generală a transmiterii dreptului de proprietate la momentul încheierii actului juridic (art. 1674 C. civ.¹⁷), justificat de faptul că societatea dobândește personalitate juridică de la momentul înmatriculării ei în registrul comerțului.

Riscul pieirii fortuite a bunului este suportat de asociatul care aduce aportul până la momentul la care acesta predă societății efectiv bunul, soluție care se desprinde din art. 16 alin. 2. Observăm că legiuitorul a derogat de la regula *res perit domino* statornicită de art. 558 C. civ.: „proprietarul suportă riscul pieirii bunului, dacă acesta n-a fost asumat de o altă persoană sau dacă prin lege nu se dispune altfel” fiind în concordanță cu dispozițiile art. 1274 C. civ. care reglementează suportarea riscului în contractul translativ de proprietate, text de lege potrivit căruia atât timp cât bunul nu este predat, riscul contractului rămâne în sarcina debitorului obligației de predare, chiar dacă proprietatea a fost transferată debitorului.

Dacă un asociat a adus ca aport un imobil nu poate solicita societății plata chiriei pentru folosința imobilului¹⁸.

Se poate aduce ca aport și doar folosința bunului, astfel că ceea ce se transmite este doar dreptul de folosință asupra bunului, asociatul respectiv păstrând dreptul de proprietate. Aducerea ca aport doar a folosinței bunului trebuie să rezulte din clauzele actului constitutiv. În caz de dizolvare și lichidare a societății bunul nu este avut în vedere la întocmirea bilanțului de lichidare întrucât nu este activ al acesteia¹⁹.

¹⁷ „Cu excepția cazurilor prevăzute de lege ori dacă voința părților nu rezultă contrariul, proprietatea se strămută de drept cumpărătorului din momentul încheierii contractului, chiar dacă bunul nu a fost predat ori prețul nu a fost încă plătit”.

¹⁸ C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 199/1997 în Cristina Cucu, Marilena-Veronica Gavriș, Cătălin-Gabriel Bădoiu, Cristian Haraga, *op. cit.*, p. 118.

¹⁹ C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 476 din 29 iunie 1995, Revista de drept comercial nr. 6/1996, p. 136

Asociatul care aduce ca aport proprietatea sau un alt drept real asupra unui bun răspunde pentru efectuarea aportului întocmai unui vânzător față de cumpărător, iar asociatul care aduce ca aport folosința răspunde pentru efectuarea aportului întocmai unui locatar față de locatar (art. 1896 alin. 2 C. civ.).

Aportul în industrie (în prestații sau cunoștințe specifice) constă în prestații în muncă sau servicii pe care asociatul promite să le efectueze, motiv pentru care este permis numai la societățile în nume colectiv și asociațiilor comanditați din societatea în comandită.

Răspunderea asociatului pentru neexecutarea obligației de a aduce aportul (vărsarea aportului)

Potrivit art. 65 alin. 2 asociatul care întârzie să depună aportul social este răspunzător pentru daunele pricinuite, iar dacă aportul a fost stipulat în numerar asociatul este obligat și la plata dobânzilor legale din ziua în care trebuia să se facă vărsământul.

Spre exemplu, în cazul unui aport în natură, neexecutarea obligației de aport dă societății dreptul să ceară obligarea asociatului la predarea bunului care constituie obiectul aportului.

În cazul aportului în creanțe dacă plata nu s-a putut obține prin urmărirea debitorului cedat, asociatul, în afară de daune, răspunde de suma datorată, cu dobândă legală din ziua scadenței creanțelor (art. 84 alin. 2).

Nerespectarea obligației privind efectuarea aportului poate avea următoarele consecințe: fie excluderea asociatului (art. 222 alin. 1 lit. a) în cazul societăților cu răspundere limitată, societăților în nume colectiv și societăților în comandită simplă, fie anularea acțiunilor nominative când nu s-a efectuat plata vărsămintelor (art. 100) în cazul societăților pe acțiuni și în comandită pe acțiuni

Regimul aporturilor conform Codului civil. În cazul unei societăți cu personalitate juridică, aporturile intră în patrimoniul societății, iar în cazul unei societăți fără personalitate juridică aporturile devin coproprietatea asociaților, cu excepția cazului în care aceștia au convenit, în mod expres, că vor trece în folosința lor comună (art. 1883).

Ca noutate a fost clarificat regimul aporturilor soților, art. 1.882 alin. 1 stabilind că un soț nu poate deveni asociat prin aducerea unui aport de bunuri mobile decât cu consimțământul celuilalt soț.

Regimul aporturilor bunurilor comune a fost reglementat expres în art. 349 NCC prevăzându-se sub sancțiunea nulității relative că niciunul dintre soți nu

poate singur, fără acordul celuilalt soț, să dispună de bunurile comune ca aport la o societate sau pentru dobândirea de părți sociale ori, după caz, de acțiuni. În cazul societăților comerciale ale căror acțiuni sunt tranzacționate pe o piață reglementată, soțul care nu și-a dat acordul la întrebuițarea bunurilor comune nu poate pretinde decât daune-interese de la celălalt soț, fără a fi afectate drepturile dobândite de terți. În toate cazurile părțile sociale sau, după caz, acțiunile sunt bunuri comune. Cu toate acestea, soțul care a devenit asociat exercită singur toate drepturile ce decurg din această calitate.

ASPECTE TEORETICE ȘI PRACTICE CU PRIVIRE
LA REȚINEREA FORMEI AGRAVANTE A INFRAȚIUNII
DE VIOLARE DE DOMICILIU PREVĂZUTE
DE ART. 224 ALIN. 2 COD PENAL SAU
A STĂRII DE LEGITIMĂ APĂRARE,
ÎN CAZUL SĂVĂRȘIRII FAPTEI ÎN TIMPUL NOPTII

*Drd. Eugen Cristian GRIGORIE¹
Procuror, Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Craiova*

Abstract

Recently, a problem of non-unitary practice was identified in cases of not retaining the aggravating form of the crime of home invasion provided by art. 224 para. 2 of the Criminal Code or of the crime of aggravated theft provided by art. 228 para. 1 – 229 para. 1 lit. b Criminal Code in case of committing the act during the night when the darkness does not benefit the perpetrator (for example: in case of committing the crime of theft after leaving the darkness inside the well-lit commercial complexes, open to the public).

In the new criminal code, within art. 19 para. 3, the phrase "during the night" was added, in the conditions in which it will be presumed to be in a state of self-defense who commits the deed to reject the entry of a person in a house, room, outbuilding or fenced place, however, there is a non-unitary practice regarding the assimilation of unauthorized entry into a home with a material, direct, immediate and unfair attack that would justify a defense from the person using the home.

Keywords: *home invasion, aggravating form, during the night, self-defense, criminal code.*

¹ Școala doctorală a Facultății de Drept, Universitatea din Craiova, conducător științific Prof. univ. dr. Ruxandra Răducanu.

Împrejurarea săvârșirii faptei în timpul nopții este introdusă de legiuitorul român ca și agravantă în cadrul mai multor infracțiuni și anume: în cazul infracțiunii de violare de domiciliu, prev. de art. 224 alin. 2 C. pen., în cazul infracțiunii de violarea sediului profesional prev. de art. 225 alin. 2 C. pen., în cazul infracțiunii de furt calificat, prev. de art. 228 alin. 1, art. 229 alin. 1 lit. b) C. pen., în cazul infracțiunii de tâlhărie calificată, prev. de art. 233-234 alin. 1 lit. d) C. pen., precum și în cazul infracțiunilor silvice prev. de art. 107 alin. 2, 108 alin. 2 și 109 alin. 2. din Legea nr. 46/2008 (Codul silvic), considerându-se că pericolul social al faptei este sporit, având în vedere că noaptea oferă împrejurări favorabile pentru săvârșirea infracțiunilor respective.

În cazul săvârșirii infracțiunii de violare de domiciliu în timpul nopții s-a reținut că fapta este săvârșită când afară s-a lăsat întunericul, iar acesta a luat în mod real locul luminii. S-a mai stabilit că zorile fac parte din noapte, însă amurgul nu se consideră că aparține nopții².

Săvârșirea faptei în timpul nopții este o împrejurare de fapt care va fi determinată de către organele judiciare, ținându-se cont de anotimp, de criteriile astronomice, de poziția geografică, precum și de data și orele la care s-a săvârșit fapta.

Într-o speță s-a reținut că doar „criteriul astronomic, apusul și răsăritul soarelui nu poate servi, în exclusivitate, la determinarea înțelesului noțiunii „timpul nopții”, deoarece nici apusul, nici răsăritul soarelui nu schimbă, deodată, ziua în noapte și noaptea în zi, între apusul soarelui și ziua reală existând un interval de tranziție, în care cele două stări se întrepătrund.

Prin „timpul nopții” se impune a se înțelege numai noaptea reală, adică din momentul când întunericul a luat, în mod efectiv, locul luminii; amurgul, care nu poate fi considerat încă întuneric, nu face parte din noapte³”.

În consecință dacă fapta a fost săvârșită în timpul nopții „trebuie stabilită în raport cu starea de întuneric ce poate fi determinată prin probe, ținându-se seama nu numai de ora comiterii faptei, ci și de data calendaristică, poziția topografică a localității și condițiile atmosferice din momentul respectiv. Or, la data de 30 iulie 1997 apusul soarelui a intervenit la ora 20:43, adică cu numai 17 minute înainte de săvârșirea faptei, iar poziția topografică a localității și condițiile atmosferice nu au favorizat apariția mai rapidă a întunericului, astfel încât în mod corect s-a reținut de instanța de apel că încă nu se făcuse noapte atunci când inculpatul a săvârșit fapta⁴”.

Într-o altă speță s-a stabilit că „având în vedere probatoriul administrat, faptul că infracțiunea reținută în sarcina inculpatului a fost săvârșită înainte de răsăritul

² V. Dongoroz, *Explicații teoretice ale Codului penal român*, vol. III, Ed. Academiei, București, 1971, p. 312; M. Udriou, *Drept penal-Partea specială*, Ed. C.H. Beck, București, 2016, p. 224.

³ Curtea Supremă de Justiție-secția penală, decizia nr. 355/1999 disponibilă pe www.scj.ro.

⁴ Curtea Supremă de Justiție-secția penală, decizia nr. 355/1999, disponibilă pe www.scj.ro.

soarelui și cum zorii fac parte din noapte, instanța de fond a apreciat că cererea procurorului este întemeiată, dispunând în baza art. 386 Cod procedură penală schimbarea încadrării juridice a faptei din art. 233 Cod penal în art. 233, art. 234 alin. 1 lit. d) Cod penal⁵”.

Cu privire la pericolul sporit al faptelor săvârșite în astfel de împrejurări, în doctrină⁶ s-a considerat că noaptea „făptuitorul se poate apropia mai ușor și cu mai puține riscuri de a fi descoperit, de bunul pe care urmărește să-l sustragă din cauza întunericii⁷”, profitând de scăderea atenției și vigilenței oamenilor, care în marea lor majoritate se retrag pentru odihnă.

În practica judiciară mai veche au fost împărțite mai multe opinii în sensul că pentru reținerea agravantei de săvârșire a faptei în timpul nopții nu este suficient a se proba doar realitatea faptică a existenței întunericii în momentul săvârșirii infracțiunii și faptul că acest lucru i-a profitat făptuitorului în săvârșirea faptei⁸.

În doctrină⁹, cât și în practica judiciară recentă s-a considerat că, pentru reținerea agravantei, nu prezintă relevanță dacă făptuitorul a profitat sau nu de timpul nopții și nu se pot astfel adăuga noi condiții la lege pe care legiuitorul nu le-a precizat întrucât s-ar restrânge nejustificat sfera de aplicare a agravantei.

În acest sens, într-o speță, instanța de judecată a reținut că, „agravanta are caracter obiectiv, fiind incidență ori de câte ori fapta s-a comis după instalarea întunericii nopții, chiar dacă locul de unde a fost sustras obiectul furtului era luminat¹⁰”.

Aceste aspecte de practică neunitară au fost deja lămurite în trecut printr-o decizie de îndrumare Plenul Tribunalului Suprem care a stabilit că se va reține agravanta săvârșirii faptei în timpul nopții „exclusiv din împrejurarea de fapt că infractorul a furat noaptea, astfel încât instanțele nu pot modifica prevederile exprese ale legii, condiționând aplicarea acestora și de dovedirea altor împrejurări¹¹”.

În sens contrar, într-o opinie doctrinară recentă s-a considerat „furtul comis după lăsarea întunericii pe stradă, chiar dacă aceasta era iluminată artificial, ca și cel comis într-o locuință, întrunesc condițiile de tipicitate ale furtului calificat,

⁵ Curtea de Apel Suceava, decizia nr. 743 din data de 05.10.2015, disponibilă pe <https://legeaz.net>.

⁶ I. Dobrinescu, *Cu privire la furtul comis în timpul nopții*, în RRD nr. 8/1967, p. 102; V. Dongoroz, S. Kahane, ș.a., *op. cit.*, vol. III. p. 477; G. Antoniu, *Furtul săvârșit în timpul nopții*, în RRD nr. 6/1970.

⁷ O. Loghin, *Drept penal român*, Ed. Șansa, 2001, p. 274.

⁸ D. 8/1961 a T. reg. Dobrogea, Leg. pop. 12/1961, p. 84; D. 329/1964 a T. reg. Crișana, JN 9/1964, p. 154; D. 1412/1964 a T.S., col. p., JN 4/1965 p. 150; D. 1075/1962 CD 1962, p. 509; D. 150/1969 a T. jud. Suceava, RRD 12/1969, p. 180.

⁹ O. Loghin, *op. cit.*, p. 274; M. Udriou, *op. cit.*, p. 192.

¹⁰ C.A. București, secția I penală, decizia nr. 269/1998.

¹¹ Decizia de îndrumare nr. 3/1970 a Plen. Tribunalului Suprem, CD 1970, p. 71.

însă în cazul spațiilor închise în care se desfășoară activități și după lăsarea întunericului și în care iluminatul artificial face să fie lipsită de relevanță lăsarea întunericului în mod natural, nu există niciun motiv pentru reținerea agravantei, dacă fapta a fost comisă în timpul programului de lucru în care stabilimentul funcționează potrivit destinației sale¹²”.

Cu privire la această problemă au fost formulate recent opinii diferite și în cadrul sistemului judiciar, astfel într-o primă opinie s-a apreciat că se impune acordarea priorității criteriului astronomic, indiferent dacă făptuitorul a profitat sau nu de lăsarea întunericului în cazul săvârșirii faptei într-un complex comercial, având în vedere că acesta putea să părăsească după faptă complexul și să profite de întuneric pentru a se sustrage.

Într-o a doua opinie s-a apreciat că, într-o asemenea situație, se impune acordarea priorității criteriului realității, întrucât nu se justifică reținerea variantei agravante a infracțiunii de vreme ce întunericul nu i-a profitat în mod real făptuitorului.

În cadrul unei spețe recente, judecătorul de drepturi și libertăți, a considerat că „circumstanța agravantă a timpului nopții nu trebuie limitată la criteriul astronomic, urmând a da efect criteriului realității, respectiv a analiza dacă în acest caz concret, faptul că infracțiunea de furt a fost săvârșită în timpul nopții a profitat inculpatului¹³”.

S-a reținut că furtul a fost comis într-un mall, într-o zi de luni, în jurul ore 20:00, iar judecătorul a luat act că centrul comercial era prevăzut cu pază umană specializată, astfel încât instanța de judecată a considerat că în cauză nu este aplicabilă forma agravantă având în vedere că o eventuală lăsare a nopții nu a oferit în acest caz concret împrejurări favorabile pentru săvârșirea faptei.

În motivarea soluției judecătorul de drepturi și libertăți a considerat că „prin agravanta prevăzută de art. 229 alin. (1) lit. b) C. pen., legiuitorul a dorit sancționarea mai aspră a persoanelor care, profitând de întunecimea completă dată de noapte, comit infracțiunea, având astfel mai multe șanse atât de reușită, cât și de a scăpa de răspunderea penală. Or, lărgirea excesivă a rațiunii reglementării agravantei conduce la deturnarea acesteia de la scopul avut în vedere în momentul incriminării¹⁴”.

Cu toate că există o rațiune și în această explicație, nu putem fi de acord cu această opinie întrucât legiuitorul prin incriminarea acestei agravante nu a avut în vedere ca făptuitorul trebuie să profite efectiv de împrejurarea lăsării întunericului,

¹² G. Bodoroncea, V. Cioclei, I. Kuglay, L.V. Lefterache, T. Manea, I. Nedelcu, F.M. Vasile, *Codul penal – comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2016, p. 635.

¹³ Încheierea din data de 11.01.2018 a Judecătorei Sectorului 1 București în dosarul nr. 550/299/2018.

¹⁴ Încheierea din data de 11.01.2018 a Judecătorei Sectorului 1 București în dosarul nr. 550/299/2018.

ci doar de ambianța generală pe care o creează noaptea, ca fenomen natural, ținând de natura umană ca în acele momente vigilența să fie mai scăzută datorită stării de oboseală, iar îndrăzneala făptuitorului să fie mai ridicată.

De asemenea, se va pune problema lipsei de predictibilitate a normelor penale cu privire la aplicarea modalității agravante doar în anumite cazuri după lăsarea întunericului, fiind exceptate astfel cazurile spațiilor foarte bine iluminate, mall-uri, galerii comerciale, rezidențiale, spații în care se desfășoară activități intense în timpul programului de lucru și care ar face lipsită de relevanță juridică stabilirea momentului săvârșirii infracțiunii.

În urma modificărilor legislative anterioare, în cazul legitimei apărări a fost introdus prin Legea nr. 169/2001 (modificat prin Legea nr. 247/2005) alin. 2¹ al art. 44 din Vechiul Cod penal care prevedea că „se prezumă că este în legitimă apărare și acela care săvârșește fapta pentru a respinge pătrunderea fără drept a unei persoane prin violență, viclenie, efracție, sau prin alte asemenea mijloace, într-o locuință, încăpere, dependință sau loc împrejmuit ori delimitat prin semne de marcare¹⁵”.

În noul cod penal, în cadrul art. 19 alin. 3, a fost păstrată această prezumție, însă a fost adăugată și sintagma „în timpul nopții” în cadrul condițiilor cu privire la atac; astfel „se prezumă a fi în legitimă apărare, în condițiile alin. (2), acela care comite fapta pentru a respinge pătrunderea unei persoane într-o locuință, încăpere, dependință ori loc împrejmuit ținând de aceasta, fără drept, prin violență, viclenie, efracție ori alte asemenea modalități nelegale ori în timpul nopții”.

În susținerea opiniei cu privire la faptul că săvârșirea faptei de violare de domiciliu, în timpul nopții, prezintă un pericol social sporit a venit și modificarea legislativă menționată mai sus, prin care a fost introdusă și sintagma „în timpul nopții” pentru a lărgi sfera de aplicare a reținerii stării de legitimă apărare.

Astfel, se prezumă că se află în legitimă apărare și cel care respinge pătrunderea unei persoane într-o locuință, încăpere, dependință ori loc împrejmuit ținând de aceasta, în timpul nopții, fără a mai fi necesar faptul ca respective acțiune să fie realizată prin violență, viclenie, efracție ori alte asemenea modalități nelegale.

„Prin aceste prevederi se particularizează o apărare legitimă într-un anumit domeniu și se derogă de la cadrul general, atât în privința condițiilor atacului, cât și în privința condițiilor apărării¹⁶”.

Cu privire la întinderea nopții, nu s-au formulat în doctrină sau în practică alte opinii și astfel se consideră că, amurgul nu este inclus în noapte, însă zorile fac parte din aceasta, criteriul astronomic fiind completat cu împrejurarea de fapt când întunericul a luat efectiv locul luminii.

¹⁵ Art. 44 alin. 2¹ din Vechiul Cod penal.

¹⁶ C. Mitrahe, *Drept penal român Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p 181.

Atacul va consta într-o pătrundere fără drept într-o locuință, încăpere, dependință sau loc împrejmuit ținut de acesta prin violență, viclenie, efracție sau alte modalități ori în timpul nopții fiind legiferată o prezumție relativă de legitimă apărare a aceluia care săvârșește fapta pentru a respinge vreun atac în condițiile de mai sus.

În doctrină s-a mai stabilit că „atunci când, locuința sau domiciliul făptuitorului îi sunt puse acestuia în primejdie, printr-o pătrundere fără drept și într-o modalitate agravată, expres și limitativ prevăzută (...), prezumția legală după care același făptuitor a acționat în continuare în legitimă apărare implică, concomitent, și reținerea separată a unei infracțiuni de violare de domiciliu, în formă calificată, comisă de către potențiala victimă¹⁷”.

Într-o speță cu mare impact mediatic, instanța de judecată a stabilit că „legiuitorul a instituit în art. 44 alin. 2¹ C. pen. o prezumție relativă de legitimă apărare, susceptibilă de probă contrară, în favoarea celui care comite o faptă prevăzută de legea penală, pentru a respinge pătrunderea fără drept în locuința sa a unei persoane.

În situația dată, nu este necesară existența atacului din partea victimei, textul de lege vizând o situație premisă distinctă, și anume o pătrundere fără drept, făptuitorul acționând în sensul respingerii acesteia, și nu al vreunui atac.

Pentru a pronunța această soluție, s-a reținut că în noaptea de 5/6 octombrie 2005, numitul I.B. a pătruns, prin escaladare, în imobilul aparținând familiei I., situat în mun. București. Acesta a sustras mai multe bunuri mobile din locuința acestora, iar când a fost surprins de numitul A.I., a încercat să fugă din imobil, a sărit de la etajul I și ulterior a escaladat țevile de gaze din dreptul garajului subteran și terasei de la parter, locație unde a fost găsit și împușcat în cap cu arma de vânătoare de făptuitorul A.I.

S-a apreciat că este incidentă o cauză de înlăturare a caracterului penal al faptei, respectiv legitima apărare, în sensul că I.B. a acționat pentru respingerea pătrunderii fără drept în domiciliul său a unui intrus, nu cunoștea care sunt intențiile persoanei observate pe țeava de gaze și nici nu a avut concret reprezentarea dacă aceasta este una și aceeași persoană pe care a văzut-o în interiorul imobilului său.

Prin rezoluția pronunțată în cauză, s-a dispus neînceperea urmăririi penale ca urmare a incidenței art. 10 lit. e) C. pr. pen. și a art. 44 C. pen., referitor la legitima apărare. Aceasta din urmă înlătură caracterul penal al faptei ca urmare a lipsei vinovăției făptuitorului. Fapta celui care acționează în legitimă apărare este esențialmente prevăzută de legea penală, dar nu este săvârșită cu vinovăție și nu prezintă relevanță ce natură are respectiva faptă penală, în ce act normativ este prevăzută, care îi sunt limitele de pedeapsă sau orice alte atribute.

¹⁷ D.D. Nica, *Raportul juridic dintre prezumția legală a legitimei apărări și infracțiunea de violare de domiciliu*, în *Dreptul* nr. 8/2006, pp. 184-188.

La analiza reținerii legitimei apărări, instanța de fond a avut în vedere în primul rând poziția subiectivă a făptuitorului față de faptă la momentul săvârșirii acesteia, neavând relevanță elementele de fapt sau de drept descoperite ulterior și care dacă ar fi cunoscute de făptuitor la momentul respectiv ar fi trebuit să-l determine pe acesta la abordarea unei alte conduite, atâta vreme cât acesta nu trebuia sau nu putea să le prevadă.

Cu privire la susținerile prim-procurorului Parchetului de pe lângă Tribunalul București din cuprinsul rezoluției de respingere a plângerii, conform cărora în situația art. 44 alin. (2)¹ C. pen. nu mai este necesară existența atacului victimei, tribunalul le-a apreciat drept întemeiate, textul de lege vizând o situație premisă distinctă, și s-a apreciat că nu este vorba de o prezumție absolută, ci de una relativă, susceptibilă de proba contrară.

Cum în speță nu s-a dovedit că făptuitorul LA. a acționat în alte scopuri decât cel al respingerii pătrunderii fără drept a unei persoane care îi violase domiciliul și despre care bănuia că urmărește să-l tâlhărească sau să-i ucidă familia, prezumția a operat în favoarea acestuia și s-a reținut incidența cauzei care înlătură caracterul penal al faptei¹⁸.

Într-o altă speță, instanța de judecată a constatat că „raportat la starea de fapt descrisă, inculpatul s-a aflat în fața unui atac material, direct, imediat și injust, îndreptat împotriva sa și a siguranței membrilor familiei sale, de natură să pună în pericol grav drepturile sale, cu referire la inviolabilitatea domiciliului, astfel că apărarea a fost necesară pentru înlăturarea atacului și proporțională cu intensitatea agresiunii. Chiar dacă acțiunea inculpatului a avut consecințe destul de severe în planul integrității fizice a inculpatului-parte vătămată, Curtea a reținut că, în fapt, ceea ce a urmărit inculpatul a fost doar să îndepărteze pe inculpatul-parte vătămată și doar insistența violentă a acestuia l-a determinat la o ripostă agresivă, percepută ca fiind, în cele din urmă, singura în măsură să restabilească liniștea în propria locuință¹⁹”.

Într-o altă speță, instanța supremă a stabilit că „fapta unei persoane de a pătrunde în casa fostei sale concubine, de a insista să reia conviețuirea, trăgând de hainele ei și rupându-le, urmată de lovirea cu pumnul în față a soțului acesteia care a intervenit în apărarea femeii nu constituie un atac de natură a pune în pericol grav persoana acesteia. Riposta soțului femeii de a lovi în cap cu toporișca pe agresor nu îndeplinește, sub acest aspect, condițiile unei apărări legitime prin depășirea limitelor din cauza tulburării sau temerii, prevăzută în art. 44 alin. (2) și (3) C. pen., din lipsa gravității pericolului cauzat de atacul victimei. Într-o atare situație sunt incidente prevederile art. 73 lit. b) C. pen., fapta fiind săvârșită sub

¹⁸ Curtea de Apel Craiova, s. pen., dec. nr. 1028 din 7 decembrie 2007, nepublicată.

¹⁹ Curtea de Apel Cluj, s. pen. și min., dec. nr. 110/R/2010, în Jurindex.

stăpânirea unei puternice tulburări determinată de provocarea persoanei vătămate, produsă prin violență²⁰.

Într-o altă speță, instanța supremă a stabilit că „lovirea repetată, cu urmări mortale, a unei persoane care a pătruns în locuința făptuitorului noaptea, prin escaladare și efracție și a lovit cu bățul în cap pe cel aflat în încăpere, constituie un act de legitimă apărare, potrivit art. 44 alin. (2¹) C. pen. Faptul că victima a fost lovită și pe când încerca să se retragă și după ce scăpase bățul din mână este irelevant, de vreme ce pericolul nu a încetat, ea putându-se înarma din nou cu unul din parii aflați la îndemână²¹”.

Prin sentința penală nr. 242 din 5 iunie 2001, Tribunalul Galați a condamnat pe inculpatul S.A. pentru săvârșirea infracțiunii de omor prevăzută în art. 174, cu aplicarea art. 73 lit. b) C. pen.

Instanța a reținut că, în jurul orei 5 dimineața a zilei de 25 septembrie, când încă era întuneric, inculpatul, care locuia singur în casă, a fost trezit din somn de o izbitură în ușa camerei în care dormea.

În momentul deschiderii ușii, inculpatul a văzut în fața acesteia pe consăteanul său H.I., cunoscut ca o persoană cu purtări violente, având un băț masiv în mână. La întrebarea inculpatului, cum a intrat în curte, H.I. nu a răspuns, ci l-a lovit de mai multe ori cu bățul în cap. Pentru a se apăra, inculpatul a luat o securice aflată la îndemână cu latul căreia, în momentul când a fost lovit din nou peste cap, inculpatul a lovit pe agresor la întâmplare.

În urma schimbului de lovituri H.I. a scăpat bățul din mână și s-a retras către poarta de intrare în curte. Temându-se că agresorul se va înarma cu unul din parii aflați lângă gard, inculpatul l-a urmărit și ajungându-l lângă poartă, l-a lovit repetat cu latul securicii, după care l-a abandonat și a mers să anunțe la poliție cele întâmplate.

Prin decizia penală nr. 494 din 12 noiembrie 2001 a Curții de Apel Galați, apelul inculpatului a fost respins. Curtea Supremă de Justiție, secția penală, a admis recursul inculpatului prin decizia nr. 2718 din 29 mai 2002 și a dispus achitarea acestuia în temeiul art. 11 pct. (2) lit. a) raportat la art. 10 alin. (1) lit. e) C. pr. pen. și la art. 44 alin. (2¹) C. pen.

Împotriva deciziei s-a declarat recurs în anulare, cu motivarea că achitarea inculpatului este greșită, deoarece inculpatul a continuat să lovească victima și după ce acțiunea acesteia de a pătrunde fără drept în locuință încetase și se îndrepta spre poartă pentru a părăsi curtea.

Recursul în anulare a fost respins ca nefondat, cu următoarea motivare:

„Potrivit art. 44 alin. (2¹) C. pen., introdus prin Legea nr. 169/2001, se prezumă că este în legitimă apărare și acela care săvârșește fapta pentru a respinge

²⁰ I.C.C.J., secția penală, decizia nr. 6279 din 25 noiembrie 2004 pe www.scj.ro.

²¹ I.C.C.J., Completul de 9 judecători, decizia nr. 429 din 3 noiembrie 2003 pe www.scj.ro.

pătrunderea fără drept a unei persoane prin violență, viclenie, efracție sau prin alte asemenea mijloace, într-o locuință, încăpere, dependență sau loc împrejmuit ținând de acestea.

Este necontestat că victima a intrat fără drept în curtea casei inculpatului, prin escaladarea gardului, după care a forțat ușa casei încercând să pătrundă în camera în care acesta dormea.

Trezindu-se, pe întuneric, de zgomotul produs prin forțarea ușii în fața căreia inculpatul, persoană în vârstă, a văzut un bărbat în plină putere, despre care știa că este violent, el era pus în fața unui atac material, direct, imediat și injust, de natură a-i pune persoana într-un grav pericol, care nu a încetat în tot cursul altercației.

Astfel fiind, s-a constatat că achitarea inculpatului este legală și temeinică, motiv pentru care recursul în anulare a fost respins²².

Într-o altă speță, analizând, în mod prioritar, condițiile generale ale cauzei justificative, instanța a reținut că, „în seara incidentului persoanele vătămate au declanșat un atac material direct, imediat și injust împotriva dreptului inculpatului la viață privată și inviolabilitatea domiciliului, pătrunzând fără drept în curtea locuinței sale – pătrunderea este nelegitimă, chiar și în condițiile în care inculpatul ar fi distrus geamul autoturismului, fapt infirmat de probatoriu cauzei – care s-a amplificat în momentul în care asupra tatălui inculpatului au fost exercitate agresiuni fizice de către o persoană, fiind doborât la pământ, în condițiile în care anterior aceleași persoane îl agresaseră și pe inculpat iar de teama acestora s-a refugiat în propria locuință, atac de natură a pune în pericol persoana tatălui său, context în care, apărarea inculpatului materializată în agresarea cu un cuțit a persoanelor aflate fără drept în domiciliul său, a fost necesară pentru înlăturarea atacului, fiind îndreptată împotriva acestor persoane, în timp ce una dintre acestea aplica lovituri tatălui său și totodată proporțională cu gravitatea atacului²³”.

Așadar, legitima apărare implică ideea de reacție necesară contra unui atac material, direct, imediat și injust, reacție care în înțelesul legii penale trebuie să se afle într-un raport de proporționalitate aproximativă cu pericolul creat făptuitorului de agresiunea atacatorului.

De asemenea, s-a statuat că întotdeauna trebuie să se analizeze împrejurările concrete în care au acționat atât agresorul cât și cel care se apăra, modul de a percepe și a acționa, în cazul legitimei apărări neexistând condiția ca pericolul să nu fi putut fi altfel înlăturat decât prin săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală, însemnând așadar că cel care se apără ar putea beneficia de legitima apărare, chiar dacă a folosit mijloace mai periculoase, deși ar fi putut folosi și alte mijloace, mai puțin periculoase pentru a înlătura agresiunea.

²² I.C.C.J., Completul de 9 judecători, decizia nr. 429 din 3 noiembrie 2003 pe www.scj.ro.

²³ Tribunalul Olt, sent. pen. nr. 99 din data de 09.05.2017, pe <https://legeaz.net>.

Or în cauza dedusă analizei și având în vedere conflictul derulat în seara incidentului, în integralitatea sa, generat de atitudinea agresivă și injustă a persoanelor vătămate, care l-au agresat pe inculpat fără motiv, în favoarea acestuia intervenind mai multe persoane, starea de temere cauzată inculpatului, care l-a determinat „să fugă la domiciliul său”; prezența persoanelor vătămate în domiciliul său manifestând aceeași atitudine agresivă, deoarece adresau strigăte și țipete, lovind geamurile locuinței, starea de conflict culminând cu agresarea tatălui său, doborât la pământ în propriul domiciliu, reacția inculpatului materializată în înarmarea cu un cuțit și agresarea celor două persoane vătămate în curtea locuinței sale, cu scopul de a-l apăra pe tatăl său dar și pe sine, și de a respinge atacul, în sensul întreruperii acțiunii de violență și determinării agresorilor să părăsească domiciliul, se circumscrie unei apărări legitime, necesară pentru înlăturarea atacului și proporțională cu gravitatea acestuia²⁴.

Instanța supremă a considerat că „escaladarea gardului și intrarea victimei pe proprietatea inculpatului nu este de natură să atragă nici incidența dispozițiilor art. 44 alin. (2¹) C. pen., în condițiile în care victima nu a desfășurat un atac efectiv, de natura celui la care se referă art. 44 alin. (2) C. pen., iar pe de altă parte, agresiunea nu a fost determinată exclusiv de pătrunderea fără drept a părții vătămate pe proprietatea inculpatului; în contextul în care între părți a existat un conflict verbal care a degenerat într-o agresiune reciprocă, situația creată nu a putut surprinde pe inculpat, după felul în care s-au derulat evenimentele și în consecință, nu poate fi apărat de prezumția instituită prin art. 44 alin. (2¹) C. pen.”²⁵.

În acest sens și o parte a doctrinei a reținut că „nu poate fi considerată în legitimă apărare persoana care agresează o altă persoană ce pătrunde pașnic într-un domiciliu sau care, deși înarmată, nu comite un gest sau act din care să rezulte intenția de violență fizică²⁶”.

Nu putem fi de acord cu aceste opinii, având în vedere că ar lăsa fără efecte juridice prevederile art. 44 alin. 21 C. pen., în condițiile în care victima nu a desfășurat un atac efectiv, de natura celui la care se referă art. 44 alin. (2) C. pen., iar unii autori²⁷ au considerat că această situație este de natură să deterneze intenția legiuitorului prevăzută în art. 19 alin. (3) C. Pen..

Aceste aspecte încă nu și-au găsit o rezolvare unitară în practică, însă considerăm că pătrunderea fără drept într-un domiciliu, în condițiile prevăzute de

²⁴ Tribunalul Olt, sent. pen. nr. 99 din data de 09.05.2017, pe <https://legeaz.net>.

²⁵ Î.C.C.J., s. pen., dec. nr. 2406 din 12 aprilie 2006, în Î.C.C.J. Buletinul jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 2006, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 624.

²⁶ C. Niculeanu, *Despre conținutul juridic al legitimei apărări reglementată de art. 44 alin. 2 din Codul penal*, în Dreptul nr. 8/2003, p. 130.

²⁷ În acest sens, C. Mitache, *Reflecții privind prezumția de legitimă apărare*, în Dreptul nr. 3/2008, p. 153-159.

art. 19 alin. (3) C. pen., poate fi asimilată unui atac material, direct, imediat și injust care să justifice o apărare din partea celui care folosește locuința respectivă și căruia îi este încălcat dreptul la inviolabilitatea domiciliului, în condițiile respectării totuși a cerinței proporționalității apărării cu atacul, rămânând la latitudinea organelor judiciare să stabilească de la caz la caz, în funcție de condițiile concrete de săvârșire a faptei dacă sunt îndeplinite toate condițiile reținerii stării de legitimă apărare.

RECURSUL ÎN INTERESUL LEGII

*Drd. Ionuț-Dragoș CRÎNGUȘ**
judecător, Tribunalul Argeș

Abstract

The act of justice is in fact a process of analysis and justification, of concretization of some legal norms in a particular reality. This process belongs in particular to the judge, whose role is to identify from the multitude of situations that are referred to him in court on those where certain rules are applicable, as well as to choose how to apply them in practice, respectively to interpret the law.

Regarding the appeal in the interest of the law, in this paper we intend to present in detail this instrument in terms of the subject matter of the complaint, the holders, the rules of procedure, which presuppose distinct rules on the formations of court, the type of judgments publication in the Official Gazette, as well as the effects of these decisions, all in order to fully highlight the particularities and role of this instrument.

The regulation of the appeal in the interest of the law is perfectible and we appreciate that solutions can be identified both for the improvement of the legal framework regarding this instrument, and for the correlation of this mechanism with that of the notification of the Î.C.C.J. for pronouncing a preliminary decision for resolving legal issues, in order to think of the two instruments as part of a more complex mechanism, which would ensure an increased efficiency of the role of Î.C.C.J. to ensure a unitary judicial practice.

The purpose of these regulated instruments is to analyze in depth and historically the legal provisions that have generated diametrically or partially different solutions in judicial practice most often due to the non-compliant quality of legislation (lack of clarity and predictability) and the way judges interpret it, as well as to intervene when it is found necessary to resolve a matter of law that would effectively guide the judge in judging the case and pronouncing the decision.

Keywords: *appeal in the interest of the law, divergent caselaw, unification of caselaw, completion and correlation mechanisms*

* Școala doctorală a Facultății de Drept, Universitatea din Craiova

Analizând contextul actual de dezvoltare a societății noastre, a relațiilor sociale, dar și a sistemului judiciar putem concluziona fără a greși că practica judiciară neunitară ne afectează pe toți, atât din perspectivă personală, cât și din perspectivă statală.

Actul de justiție reprezintă în fapt un proces de analizare și justificare, de concretizare a unor norme juridice într-o realitate particulară. Acest proces revine în special judecătorului, care are rolul de a identifica din multitudinea de situații ce îi sunt deferite spre judecată pe acelea unde sunt aplicabile anumite norme, precum și de a alege modalitatea de aplicare a acestora în concret, respectiv de interpretare a legii.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a arătat că evoluția jurisprudenței nu este, în sine, contrară bunei administrări a justiției, dat fiind că eșecul menținerii unei abordări dinamice și progresive ar risca să împiedice reforma sau ameliorarea (Atanasovski c. Fostei Republici Iugoslave a Macedoniei). Astfel, condițiile pentru a se reține o veritabilă schimbare de jurisprudență sunt următoarele: abordarea nouă trebuie să fie unitară, consecventă la nivelul jurisdicției, iar instanța care decide schimbarea interpretării trebuie să facă o expunere corespunzătoare, detaliată a motivelor care au determinat schimbarea jurisprudenței.

În situațiile în care nu se poate vorbi de o reală schimbare de jurisprudență avem de-a face cu un concept mai simplu, cel al practicii judiciare neunitare, deciziile respective ducând doar la instabilitate în circuitul raporturilor juridice, creând tratamente discriminatorii în rândul justițiabililor, fiind astfel necesară reglementarea și implementarea unor mecanisme legale care să înlăture interpretările diferite și să asigure o practică judiciară unitară.

*Mecanismele de asigurare a practicii judiciare unitare la nivelul instanțelor judecătorești din României reglementate de Codul de procedură civilă sunt **recursul în interesul legii și hotărârea prealabilă pentru dezlegarea unor chestiuni de drept.***

În ceea ce privește **recursul în interesul legii**, în prezenta lucrare ne propunem să prezentăm pe larg acest instrument sub aspectul obiectului sesizării, titularilor, regulilor de procedură, care presupun reguli distincte cu privire la formațiunile de judecată, felului hotărârilor pronunțate și structurilor, motivării acestora, publicării în Monitorul Oficial, precum și al efectelor acestor hotărâri, toate în scopul reliefării integrale a particularităților și rolului acestui instrument.

Noul Cod de procedură civilă nu mai reglementează recursul în interesul legii ca o cale extraordinară de atac, ci ca un mijloc procedural particular, un atare mod de reglementare fiind firesc, atât timp cât recursul în interesul legii nu poate determina o reformare sau retractare a hotărârilor atacate¹.

¹ I. Leș (coord.), *Tratat de drept procesual civil. Volumul II. Căile de atac, procedurile speciale*,

*Recursul în interesul legii*² reprezintă un mijloc procedural specific având ca scop asigurarea unei practici judiciare unitare pe întreg teritoriul țării, ce poate fi exercitat atunci când se constată că prin hotărâri judecătorești definitive au fost date soluții diferite în privința aceleiași probleme de drept.

Potrivit legislației și doctrinei din timpul lui Carol I, recursurile în interesul legii erau „fondate pe utilitatea de a asigura pe tot teritoriul țării unitatea de legislațiune prin unitatea de jurisprudență”³.

Acest mijloc a fost introdus în Codul de procedură civilă din 1865 prin Legea nr. 59/1993⁴, fiind reglementat pentru prima dată prin Legea Curții Supreme de Justiție din anul 1861, legiuitorul român inspirându-se la acea dată din legislația franceză.

În Codul de procedură civilă din 1865, în perioada 1948-1949 și, ulterior, începând cu anul 1993, recursul în interesul legii a fost reglementat ca o cale extraordinară de atac, dispozițiile care guvernau acest mijloc procedural fiind cuprinse în titlul rezervat căilor extraordinare de atac. Cu toate acestea, date fiind scopul său și faptul că prin intermediul acestui recurs nu se reformau sau retractau hotărârile judecătorești vizate, în literatura vremii s-a subliniat că recursul în interesul legii nu este o veritabilă cale de atac (de altfel, în perioada 1948-1949, în Codul de procedură civilă recursul în interesul legii era reglementat alături de recursul în anulare, ca un recurs special)⁵.

Dispozițiile actuale referitoare la recursul în interesul legii preiau aproape identic reglementarea din art. 329 C. pr. civ. 1865, astfel cum au fost modificate prin Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor.

Reglementarea celor două instrumente actuale de asigurare a practicii unitare s-a făcut prin dispoziții distincte de cele consacrate căilor de atac, cuprinse într-un titlu separat intitulat chiar „dispoziții privind asigurarea unei practici judiciare unitare”, redactorii codului individualizând astfel natura lor juridică⁶.

În prezent, **sediuul materiei** pentru recursul în interesul legii este reprezentat de dispozițiile art. 514-518 C. pr. civ.

executarea silită, procesul civil internațional, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 186; G. Boroi, M. Stancu, *Drept procesual civil*, ed. a 3-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, 2016, p. 754.

² Pentru detalii: V. Belegante, *Noul Cod de procedură civilă comentat și adnotat*, Vol. 1; I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, Vol. II; I. Leș, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*; G.C. Frențiu, D.-L. Băldean, *Noul Cod de procedură civilă comentat și adnotat*; O. Spineanu-Matei, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*.

³ M. Duțu, *Istoria Înaltei Curți de Casație și Justiție a României*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 195.

⁴ Pentru evoluția istorică a recursului în interesul legii, a se vedea V. M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, Vol. II, Ed. Național, 1996, p. 457-458.

⁵ G. Boroi, M. Stancu, *op. cit.*, p. 755.

⁶ D. Ghiță, *Drept procesual civil. Partea specială*, Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 266.

Art. 514 C. pr. civ. stabilește **cine are calitatea** de a sesiza instanța competentă pentru pronunțarea unui recurs în interesul legii, respectiv procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție (din oficiu sau la cererea ministrului justiției), Colegiul de conducere al Înaltei Curți de Casație și Justiție, colegiile de conducere ale curților de apel, precum și Avocatul Poporului, această enumerare fiind limitativă. Cu toate acestea, se reține că și alte persoane pot determina sesizarea instanței competente să pronunțe un recurs în interesul legii, însă nu în mod direct, ci prin intermediul uneia dintre persoanele sau entitățile cărora legea le recunoaște legitimarea procesuală activă.

În Franța legitimarea procesuală activă în privința mecanismului similar este conferită numai procurorului general, în timp ce în Spania este conferită nu numai acestuia, ci și Avocatului Poporului, precum și oricăror persoane juridice de drept public ce justifică interes în realizarea „unității jurisprudențiale”⁷.

Pentru înfăptuirea scopului pentru care reglementează acest mecanism de unificare a practicii judiciare, legea prevede că persoanele cărora le recunoaște calitate procesuală au nu doar vocația, ci chiar îndatorirea de a cere Înaltei Curți să se pronunțe în interesul legii⁸. Cu toate acestea, în doctrina anterioară s-a remarcat că o atare obligație este lipsită de orice sancțiune procedurală⁹.

În raport de dreptul de dispoziție recunoscut de lege pentru persoanele sau entitățile enumerate de art. 514 C. pr. civ., odată sesizate de către o altă persoană, acestea pot refuza să continue demersul de sesizare a instanței competente pentru pronunțarea unui recurs în interesul legii. În doctrină, s-a arătat că eventualul refuz al organelor cărora legea le recunoaște legitimare procesuală activă să exercite recursul în interesul legii nu ar putea fi atacat pe calea contenciosului administrativ¹⁰. Cu toate acestea, s-a exprimat și opinia contrară¹¹, în sensul că odată ce verifică și constată că sunt îndeplinite condițiile sesizării ÎCCJ cu un recurs în interesul legii, persoanele enumerate în art. 514 C. pr. civ. au *obligația* de a introduce recursul în interesul legii, și nu posibilitatea de a aprecia, de la caz la caz, dacă vor proceda astfel după criteriile de oportunitate, urgență sau importanță a problemei de drept rezolvate neunitar.

Instanța competentă să soluționeze recursul în interesul legii este Înalta Curte de Casație și Justiție, așa cum reiese din art. 514 C. pr. civ. și art. 97 pct. 2 C. pr. civ.

⁷ I. Leș (coord.), *op. cit.*, p. 186.

⁸ G. Boroș (coord.), O. Spineanu-Matei, D.N. Teohari, A. Constanda, D.M. Gavriș, C. Negriță, M. Eftimie, V. Dănăilă, M. Stancu, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*. ed. a 2-a revizuită și adăugită, Vol. II, Ed. Hamangiu, București, 2016, p. 215.

⁹ I. Leș, *Reflecții asupra modificărilor și completărilor aduse Codului de procedură civilă prin Legea nr. 202/2010*, în *Dreptul* nr. 1/2011, p. 31.

¹⁰ G. Boroș, M. Stancu, *op. cit.*, p. 755.

¹¹ G. Boroș (coord.), O. Spineanu-Matei ș.a., *op. cit.*, p. 215.

De altfel, rolul Î.C.C.J. de a asigura interpretarea și aplicarea unitară a legii de către celelalte instanțe judecătorești este consacrat la nivel constituțional prin art. 126 alin. 3 din Constituția României.

Art. 515 C. pr. civ. reglementează **condițiile de admisibilitate** ale recursului în interesul legii, premisa fiind aceea a existenței unor probleme de drept care să fi fost soluționate în mod diferit prin hotărâri judecătorești definitive.

Astfel, recursul în interesul legii vizează *o problemă de drept* (nu circumstanțe factuale ale litigiilor ori chestiuni de organizare și funcționare administrativă a instanțelor) care să fi fost *soluționată diferit* prin mai multe *hotărâri judecătorești*, hotărâri care să fie *definitive*.

Recursul în interesul legii nu are ca obiect elementele de fapt ale cauzei, chiar dacă acestea au fost determinate în mod eronat de către instanțele ale căror hotărâri fac obiectul sesizării ÎCCJ. De altfel, instanța supremă nici nu are căderea de a realiza un veritabil control judiciar spre a remedia greșelile de fapt sau de drept săvârșite de instanțele inferioare¹². Necesitatea ca hotărârile judecătorești în discuție să fie definitive rezultă din rațiunea că, atât timp cât există posibilitatea atacării lor la instanțele superioare, ele sunt susceptibile de modificare. Prin urmare, condiția nu va fi considerată îndeplinită nici în situația în care doar una din ele este definitivă, câtă vreme cealaltă poate fi schimbată în căile de atac¹³. Mai este necesar ca hotărârile judecătorești definitive să fi fost pronunțate de instanțe judecătorești diferite, deci nu de aceeași instanță, altfel nu am fi în prezența unei jurisprudențe neunitare pe întreg teritoriul țării¹⁴.

Putem reține că statuările Secțiilor Unite din deciziile de respingere ca inadmisibile a recursurilor în interesul legii promovate potrivit procedurii anterioare își păstrează valabilitatea, având în vedere conținutul cvasi-identic dintre art. 330 ind. 5 C. pr. civ. 1865 și art. 515 C. pr. civ.. De ex., din Deciziile nr. 33/2009, nr. 1/2011 și nr. 11/2011 putem observa că ÎCCJ a reținut inadmisibilitatea recursului în interesul legii atunci când problema de drept soluționată diferit de instanțele de judecată nu s-a datorat interpretării sau aplicării unor texte de lege, ci soluțiile diferite au rezultat din raportarea normelor legale la diferite clauze cuprinse în contractele individuale sau colective de muncă, a căror interpretare s-a făcut prin acest efect.

De altfel, și Curtea Europeană a Drepturilor Omului reține în cauza *Tunaru ș.a. c. României* că divergența de jurisprudență se referă exclusiv la modalitatea în care instanțele naționale interpretează norma juridică internă, neputându-se vorbi despre o divergență în situația în care instanțele ajung la concluzii diferite în

¹² I. Leș (coord.), *op. cit.*, p. 193.

¹³ M. Nicolae, *Dispoziții privind asigurarea unei practici unitare. Recursul în interesul legii. Sesizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în Conferințele Noul Cod de procedură civilă*, <http://www.inm-lex.ro/NCPC/doc/Brosura%20NCPC.pdf>.

¹⁴ G. Boroi, M. Stancu, *op. cit.*, p. 756.

interpretarea unui act juridic supus analizei, a unei situații de fapt diferite sau în condițiile unei situații de fapt similare, însă cu administrarea unor probe diferite. Altfel spus, practică neunitară nu poate reprezenta o apreciere diferită a unor situații de fapt sensibil diferite în care însă s-a aplicat în același fel legea materială incidentă.

Prin Decizia nr. 4/2012¹⁵, ÎCCJ a stabilit că „reglementarea prevăzută de legiuitor determină aria restrictivă a examinării pe care o face instanța în soluționarea recursului în interesul legii, obiectul acestei examinări referindu-se la actele normative în înțelesul art. 1 și 4 din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, a căror categorie și norme de competență privind adoptarea lor este stabilită prin Constituție și prin celelalte legi. Spre această finalitate conduc și dispozițiile constituționale care, în reglementarea art. 126 referitor la instanțele judecătorești, prevăd expres în alin. 3 că Înalta Curte de Casație și Justiție asigură interpretarea și aplicarea unitară a legii de către celelalte instanțe judecătorești, potrivit competenței sale. Ca urmare, dispozițiile din Codul de procedură civilă, cu privire la admisibilitatea recursului în interesul legii, sunt circumscrise la cerința unei practici judiciare neunitare, dar presupun în mod intrinsec ca jurisprudența diferită să privească obiectul recursului în interesul legii”.

Se mai reține că obiectul unui recurs în interesul legii trebuie să privească expres o *reglementare susceptibilă de interpretări diferite*, nefiind admisibilă o sesizare care să implice o practică neunitară care implică *absența unei norme clare și lipsite de echivoc în materie*, întrucât ÎCCJ nu are rolul de a crea norme de drept. Astfel, au fost respinse ca inadmisibile sesizări care priveau norme de drept clare și lipsite de echivoc sau chestiuni de drept ce au fost rezolvate anterior printr-un alt recurs în interesul legii ori în situația în care problema de drept a fost soluționată prin intervenția legiuitorului. În doctrină¹⁶ s-a arătat că recursul în interesul legii are un câmp limitat „și anume numai în cazul în care dispoziții legale neclare, confuze (îndoielnice), incomplete (lacunare) ori contradictorii primesc o interpretare diferită din partea instanțelor de judecată”.

În legătură cu problema aplicării Convenției Europene a Drepturilor Omului, Î.C.C.J. a stabilit că o astfel de sesizare este inadmisibilă deoarece recursul în interesul legii nu este un „recurs național în convenționalitate”.

Pentru verificarea condiției referitoare la *existența unor hotărâri judecătorești definitive care să releve o soluționare diferită a aceleiași probleme de drept*, autorul sesizării Înaltei Curți de Casație și Justiție are obligația de a atașa hotărârile judecătorești respective, având astfel sarcina probei.

¹⁵ M. Of. nr. 248 din 12.04.2012.

¹⁶ V.M. Ciobanu, G. Boroi, M. Nicolae, *Modificările aduse Codului de procedură civilă prin O.U.G. nr. 138/2000*, II, în Dreptul, nr. 2/2001, p. 21.

Este de menționat că premisa referitoare la caracterul *definitiv* al hotărârilor ce stau la baza sesizării se aplică doar în privința hotărârilor judecătorești pronunțate sub imperiul Noului Cod de procedură civilă, respectiv în litigiile pornite ulterior intrării în vigoare a acestuia, întrucât în cazul litigiilor judecate potrivit C. pr. civ. 1865 se vor avea în vedere doar hotărârile *irevocabile*, date fiind distincțiile dintre cele două caractere ale hotărârilor, având în vedere și dispozițiile art. 8 din Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Noului Cod de procedură civilă, în actuala reglementare caracterul *definitiv* al hotărârii înglobând practic caracterele *definitiv* și *irevocabil* din vechea reglementare, viceversa nefiind valabilă. Pentru corecta stabilire a îndeplinirii condiției analizate în prezentele paragrafe, apreciem că este necesar ca numărul hotărârilor judecătorești înaintate de autorul sesizării trebuie să fie suficient de mare pentru a prezenta relevanță și pentru a ieși de sub auspiciile unor simple soluții-excepție. Totodată, considerăm că nu este suficient ca hotărârile supuse analizei să provină, de ex., din raza unei singure curți de apel¹⁷, fiind necesar să se analizeze hotărâri din raza unui număr suficient de mare de curți de apel pentru a putea caracteriza problema de practică neunitară drept una cu incidență națională, iar nu locală. De asemenea, apreciem că pentru comparația hotărârilor judecătorești divergente care stau la baza sesizării Înaltei Curți de Casație și Justiție ar trebui să se evite folosirea unor hotărâri definitive ca urmare a neexercitării căilor de atac sau a exercitării acestora în mod neprocedural (netimbrate, tardive etc.), prezentând relevanță mai ridicată hotărârile judecătorești care au trecut în mod real prin filtrul instanței de fond și al instanței de apel și / sau de recurs.

În doctrină s-a apreciat că atunci „când este vorba despre un act normativ nou intrat în vigoare, care suscită adesea discuții la nivel doctrinar, dar și în colectivele de magistrați, intervenția unui recurs în interesul legii chiar de la apariția primelor hotărâri definitive divergente este salutară”¹⁸. Unificarea jurisprudenței pe calea unui recurs în interesul legii intervenit la mai puțin de un an de la data apariția interpretărilor diferite corespunde exigențelor Convenției din acest punct de vedere (Ct.EDO, *Albu ș.a. c. României*).

În reglementarea recursului în interesul legii nu există prevăzut un termen de sesizare a instanței competente, astfel că acesta poate fi exercitat **oricând**.

Observăm că judecata recursului în interesul legii se face după **reguli de procedură** specifice și distincte, acestea fiind expres prevăzute în conținutul art. 516 C. pr. civ.

¹⁷ În Decizia nr. 6/2010 a Î.C.C.J. – Secțiile Unite s-a reținut că „rezolvarea divergențelor de opinii în sensul unificării practicii judiciare se poate face prin discutarea problemei de drept în cadrul adunării generale, în condițiile prevăzute de Legea nr. 303/2004, nefiind necesară punerea în mișcare a mecanismului reprezentat de promovarea recursului în interesul legii”.

¹⁸ G. Boroș (coord.), O. Spineanu-Matei ș.a., *op. cit.*, p. 218.

În actuala reglementare¹⁹, completul care judecă recursul în interesul legii este format din 25 de judecători din cadrul Înaltei Curți de Casație și Justiție, după cum urmează: președintele sau, în lipsa acestuia, unul dintre vicepreședinții Înaltei Curți de Casație și Justiție, președinții de secții din cadrul acesteia, precum și alți 20 de judecători, din care 14 judecători din secția/secțiile în a cărei/căror competență intră problema de drept care a fost soluționată diferit de instanțele judecătorești și câte 2 judecători din cadrul celorlalte secții. Completul este prezidat de președintele Înaltei Curți de Casație și Justiție sau, în lipsa acestuia, de unul dintre vicepreședinții acesteia.

În doctrină²⁰ s-a arătat că unul din neajunsurile vechii reglementări, pe lângă dificultatea organizării și derulării dezbaterilor cu participarea a peste 100 de judecători, era acela că opinia majoritară sau chiar unanimă a secției de specialitate pentru problema de drept dezbătută putea fi înfrântă cu votul majoritar al judecătorilor din alte secții. Această problemă dispăre odată cu noua reglementare și cu modalitatea în care este compus completul care judecă recursul în interesul legii.

Componențe speciale sunt stabilite atunci când *problema de drept prezintă interes pentru două sau mai multe secții* și atunci când *problema de drept nu intră în competența niciunei secții a Înaltei Curți de Casație și Justiție*²¹. În prima ipoteză, președintele sau, după caz, unul dintre vicepreședinții Înaltei Curți de Casație și Justiție va stabili numărul judecătorilor din secțiile interesate care vor intra în compunerea completului de recurs în interesul legii, celelalte secții urmând a fi reprezentate potrivit dispozițiilor art. 516 alin. 1 C. pr. civ. În cea de-a doua ipoteză, președintele sau, după caz, unul dintre vicepreședinții Înaltei Curți de Casație și Justiție va desemna câte 5 judecători din cadrul fiecărei secții, iar pentru întocmirea raportului, președintele completului va desemna câte un judecător din cadrul fiecărei secții.

Art. 516 alin. 4 C. pr. civ. prevede că după sesizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție, președintele sau, după caz, unul dintre vicepreședinții acesteia va lua măsurile necesare pentru desemnarea aleatorie a judecătorilor din cadrul secției în a cărei competență intră problema de drept care a fost soluționată diferit de instanțele judecătorești, precum și a judecătorilor din celelalte secții ce intră în alcătuirea completului de recurs în interesul legii. Astfel, desemnarea judecătorilor care vor intra în compunerea completului se face prin tragere la sorți, cu excepția celor a căror participare este expres prevăzută de lege, așa cum reiese din textele prezentate anterior.

Alin. 5 al aceluiași articol stabilește că după alcătuirea completului președin-

¹⁹ În reglementarea din C. pr. civ.1865, anterioară modificărilor aduse prin Legea nr. 202/2010, recursul în interesul legii se soluționa de Secțiile Unite al Î.C.C.J.

²⁰ G. Boroș (coord.), O. Spineanu-Matei ș.a., *op. cit.*, p. 220.

²¹ De ex., din domeniul dreptului muncii sau asigurărilor sociale.

tele acestuia va desemna dintre membrii completului 3 (trei) judecători pentru a întocmi un *raport* asupra recursului în interesul legii, judecătorii raportori nedevenind incompatibili să facă parte din complet. Se observă astfel un *pas procedural specific* acestui mecanism de unificare a practicii judiciare, completul de recurs în interesul legii urmând a se pronunța asupra problemei de drept sesizate doar după întocmirea acestui raport, putând fi solicitată și opinia scrisă a unor specialiști recunoscuți (art. 516 alin. 6 C. pr. civ.), raportul urmând a cuprinde soluțiile diferite date problemei de drept și argumentele pe care se fundamentează, jurisprudența relevantă a Curții Constituționale, a Curții Europene a Drepturilor Omului sau a Curții de Justiție a Uniunii Europene, dacă este cazul, doctrina în materie, precum și opinia specialiștilor consultați (art. 516 alin. 7 C. pr. civ.). O altă specificitate a judecării recursului în interesul legii este aceea că *judecătorii raportori vor întocmi și vor motiva proiectul soluției ce se propune a fi dată recursului în interesul legii*.

În practica judecătorilor raportori, la întocmirea raportului au mai fost solicitate și opiniile instanțelor cu privire la chestiunea de drept ce urmează a fi dezlegată sau opinia *Direcției legislație, studii, documentare și informatică juridică* din cadrul Înaltei Curți de Casație și Justiție, ceea ce asigură o perspectivă complexă, diversificată asupra documentării, așa încât soluția ce urmează a fi dată este argumentată, asigurând realizarea unei practici unitare²².

Tot sub aspectul judecării recursului în interesul legii, reținem că ședința completului se convoacă de președintele acestuia, cu cel puțin 20 de zile înainte de desfășurarea acesteia, iar odată cu convocarea, fiecare judecător va primi o copie a raportului și a soluției propuse.

Nu se prevede posibilitatea ca judecătorii din complet să poate face, la rândul lor, observații scrise pe marginea raportului, într-un anumit termen, așa încât, dacă există alte puncte de vedere decât cele din raport, acestea vor fi susținute oral, direct în ședința de dezbateri, cu neajunsul suplimentar că ceilalți membri ai completului au mai puțin timp de reflecție asupra lor decât asupra raportului²³.

Părțile din procesele în care s-au pronunțat hotărârile definitive care au condus la promovarea recursului în interesul legii nu vor fi citate la judecata acestuia deoarece decizia pronunțată de Î.C.C.J. nu produce efecte în privința situației lor, procesele acestora fiind deja finalizare, iar decizia Î.C.C.J. producând efecte doar pentru viitor, de la data publicării în Monitorul Oficial. De asemenea, apreciem că în procedura judecării cererii de pronunțare a recursului în interesul legii nu există posibilitatea intervenirii unor terți, întrucât potrivit normelor generale de procedură civilă aceste intervenții implică existența unui litigiu în

²² R. A. Popa, *Înalta Curte de Casație și Justiție 1918-2018 – un secol în asigurarea unei practici judiciare unitare*, Ed. C. H. Beck, București, 2018, p. 120.

²³ G. Boroș (coord.), O. Spineanu-Matei ș.a., *op. cit.*, p. 221.

curs de judecată, or în situația unui recurs în interesul legii nu se poate reține o astfel de împrejurare, implicând în esența sa analizarea unor litigii finalizate, rolul mecanismului fiind doar de interpretare a unor probleme de drept. În acest sens a fost și practica Înaltei Curți de Casație și Justiție, care inițial a respins ca inadmisibile cererile de intervenție voluntară accesorie formulate de terțe persoane²⁴, ulterior calificând astfel de cereri drept *memori*²⁵.

Art. 516 alin. 10 C. pr. civ. stabilește că recursul în interesul legii se susține în fața completului, după caz, de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție sau de procurorul desemnat de acesta, de judecătorul desemnat de Colegiul de conducere al Înaltei Curți de Casație și Justiție, respectiv al curții de apel ori de Avocatul Poporului sau de un reprezentant al acestuia.

În privința soluționării recursului în interesul legii, alin. 11 al articolului precizat stabilește că judecata se face în cel mult 3 luni de la data sesizării instanței supreme, soluția se adoptă cu cel puțin două treimi din numărul judecătorilor completului și nu se admit abțineri de la vot.

Este evident că în faza de dezbateri completul de judecată, prin intermediul președintelui sau a altui membru, poate solicita lămuriri suplimentare de la reprezentantul autorului sesizării sau de la ceilalți participanți la dezbateri ori poate pune în discuție probleme suplimentare care privesc sesizarea și care rezultă din cuprinsul raportului sau al dezbaterilor, fiind important să fie lămurite toate aspectele esențiale referitoare la recursul în interesul legii analizat. Totodată, este posibilă și amânarea pronunțării, însă aceasta trebuie făcută cu luarea în considerare a termenului de 3 luni de judecare a sesizării de la data formulării acesteia.

Înalta Curte de Casație și Justiție soluționează recursul în interesul legii prin **decizie**, care se pronunță doar **în interesul legii și nu are efecte** asupra hotărârilor judecătorești examinate și nici cu privire la situația părților din acele procese. Astfel, hotărârile judecătorești examinate își păstrează caracterul definitiv și le sunt pe deplin opozabile părților din litigiile respective, putând fi executate benevol sau silit, indiferent de dezlegarea dată de ÎCCJ problemei de drept analizate și de efectele pe care aceasta ar fi avut-o în litigiile deja finalizate la momentul sesizării ÎCCJ.

Potrivit art. 517 alin. 3 C. pr. civ., decizia dată în recurs în interesul legii se motivează în termen de cel mult 30 de zile de la pronunțare și se publică în cel mult 15 zile de la motivare în Monitorul Oficial al României, Partea I. Observăm însă că pentru nerespectarea termenului de motivare nu se prevede o sancțiune.

Reținem că prin Legea nr. 310/2018 a fost introdus alin. 1¹ al art. 517 C. pr. civ. care prevede un nou caz de suspendare facultativă a judecății cauzelor similare

²⁴ De ex., Decizia nr. 22 din 18.11.2013 (M. Of. nr. 790 din 16.12.2013).

²⁵ Decizia nr. 20 din 15.10.2018 (M. Of. nr. 1071 din 18.12.2018).

aflate pe rolul instanțelor judecătorești la data sesizării Î.C.C.J. cu recursul în interesul legii și a căror soluționare depinde de dezlegarea problemelor de drept ce fac obiectul recursului în interesul legii. Se stabilește expres că suspendarea dispusă în această situație durează până la data publicării deciziei Î.C.C.J. în Monitorul Oficial al României, conform alin. 4 al aceluiași articol. Deși suspendarea judecării într-o asemenea situație se putea dispune și anterior prin reținerea cazului de suspendare facultativă a judecării prevăzut de art. 413 alin. 1 pct. 1 C. pr. civ., în practică soluțiile erau diferite în privința reținerii acestui caz, astfel că apreciem salutară intervenția legiuitorului care a înțeles să reglementeze expres acest caz de suspendare, înlăturând astfel orice dubiu sub acest aspect. În ceea ce privește repunerea pe rol a cauzelor după încetarea motivului care a condus la suspendare, apreciem că aceasta se va face doar la cererea părților, având în vedere că în actuala formă a art. 415 alin. 1 pct. 3 C. pr. civ., care stabilește cazurile în care judecata se reia din oficiu, nu este prevăzută această situație, așa cum este prevăzută ipoteza reluării din oficiu a judecării atunci când aceasta a fost suspendată potrivit art. 520 alin. 4 C. pr. civ., respectiv până la soluționarea sesizării Î.C.C.J. în cel de-al doilea mecanism de asigurare a practicii unitare, anume pentru pronunțarea unei hotărâri pentru dezlegarea unor chestiuni de drept.

În ceea ce privește **efectele** deciziilor RIL, art. 517 alin. 4 C. pr. civ., în forma modificată prin Legea nr. 310/2018, stabilește că dezlegarea dată problemelor de drept judecate este obligatorie de la data publicării deciziei în Monitorul Oficial al României, Partea I. Observăm că în urma acestei modificări a fost înlăturată din vechea formă sintagma „pentru instanțe”, ceea ce înlătură orice dubiu referitor la caracterul *erga omnes* al deciziilor RIL.

Astfel, de la data publicării deciziei, atât instanțele de judecată, cât și toate celelalte instituții sau autorități ale statului au obligația de a judeca și de a pronunța hotărârile judecătorești, respectiv de a-și îndeplini atribuțiile cu luarea în considerare a interpretării date de Î.C.C.J. în toate litigiile sau situațiile în care este ridicată problema de drept analizată în recursul în interesul legii. În privința instanțelor judecătorești, obligativitatea respectării recursului în interesul legii se raportează atât la litigiile *pendinte*, cât și la cele pornite ulterior pronunțării deciziei.

Și de această dată apreciem drept salutară intervenția legiuitorului prin înlăturarea sintagmei „pentru instanțe” din cuprinsul art. 517 alin. 4 C. pr. civ., în practică fiind multiple situațiile în care drepturile persoanelor erau vătămate prin refuzul unor autorități sau instituții distincte de instanțele de judecată de a pune în aplicare deciziile RIL cu motivarea că acestea nu sunt obligatorii decât pentru instanțe, nu și pentru alte autorități, situații care conduceau la sesizarea instanțelor de judecată, care erau obligate să aplice deciziile pronunțate în recurs în interesul legii.

Efectele deciziilor nu sunt aplicabile cauzelor soluționate definitiv care au stat

la baza sesizării ori altora similare soluționate definitiv, însă în doctrină s-a exprimat opinia că nu trebuie exclusă posibilitatea de a fi pusă în discuție legalitatea sau temeinicia unei hotărâri în raport de dezlegarea dată prin decizia asupra recursului în interesul legii, în cadrul unei contestații în anulare sau al unei revizui, dacă sunt incidente motivele limitativ prevăzute pentru exercitarea acestor căi de atac și nu s-a împlinit termen de exercitare²⁶.

Este de remarcat că, din punct de vedere disciplinar, judecătorii care nu respectă deciziile date în recurs în interesul legii pot răspunde pentru abaterea prevăzută de art. 99 lit. ș) din Legea nr. 303/2004, aspect ce impune din partea acestora o continuă pregătire profesională și cunoaștere a ultimelor decizii pronunțate de Înalta Curte de Casație și Justiție.

De asemenea, potrivit art. 518 C. pr. civ. decizia în interesul legii își încetează aplicabilitatea la data modificării, abrogării sau constatării neconstituționalității dispoziției legale care a făcut obiectul interpretării.

Din această perspectivă, trebuie însă avute în vedere situațiile în care dispozițiile legale interpretate prin RIL ultraactivează, astfel încât își continuă aplicabilitatea în anumite litigii sau faze ale acestora, deciziile RIL continuând astfel să producă efecte, chiar și în cele trei ipoteze reglementate de art. 518 C. pr. civ.²⁷.

Totodată, apreciem că interpretările date prin RIL-uri asupra unor dispoziții legale abrogate își păstrează valabilitatea în privința unor noi reglementări care sunt esențial identice dispozițiilor abrogate.

Trebuie remarcată și o practică specifică ultimilor ani, în care s-a pus problema constituționalității unor norme legale *în interpretarea obligatorie dată de Înalta Curte de Casație și Justiție*²⁸, deci practic a deciziilor date în recurs în interesul legii. În ipoteza declarării neconstituționalității interpretării obligatorii nu ne aflăm deci în prezența neconstituționalității unui text de lege, ci a unei modalități de interpretare a textului respectiv, devenind astfel o nouă împrejurare de încetare a efectelor deciziei în interesul legii.

Doctrina²⁹ a susținut că instanța de judecată are posibilitatea sesizării Curții

²⁶ M. Tăbărcă, *Legea nr. 202/2010*, 2011, p. 143, *apud* G. Boroș (coord.), O. Spineanu-Matei ș.a., *op. cit.*, p. 223.

²⁷ În Decizia nr. 11 din 25.05.2015 a Î.C.C.J. (M. Of. nr. 522 din 14.07.2015) s-a reținut că, în pofda abrogării dispozițiilor legale vizate de recursul în interesul legii promovat, problema de drept își păstrează actualitatea, dat fiind că pe rolul instanțelor au fost deduse judecății cereri de chemare în judecată prin care se solicită soluționarea unor raporturi juridice guvernate, pe temeiul principiului *tempus regit actum*, de prevederile legale supuse interpretării.

²⁸ De ex., Decizia CCR nr. 590 din 8 octombrie 2019 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 469 alin. 3 din Codul de procedură penală, în interpretarea dată prin Decizia nr. 13 din 3 iulie 2017 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție – Completul competent să judece recursul în interesul legii, publicată în M. Of. nr. 1019 din 18.12.2019.

²⁹ M. Andreescu, *Aspecte teoretice și de jurisprudență, privind constituționalitatea*

Constituționale pentru a analiza în ce măsură o decizie pronunțată în interesul legii de ÎCCJ este constituțională, prin invocarea dispozițiilor legale interpretate prin decizie, a normelor constituționale încălcate de ÎCCJ prin dezlegările obligatorii date, precum și a deciziilor CCR al căror efect obligatoriu nu a fost respectat de ÎCCJ prin decizia RIL analizată.

Diferența esențială dintre cele două mecanisme reglementate în prezent de Codul de procedură civilă este că recursul în interesul legii stabilește soluții principale pentru jurisprudența ulterioară pronunțării acestuia, în timp ce noul mecanism al hotărârii prealabile pentru dezlegarea unor probleme de drept soluționează de principiu o problemă de drept cu care o instanță a fost învestită, având efecte directe în procesul *pendinte*, dar și pentru jurisprudența viitoare.

În doctrină s-a apreciat că noul mecanism reprezintă în fapt o „antecameră” a recursului în interesul legii sau o variantă a acestui recurs³⁰.

Reglementarea recursului în interesul legii este perfectibilă și apreciem că se pot identifica soluții pentru corelarea acestui mecanism cu cel al *sesizării ÎCCJ pentru pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept*, în vederea gândirii celor două instrumente ca parte dintr-un mecanism mai complex, care să asigure o eficiență sporită a rolului ÎCCJ pentru asigurarea unei practici judiciare unitare.

Astfel, în raport de specificul *sesizării ÎCCJ pentru pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept*, așa cum s-a exprimat în doctrină³¹, opinăm în sensul identificării unei soluții prin care completul investit pentru pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unei probleme de drept, constatând că nu sunt îndeplinite condițiile acesteia, dar că există o practică neunitară cu privire la acea problemă de drept, să poată declanșa mecanismul recursului în interesul legii.

În acest sens, identificăm două posibile soluții legislative: completarea conținutului art. 514 C. pr. civ. în sensul recunoașterii dreptului de sesizare a ÎCCJ pentru pronunțarea unui recurs în interesul legii în favoarea completului care judecă *sesizarea pentru pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept* sau completarea conținutului art. 520 C. pr. civ. ori a art. 521 C. pr. civ. cu o dispoziție care să implice obligativitatea stabilită în sarcina com-

recursului în interesul legii, Revista Dreptul, nr. 3/2014, p. 176; M. S. Costinescu, K. Benke, *Efectele caracterului general obligatoriu al Deciziilor Curții Constituționale în privința deciziilor pronunțate de Înalta Curte de Casație și Justiție în soluționarea recursului în interesul legii*, Revista Dreptul, nr. 4/2013, p. 140.

³⁰ I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, Ed. Universul Juridic, 2013, vol. II, p. 385.

³¹ R. Anghel, *Unificarea practicii judiciare – deziderate, mecanisme, perspective*, <https://www.curieruljudiciar.ro/2015/03/06/unificarea-practicii-judiciare-deziderate-mecanisme-perspective/>, articol consultat la data de 08.11.2020.

pletului care judecă sesizarea *pentru pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept* de a sesiza unul dintre subiecții stabiliți de actuala formă a art. 514 C. pr. civ. (oportună ar fi trimiterea la Colegiul de conducere al ÎCCJ) în vederea formulării unui recurs în interesul legii cu problema de drept care a creat practică neunitară, dar care nu poate fi analizată pe fond în cadrul mecanismului *hotărârii prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept*.

O altă propunere *de lege ferenda* ce rezultă din analiza noastră pleacă de la premisa respingerii unor sesizări de pronunțare a recursului în interesul legii pentru motivul că practica neunitară prezentată spre analiză provine din cadrul unei singure curți de apel sau din cadrul unui număr redus de curți de apel, ceea ce poate duce la neîndeplinirea condiției referitoare la o practică neunitară *la nivel național*.

În acest sens, apreciem că în arhitectura mecanismelor de unificare a practicii unitare ar trebui sporit rolul curților de apel prin reglementarea în Codul de procedură civilă a unui mecanism intermediar, cu rol de unificare a practicii judiciare în cadrul curții de apel respective și de filtru în sesizarea ÎCCJ pentru pronunțarea unui recurs în interesul legii. Altfel spus, apreciem că la nivelul fiecărei curți se poate face o analiză a practicii judiciare și se pot determina cu exactitate problemele de drept care fac obiectul unei practici neunitare în cadrul instanțelor arondate curții, analiză care prezintă un caracter mult mai direct și practic, implicând un mecanism mult mai suplu de verificare, curtea de apel putând pronunța o decizie cu caracter obligatoriu pentru instanțele arondate în ceea ce privește interpretarea normelor care au creat practica neunitară, printr-un complet de judecată special reglementat, care poate fi condus de președintele sau, în lipsa sa, de unul dintre vicepreședinții curții de apel, în funcție de specialitatea acestora, și din care pot face parte judecători din cadrul secțiilor interesate din cadrul curții de apel, președinții tribunalelor arondate curții de apel respective, președinții de secții de la nivelul curții de apel și ai tribunalelor și, eventual, președinții judecătoriilor sau ai secțiilor interesate din cadrul judecătoriilor. Totodată, se poate avea în vedere posibilitatea ca această decizie să facă obiectul sesizării ÎCCJ pentru pronunțarea unui recurs în interesul legii în situația în care aceasta nu corespunde interpretării majoritare la nivelul instanțelor din restul țării ori altor decizii pronunțate în același mecanism de alte curți de apel.

Apreciem că un astfel de mecanism reglementat expres în Codul de procedură civilă ar crește rolul curților de apel, fiind mult mai eficient decât actualul mecanism recunoscut la acest nivel de jurisdicție, respectiv întâlnirile de învățământ profesional finalizate cu minute ale întâlnirilor care sunt apoi diseminate judecătorilor din circumscripția curții.

În susținerea unei astfel de propuneri *de lege ferenda* am avut în vedere și practica CEDO în materie de mecanisme de unificare a practicii, aceasta fiind în

sensul că nu doar o soluție de principiu pronunțată de cea mai înaltă instanță în stat poate reprezenta un mecanism intern efectiv de unificare. În cauza *Spaseski c. Fostei Republici Iugoslave a Macedoniei*, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a reținut ca întrunind caracterele unui astfel de mecanism „concluziile” la care a ajuns curtea de apel care statua în ultimă instanță asupra litigiilor care au generat practica neunitară. Atât timp cât acestea au fost adoptate la un interval scurt de timp de la data identificării orientărilor divergente și au fost ulterior urmate de instanțele inferioare, din punctul de vedere al Curții, ele au reprezentat un *mechanism intern apt de unificare jurisprudențială*³².

O altă propunere *de lege ferenda* vizează corelarea dispozițiilor art. 517 alin. 1' C. pr. civ. cu cele ale art. 415 pct. 3 C. pr. civ. în sensul de a se reglementa în conținutul art. 415 pct. 3 C. pr. civ. un nou caz de reluare a judecății din oficiu în situația în care aceasta a fost suspendată până la publicarea în Monitorul Oficial a recursului în interesul legii. Apreciem că o astfel de măsură se impune pentru asigurarea coerenței procesuale și pentru a nu se ajunge la vătămarea intereselor părților, având în vedere motivul concret pentru care judecata a fost suspendată. Totodată, reținem că modificarea legislativă propusă vizează și corelarea între reglementările celor două mecanisme de asigurare a practicii unitare prevăzute de Codul de procedură civilă, având în vedere că în privința sesizării pentru pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept art. 415 pct. 3 C. pr. civ. prevede expres oficialitatea instanței de judecată pentru repunerea cauzelor pe rol.

În doctrină³³ au fost identificate și alte propuneri *de lege ferenda*: ascultarea specialiștilor la care face trimitere art. 516 alin. 6 și 7 C. pr. civ. în cadrul ședinței *de judecată* a recursului în interesul legii (prin analogie cu dispozițiile de la ascultarea experților – art. 330 alin. 5 C. pr. civ. și art. 334 C. pr. civ.) și *instituirea unui termen pentru exercitarea recursului în interesul legii*, termen care în opinia reputatului autor ar trebui să fie rezonabil și mult mai mare decât cel stabilit de lege pentru exercitarea căilor de atac, acesta propunând un termen de 3 ani sau de 5 ani de la data ultimei hotărâri analizate (propunere ce are la bază termenele recunoscute în alte legislații, respectiv în Legea spaniolă de procedură civilă se prevede un termen de 1 an de la data ultimei sentințe, iar în Codul de procedură civilă argentinian se prevede un termen de 10 ani de la rămânerea definitivă a hotărârii care contrazice practica stabilită).

De asemenea, este de remarcat că cele două mecanisme reglementate de Codul de procedură civilă nu intră în contradicție cu principiul fundamental al

³² Dana Cristina Bunea ș.a., *Dicționar de drepturile omului*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 438.

³³ I. Leș (coord.), *op. cit.*, p. 197-198.

procesului civil stabilit de art. 5 alin. 4 C. pr. civ. (*este interzis judecătorului să stabilească dispoziții general obligatorii prin hotărârile pe care le pronunță în cauzele ce îi sunt supuse judecării*), întrucât în aceste cazuri judecătorii instanței supreme nu legiferează, ci doar interpretează problema de drept care nu a fost dezlegată unitar în practica instanțelor ori dau o rezolvare de principiu chestiunii de drept cu care au fost sesizați³⁴.

Scopul acestor instrumente reglementate este de analizare profundă și istorică a dispozițiilor legale care au generat soluții diametral sau parțial diferite în practica judiciară de cele mai multe ori din cauza calității neconforme a legislației (lipsită de claritate și previzibilitate) și a modalității de interpretare a acestora de către judecători, precum și de intervenție atunci când se constată necesitatea dezlegării unei chestiuni de drept care să orienteze efectiv judecătorul în judecarea cauzei și pronunțarea hotărârii.

Deciziile în interesul legii au avut un rol decisiv în asigurarea unei practici unitare în privința dispozițiilor legale deduse judecării completului competent să judece recursul în interesul legii (în materie civilă, penală, de contencios-administrativ și fiscal, de dreptul muncii). În această privință, sunt de remarcat nu numai deciziile de admitere a sesizărilor, dar și cele de respingere ca inadmisibile a sesizărilor, întrucât considerentele care stau la baza acestora devin relevante atât pentru stabilirea lipsei de neclaritate a legii sau a lipsei practicii neunitare, dar și pentru explicarea și înțelegerea aprofundată a reglementărilor sau instituțiilor de drept analizate.

BIBLIOGRAFIE

- ❖ Marius ANDREESCU, *Aspecte teoretice și de jurisprudență, privind constituționalitatea recursului în interesul legii*, Revista Dreptul, nr. 3/2014
- ❖ Gabriel BOROI, M. STANCU, *Drept procesual civil. Ediția a 3-a, revizuită și adăugită*, Ed. Hamangiu, 2016
- ❖ Gabriel BOROI (coord.), O. Spineanu-Matei, D.N. Teohari, A. Constanda, D.M. Gavriș, C. Negrilă, M. Eftimie, V. Dănăilă, M. Stancu, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole. Ediția a 2-a revizuită și adăugită*, Vol. II, Ed. Hamangiu, București, 2016
- ❖ Dana Cristina BUNEA ș.a., *Dicționar de drepturile omului*, Ed. C.H. Beck, București, 2013
- ❖ Viorel Mihai CIOBANU, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă, Vol. 1, Teoria generală*, Ed. Național, București, 1996

³⁴ M. Tăbârcă, *op. cit.*, p. 40.

- ❖ V. M. CIOBANU, G. Boroii, M. Nicolae, *Modificările aduse Codului de procedură civilă prin O.U.G. nr. 138/2000*, II, Revista Dreptul, nr. 2/2001
- ❖ Viorel Mihai CIOBANU, Marian NICOLAE (coord.), ș.a., *Noul Cod de procedură civilă. Comentat și adnotat*, Vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2013
- ❖ M. S. COSTINESCU, K. Benke, *Efectele caracterului general obligatoriu al Deciziilor Curții Constituționale în privința deciziilor pronunțate de Înalta Curte de Casație și Justiție în soluționarea recursului în interesul legii*, Revista Dreptul, nr. 4/2013
- ❖ Ion DELEANU, *Tratat de procedură civilă*, Vol. II, Ed. Universul Juridic, București, 2013
- ❖ Mircea DUȚU, *Istoria Înaltei Curți de Casație și Justiție a României, Ediția a II-a, revăzută și adăugită*, Ed. Universul Juridic, București, 2012
- ❖ Daniel GHIȚĂ, *Drept procesual civil. Partea specială*, Ed. C.H. Beck, București, 2017
- ❖ Ioan LEȘ (coord.), C. Jugastru, V. Lozneanu, A. Circa, E. Huruba, S. Spinei, *Tratat de drept procesual civil*, Vol. II, Ed. Universul Juridic, 2015
- ❖ Ioan LEȘ, *Reflecții asupra modificărilor și completărilor aduse Codului de procedură civilă prin Legea nr. 202/2010*, Rev. Dreptul nr. 1/2011
- ❖ Rodica Aida POPA, *Înalta Curte de Casație și Justiție 1918-2018 – un secol în asigurarea unei practici judiciare unitare*, Ed. CH Beck, București, 2018
- ❖ Mihaela TĂBĂRCĂ, *Drept procesual civil, Vol. I, II și III*, Ed. Solomon, 2017
- ❖ Legislație relevantă:
 - ✓ Constituția României
 - ✓ Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă
 - ✓ Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010
 - ✓ Legea nr. 303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor
 - ✓ Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară
- ❖ Jurisprudență CEDO, CJUE, CCR, ÎCCJ (RIL, HP, decizii de speță), instanțe naționale
 - ❖ Reglementări internaționale
 - ❖ Site-uri:
 - ✓ www.curieruljudiciar.ro
 - ✓ www.echr.coe.int
 - ✓ www.hudoc.echr.coe.int
 - ✓ www.scj.ro
 - ✓ www.ccr.ro

FUNDAMENTAREA TEORETICĂ A CONVERSIUNII CA MODALITATE DE ÎNDREPTARE A CAUZELOR DE NULITATE ALE ACTULUI JURIDIC CIVIL

*Drd. Mariana ȘARGAROVSKI
Universitatea de Stat din Moldova
Facultatea de Drept*

Abstract

The research on the conversion of the civil legal act presupposes, necessarily, the identification of a theoretical foundation for the accomplishment of this legal mechanism. The present study of the existing theories regarding the substantiation of the conversion leads to a separate conception about the ground of conversion, which is to be searched in the dimension of complex legal facts.

Keywords: *conversion, legal act, nullity, complex legal fact, foundation.*

În literatura de specialitate din Republica Moldova, drept urmare a inexistenței, în Codul civil al Republicii Moldova, a unei reglementări normative care să autorizeze, per ansamblu, operațiunea conversiunii, nu există o viziune referitoare la fundamentarea conversiunii. Situația nu este diferită nici în sistemele de drept din Europa sau din SUA, atât timp cât acest subiect este lăsat dincolo de perimetrul destinat cercetărilor științifice.

O situație similară celei prezentate supra era reprezentativă și pentru România, în special, până la intrarea în vigoare în 2009 a noului Cod civil care consacră art. 1260 conversiunea. Totuși este de remarcat faptul că articolul citat oferă o formulare destul de generală și nu presupune decât o legitimare de *lege lata*, într-un format comprimat, a acestei operațiuni în dreptul civil al României. „Textul nu reglementează detaliat condițiile conversiunii, soluție care, probabil, este oportună având în vedere că aplicarea conversiunii este dependentă de o multitudine de împrejurări de fapt a căror complexitate nu se pretează unei reglementări exacte, ci, mai curând, unei dezvoltări pretoriene. În aceste condiții, întrucât anumite condiții ale operațiunii supuse discuției pot fi înțelese plecând de la fundamentul conversiunii, analiza acestuia și, implicit, a opiniilor exprimate în literatura de

specialitate, rămâne astăzi la fel de necesară ca și sub regimul Codului civil Alexandru Ioan I¹”.

În vederea determinării corecte a fundamentului conversiunii este important de a ține cont de faptul că din voința părții sau a părților actului inițial nu trebuie să rezulte fără dubii (fie și implicit) că în ipoteza în care acesta este nevalabil să producă efecte actul subsecvent. Acest lucru este important de sesizat din motiv că în așa fel actul subsecvent ar produce efecte valabile nu grație aplicării procedurii juridice al conversiunii, ci datorită voinței private exprimate indubitabil anume pentru acest acord de voință.

În legătură cu afirmația de mai sus, doctrina a mers mai departe menționându-se că, în realitate, conversiunea operează independent de voința părților, fie aceasta și una ipotetică, ea presupunând, în fapt, că părțile nu au prevăzut și nu au reglementat consecințele nulității actului².

Conform unei opinii, conversiunea este cerută și impusă de concepția asupra nulității, în sensul că nulitatea fiind îndreptată împotriva efectelor care contravin scopului legii, urmează ca toate efectele ce nu contravin legii să fie menținute și deci trebuie să se admită soluția că, în locul actului nul, își va produce efectele alt act juridic, valabil³. Astfel, potrivit doctrinei concepția nulității-sanțiune trebuie înțeleasă în sensul că „(...) nulitatea este îndreptată împotriva efectelor – și numai împotriva efectelor – ce ar contrazice scopul dispoziției legale încălcate. Dacă, așadar, efectele unui act juridic nul s-ar analiza în efecte (ale unui alt act juridic) ce nu ar contrazice scopul niciunei dispoziții legale, nimic nu s-ar opune, ni se pare (...), ca unor atare efecte să li se recunoască, pe deplin, validitatea (sau eficacitatea)”⁴.

Pe lângă critica pe care o vom aduce acestei teorii în cele ce urmează, vom sublinia și opinia potrivit căreia suntem de părerea că efectele nulității nu urmează a fi privite, în mod absolut, drept capabile de a afecta doar efectele actului juridic, ci se raportează actului juridic în general. Astfel, efectele nulității vor implica și manifestarea de voință care se va desființa retroactiv, ținând cont de unele cazuri de aplicație specială. „Dacă actul juridic încheiat încă nu a produs efecte, adică nu a fost executat până la anulare, el nu va produce efecte nici după anulare. În acest caz, partea sau părțile se găsesc în situația în care nici convenția nu ar fi fost încheiată, drepturile și obligațiile care ar decurge din ea nu pot fi executate. Dacă actul juridic

¹ Cristian Paziuc. *Probleme teoretice și practice privind conversiunea actului juridic civil*. În: RRDP, 4/2011, p. 136.

² C. Massimo Bianca, *Diritto civile, vol. III, Il contratto*. Seconda edizione. Giuffrè editore, Milano, 2000, p. 633.

³ I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu. *Introducere în dreptul civil*, Cluj-Napoca: Sfera Juridică, 2008, p. 537.

⁴ T. Ionașcu, E.A. Barasch. *Tratat de drept civil, vol. I, Partea generală*. București: Ed. Academiei RSR, 1967, p. 384.

civil a produs totuși efecte, adică a fost executat parțial sau chiar integral, efectele produse până la momentul anulării lui vor fi desființate”⁵.

Potrivit teoriei generale a nulității actul juridic lovit de nulitate încetează cu efect retroactiv, este supus restituției bilaterale, precum și este afectat de alte efecte ale nulității, cum ar fi, de exemplu, repararea prejudiciului cauzat prin actul nul potrivit prevederilor art. 333 din Codul civil al Republicii Moldova⁶.

În sprijinul poziției lansate mai sus vom face referire la efectul retroactiv al nulității coroborat cu cel al restabilirii situației anterioare. „În temeiul retroactivității efectelor nulității actului juridic civil, părțile ajung în situația în care s-ar fi aflat dacă nu ar fi încheiat acel act juridic”⁷. În același timp, „Principiul restabilirii situației anterioare (repunerea în situația anterioară) este acea regulă de drept potrivit căreia tot ce s-a executat în baza unui act juridic anulat trebuie restituit, astfel încât părțile raportului juridic să ajungă în situația în care acel act juridic nu s-ar fi încheiat”⁸.

Din cele expuse în pasajul anterior rezultă că, privită într-o accepțiune *lato sensu*, nulitatea disconsideră atât efectele actului juridic, cât și manifestarea de voință care ar fi fost îndreptată să producă aceste efecte juridice, atât timp cât cele două nu pot fi privite izolat, derivând una din altă și presupunându-se reciproc. Or, însăși actul juridic este manifestarea de voință producătoare de efecte juridice, iar în lipsa producerii de efecte juridice nu mai suntem în prezența unui act juridic, ceea ce denotă și absența unei manifestări de voință conforme dreptului civil pentru a fi aptă de a da naștere unui act juridic.

În circumstanța ignorării viziunii potrivit căreia nulitatea afectează atât manifestarea de voință, cât și efectele actului juridic, și în prezența menținerii unei poziții ferme precum că nulitatea ar afecta doar efectele actului juridic, ne aflăm în situația în care se acceptă existența unei manifestări de voințe nude, neproducătoare de efecte juridice. Și dacă manifestarea de voință nudă nu comportă careva efecte juridice, precum și nici pericol pentru circuitul civil, ceea ce ar putea ridica pretenția de a fi trecută, în general, cu vederea, admiterea persistenței sale și nesoluționarea chestiunii referitoare la existențialitatea sa indică asupra unei abordări superficiale a efectelor nulității în ansamblu. Or, grație efectului retroactiv al nulității, actul juridic nul încetează chiar din momentul încheierii sale (art. 331 alin. (1) și alin. (2) Cod civil al Republicii Moldova), ceea ce înseamnă că suntem într-un caz

⁵ Sergiu Baieș, Nicolae Roșca. *Drept civil. Partea generală. Persoana fizică. Persoana juridică*. ed. a V-a. Chișinău, 2014, p. 208.

⁶ Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 82-86 din 22 iunie 2002, în vigoare din 12 iunie 2003.

⁷ G. Boroi, C. A. Angheliescu. *Curs de drept civil. Partea generală*. ed. a 2-a revizuită și adăugită. București: Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 2 72.

⁸ G. Boroi, C. A. Angheliescu. *op.cit.*, p. 273.

de repunere în situația în care manifestarea de voință, generatoare a unui act juridic nul, nici nu ar fi existat. Din aceste considerente, împărtășim viziunea potrivit căreia nici nu mai prezintă interes determinant și deosebit dacă actul juridic a reușit să producă careva efecte, înainte de anularea sa, sau nu, atât timp cât nulitatea își va produce plenar efectele.

În pofida faptul că doctrina, în contextul chestiunii reflectate mai sus, plasează accentul pe efectele actului juridic care sunt afectate de nulitatea acestuia, din considerentul că totalitatea raporturilor juridice din circuitul civil sunt determinate, în esență, de efectele actelor juridice civile, suntem de părerea că soluționarea problematicii referitoare la soarta manifestării de voință a actului juridic lovit de nulitate se impune drept un imperativ al cercetării.

Într-o altă concepție, „regula conversiunii actelor juridice reprezintă o aplicare particulară a principiului mai general al menținerii actelor juridice, conform căruia manifestarea de voință cuprinsă într-un act juridic câtă a avea – în limitele legii – eficacitatea maximă posibilă, pentru realizarea scopului practic urmărit de parte sau de părți”⁹.

Nu împărtășim opinia potrivit căreia vreuna dintre cele două situații de mai sus: ideea efectului limitat al nulității-sanțiune și stringența menținerii actului juridic, ar constitui, prin ele însele, fundamentul conversiunii. Aceste pretinse de către doctrină temeuri nu oferă clarificarea referitoare la faptul de ce va produce efecte un act juridic în legătură cu care părțile nu și-au exprimat voința, pentru că așa rezultă din formatul celor două cazuri. Ori, conversiunea nu va acționa automat, prezumându-se din start existența unei voinței asupra operării acesteia.

Este de remarcat că ambele viziuni susțin, în fond, regula nulității parțiale, în raport cu nulitatea totală și nu au vreo legătură determinantă cu procedeele conversiunii. Din contra, conversiunea presupune anume faptul că efectul nulității nu este unul limitat, ci total, așa încât devine imposibil de a menține actul juridic civil. Cu alte cuvinte, în cazul adoptării opiniei potrivit căreia fundamentul conversiunii ar rezida fie în ideea efectului limitat al nulității-sanțiune, fie în imperativul menținerii actului juridic am fi în situația suprapunerii acesteia cu nulitatea parțială, decăzând, în aceste condiții, importanța teoretică și practică a conversiunii ca și instituție sau subinstituție de drept distinctă. Cele două idei avute în vedere, așadar, constituie temeiul pe care se întemeiază teoria nulității parțiale, însă în raport cu conversiunea le putem vedea ca pe niște premise de aplicare a acesteia, demonstrând de ce poate fi funcțională.

În acest sens, în cele mai dese dintre cazuri, când suntem în prezența unui caz de nulitate totală, manifestarea de voință (atunci când nulitatea nu este îndreptată și către aceasta – cazul aplicării conversiunii), ca realitate juridică și

⁹ Doru Cosma. *Teoria generală a actului juridic civil*. București: Ed. Științifică, 1969, p. 339-340.

socială, nu este înlăturată, în pofida faptului că efectele juridice proprii actului juridic dorit de partea sau de părțile respectivei manifestări de voință nu se vor produce. *In concreto*, manifestarea de voință rămâne a fi operantă și valabilă, de aceea va putea fi valorificată prin conversiune, într-un alt act juridic, subsecvent actului convertit, în măsura în care va exista și o voință vizavi de valorificarea procedurii conversiunii. „Nu există vreo rațiune pentru a putea opera vreodată conversiunea dacă intenția de a accepta eficacitatea actului subsecvent nu ar rezulta din voința părților. Doctrina afirmă că reprezintă o condiție a conversiunii aceea ca din intenția părților să nu rezulte că acestea se opun conversiunii. Dar chiar dacă o asemenea poziție nu ar exista, nu se înțelege ce anume, în afara voinței părții sau a părților (fie aceasta și voință prezumată), ar putea autoriza instanța de judecată să dea efecte unui act juridic cu privire la care părțile au tăcut și pe care, așa fiind, nu au dorit să-l încheie”¹⁰.

Mai presus de toate, în doctrină se consideră că, conversiunea „se întemeiază pe autonomia de voință, care permite ca un act civil să fie interpretat în sensul că autorii lui au fost animați de intenția de a produce efecte juridice, precum și pe regula salvării a ceea ce se poate salva dintr-un act nul”¹¹. Cu alte cuvinte, pornind de la ideea că orice act juridic este o manifestare de voință făcută în scopul producerii unor efecte juridice, conversiunea actului juridic civil este alt procedeu prin care se realizează interpretarea manifestării de voință în sensul în care ea este susceptibilă de a produce efecte juridice, adică în sensul în care ea reprezintă un act valabil, iar nu doar în sensul în care reprezintă un act nevalabil, sau cum poate fi dedus din prevederile art. 1104 alin. (1) Cod civil al Republicii Moldova: „Clauzele contractului se interpretează în sensul în care pot produce efecte, dar nu în sensul în care nu ar produce nici un efect”. Această regulă de interpretare logică a clauzelor contractuale mai este desemnată prin adagiul latin *actus interpretandus est potius ut valeat, quam ut pereat*. În consecință, ori de câte ori manifestarea de voință este susceptibilă să fie interpretată în sensul în care să constituie un act juridic valabil, va fi interpretat în acest sens, iar nu în sensul în care ar rezulta un act juridic ce ar trebui desființat ca lovit de nulitate.

Aceeași opinie, potrivit căreia temeiul sau fundamentul conversiunii s-ar afla în regula de interpretare enunțată mai sus, este promovată în majoritatea lucrărilor doctrinare mai vechi în special de către Aurel Pop și Gheorghe Beleiu¹², Iosif R. Urs¹³ și alții.

¹⁰ Cristian Paziuc. *op. cit.*, p. 136.

¹¹ I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu. *op. cit.*, p. 537.

¹² A. Pop, Gh. Beleiu. *Curs de drept civil. Partea generală*. București, 1973, p. 469; Gh. Beleiu. *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*. București, 1992, p. 187.

¹³ I. R. Urs. *Drept civil român. Teoria generală*. București: Ed. Oscar Print, 2001, p. 325.

Dar totuși, considerăm că la acest capitol este loc de polemică, atât timp cât principiul mai sus reflectat se referă la interpretarea unui act juridic valabil, nu la interpretarea unui act juridic nul, lucru care considerăm că trebuie a fi reținut. Un act juridic nul nu mai poate fi interpretat, pentru că precedentul legat de el se repune în situația inițială, ca și cum nu ar fi existat. Mai mult, conversiunea, până la urmă, vizează două acte juridice, nu un act juridic interpretat, asta ar postula și diferența dintre conversiunea și interpretarea actului juridic. Or, motivul interpretării unui contract și cel al conversiunii lui sunt total diferite.

Privind dintr-un alt punct de vedere precizăm că în contextul conversiunii nu se ridică vreo problemă referitoare la interpretarea voinței părții sau a părților unui act juridic civil referitoare la însăși operațiunea de conversiune și la producerea de efecte ale actului juridic subsecvent, atât timp cât, axiomic vorbind, părțile nu au anticipat și nici nu au luat precauții juridice cu privire la ipoteza nulității actului inițial. „Cu alte cuvinte, nu există vreo voință juridică exprimată, fie și implicit, cu privire la conversiune sau la actul subsecvent, deci nu se pune problema interpretării voinței părților în sensul acceptării conversiunii. Manifestarea de voință a părților este primitoare de unul sau mai multe înțeleșuri, însă niciunul dintre acestea nu vizează aplicarea conversiunii. De altfel, se observă că dacă manifestarea de voință a părților ar fi fost de la început susceptibilă de mai multe înțeleșuri, dintre care unele ar fi condus la un act nevalabil, iar altele, la un act valabil și eficace, atunci nu s-ar pune problema conversiunii, ci a evitării nulității dintru început, printr-o interpretare a actului juridic conformă cu art. 978 C. civ., deci în sensul calificării ca o operațiune valabilă”¹⁴.

Potrivit unei alte opinii, temeiul conversiunii ar rezulta dintr-o dată din toate cele trei situații analizate mai sus: ipoteza caracterului limitat al efectelor nulității; imperativul menținerii actului juridic și principiul de interpretare latin *actus interpretandus est potius ut valeat, quam ut pereat*. Această poziție este promovată, cu precădere, de către autorii români I. Reghini¹⁵ și O. Ungureanu¹⁶. Apreciem de toată critica această poziție, care, pe lângă faptul că nu este capabilă să producă întrezărirea vreo unei utilități practice deosebite, este fundamentată pe trei concepte, promovate de către doctrină drept temeiuri ale conversiunii, care, după cum am arătat, nu sunt compatibile însăși cu procedeu juridic al conversiunii.

S-a mai arătat că principiul conversiunii este consecința regulii potrivit căreia *cine poate mai mult poate și mai puțin*, în sensul că, pe tărâmul conversiunii, condițiile cerute pentru actul valabil sunt mai reduse decât condițiile cerute

¹⁴ Cristian Paziuc. *op. cit.*, p. 137.

¹⁵ Ionel Reghini. *Conversiunea actului juridic civil – o posibilă consecință a nulității*. În: Studia nr. 4/2009, p. 114.

¹⁶ Ovidiu Ungureanu. *Drept civil. Introducere*. ed. a 8-a. București: Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 255.

pentru actul nul¹⁷. În contextul conversiunii suntem de părerea că nu s-ar raporta în mod absolut această regulă. Condițiile cerute pentru actul inițial, fiind mai multe, nu sunt întrunite, deci nu se poate mai mult, iar acest lucru pune sub semnul întrebării existențialitatea actului subsecvent, dacă s-ar putea și mai puțin. Mai mult, această regulă este operantă când s-ar identifica într-o anumită situație o suprapunere de condiții, sau cine poate mai puțin ipotetic poate mai puțin din ceea ce poate mai mult altul; lucru ce nu se întâmplă în cazul actului inițial și cel subsecvent, ori pentru ca un act să fie nul, iar altul să fie valabil se cere întrunirea de diferite condiții în cele două cazuri distincte. La fel, prezenta teorie se afiliază cazului de nulitate parțială, așa ca și în cazul ipotezelor referitoare la caracterul limitat al efectelor nulității și imperativul menținerii actului juridic, putând fi calificată doar ca și o premisă a conversiunii, nu însă ca și temei al acesteia, din aceleași rațiuni pe care le-am reflectat în pasajele anterioare, în contextul ipotezei caracterului limitat al efectelor nulității și imperativului menținerii actului juridic.

În conformitate cu o altă viziune, temeiul conversiunii ar rezulta dintr-o dată din toate cele patru situații analizate mai sus: ipoteza caracterului limitat al efectelor nulității; imperativul menținerii actului juridic, principiul de interpretare latin *actus interpretandus est potius ut valeat, quam ut pereat* și regula potrivit căreia *cine poate mai mult poate și mai puțin*. „Din punctul nostru de vedere la justificarea conversiunii actului juridic contribuie toate teoriile precizate mai sus: concepția asupra nulității, nevoia asigurării unei eficacități maxime manifestării de voință, regula de interpretare consacrată de art. 978 C. civ. și principiul cine poate mai mult poate și mai puțin. Numai astfel se poate înțelege esența conversiunii, adică înlocuirea unui act juridic nul cu unul valabil pe deplin”¹⁸. Nu împărtășim nici această viziune din rațiunile expuse anterior pentru fiecare teorie în parte.

Nu poate fi trecut cu vederea faptul că teoreticienii contemporani au identificat și a șaptea teorie menită de a face claritate în intenția de identificare, în termeni cât mai exacti, a temeiului conversiunii. În aceste condiții, este promovată ideea în corespundere cu care se va considera drept fundament al conversiunii voința prezumată a părților referitoare la încuviințarea și voirea operării actului subsecvent în cazul afectării de nulitate a actului inițial¹⁹. „Acestei voințe prezumate trebuie să i se atribuie un caracter autonom în raport cu actul juridic inițial, deoarece, în caz contrar, nulitatea totală a actului inițial, condiție a conversiunii, ar lipsi de efecte și această voință prezumată. De aceea, este oportun să se considere că voința prezumată de a accepta conversiunea și actul subsecvent este constitutivă a unui act juridic distinct, care însoțește actul inițial încheiat de

¹⁷ D.-A. Sitaru. *Drept civil. Teoria generală. Persoanele*. București, 1994, p. 146.

¹⁸ G. Florescu. *Nulitatea actului juridic civil*. București: Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 300.

¹⁹ Cristian Paziuc. *op. cit.*, p. 138.

parte sau de părți, dar este autonom în raport cu acesta. Conversiunea dobândește, astfel, o structură formal similară simulației, presupunând existența a trei acte juridice – actul inițial, actul subsecvent și actul ce concentrează voința (presumată) a părților de a accepta conversiunea și, prin aceasta, eficacitatea actului subsecvent – cu particularitatea că, spre deosebire de ipoteza simulației, niciodată nu pot fi eficiente, concomitent, toate actele juridice componente ale operațiunii juridice, eficacitatea actului subsecvent fiind condiționată, între altele, de invalidarea totală a actului inițial, fiind astfel exclus ca efectele acestor acte să se producă simultan²⁰.

Deși autorul C. Paziuc califică voința presumată drept fundament al conversiunii, recunoaște și nu neagă că voința presumată în literatura de specialitate este calificată aproape unanim, de fapt, drept o condiție a conversiunii, evitând însă să desfășoare subiectul respectiv²¹. Autorul citat admite astfel o confuzie între fundamentul fenomenului analizat și condițiile în care acesta poate opera. Or, prin fundament înțelegem acel element pe care se sprijină întreaga construcție juridică a conversiunii, iar prin condiție doar o împrejurare de care depinde realizarea acestui mecanism de îndreptare a cauzei de nulitate a actului juridic civil. Din această optică, voința presumată a părții sau părților actului juridic inițial nu poate juca concomitent rolul atât de fundament al conversiunii, cât și de condiție a acesteia.

Într-o altă ordine de idei, în încercarea de a fundamenta conversiunea pe voința presumată a părții sau a părților actului juridic civil, autorul Paziuc reține că „se poate accepta coexistența conversiunii cu o voință presumată a părții sau a părților actului inițial, de a conferi eficacitate unui act subsecvent. Conversiunea va fi tocmai mijlocul juridic ce permite satisfacerea acestei voințe prezumate, făcând posibilă eficacitatea actului subsecvent²²”. În analiza acestei afirmații ne întrebăm: dar este oare suficientă doar voința presumată a părții sau părților actului inițial pentru operarea conversiunii și acordarea de eficiență actului juridic subsecvent? Considerăm că nu! Or, actul juridic subsecvent și efectele acestuia nu se produc *ipso iure* în virtutea voinței prezumate. Acestei voințe prezumate urmează să i se adauge și voința părții sau părților actului juridic inițial de a opera conversiunea, în așa fel încât voința exprimată în actul juridic inițial să se completeze cu o nouă manifestare de voință.

Concluzionând că voința presumată a părților actului juridic lovit de nulitate nu poate satisface pe deplin necesitatea de fundamentare teoretică a conversiunii ca modalitate de îndreptare a cauzelor de nulitate ale actului juridic civil, considerăm necesară schimbarea accentelor și plasarea acestora asupra elementului prin care conversiunea se realizează și își produce efectul de îndreptare a cauzei

²⁰ Cristian Paziuc. *op. cit.*, p. 139.

²¹ Cristian Paziuc. *op. cit.*, p. 138, 151.

²² Cristian Paziuc. *op. cit.*, p. 138.

de nulitate. Avem în vedere aici manifestarea de voință a părții sau părților actului juridic lovit de nulitate în vederea salvării efectelor încă pasibile de producere, ce rezultă din manifestarea de voință concentrată în actul juridic inițial. Mai simplu spus, avem în vedere voința de a realiza conversiunea. Iar odată ce conversiunea operează pe cale judecătorească, voința de a realiza conversiunea urmează a fi invocată în mod expres în fața instanței de judecată cu ocazia judecării cauzei de nulitate a actului juridic civil. Astfel, simpla voință prezumată a părților actului juridic civil de a se produce efectele juridice neavute în vedere în mod expres la încheierea actului juridic nu poate prin sine însuși să opereze conversiunea. Pentru producerea conversiunii este necesară o manifestare expresă de voință în fața instanței de judecată. Anume acest element de fapt și oferă conversiunii eficiență și produce efectele juridice corespunzătoare. Dar acest element de fapt este precedat de alte elemente, fără de care nu poate produce efecte. Și anume, anularea sau constatarea nulității actului juridic civil inițial și manifestarea de voință incorporată în actul juridic inițial capabilă încă să producă anumite efecte juridice. Putem afirma în consecință că suntem în prezența unui fapt juridic complex.

Literatura de specialitate definește faptele juridice ca acele împrejurări care, potrivit normelor juridice, au ca urmare apariția, modificarea sau stingerea raporturilor juridice, producând astfel anumite consecințe juridice²³. Aceasta este o noțiune unanim recunoscută în doctrină²⁴.

Într-o noțiune mai largă, care conține premisele clasificării faptelor juridice, faptul juridic desemnează acele fapte – evenimente sau acțiuni – de existența cărora legea leagă efecte juridice, dând naștere astfel la raporturi juridice, ori modificându-le sau stingându-le, indiferent dacă faptul s-a produs cu sau fără voința ori cu sau fără intenția de a determina efectele juridice corespunzătoare²⁵.

Din noțiunea citată se deduce clasificarea faptelor juridice, aproape unanim acceptată de doctrină²⁶. Expunerea clasificării se face în mod gradat. Astfel, faptele juridice se clasifică în evenimente și acțiuni. Evenimentele sunt acele fapte juridice care se produc indiferent de voința subiectului, iar acțiunile sunt fapte

²³ Sergiu Baieș, Nicolae Roșca. *Drept civil. Partea generală. Persoana fizică. Persoana juridică*. Chișinău: Ed. Cartier, 2004, p. 145.

²⁴ Aurelian Ionașcu. *Drept civil. Partea generală*. București: Ed. Didactică și Pedagogică, 1963, p. 73; Исаков В.Б. *Юридические факты в советском праве*. Москва: «Юридическая литература», 1984 (Isakov V.B. *Faptele juridice în dreptul sovietic*. Moscova, 1984), p. 10; Иоффе О.С. *Советское гражданское право*. Москва: Издательство «Юридическая литература», 1967 (Ioffe O.S. *Drept civil sovietic*. Moscova, 1967), p. 243.

²⁵ T. Ionașcu, E.A. Barasch. *op. cit.*, p. 237.

²⁶ Aurelian Ionașcu. *op. cit.*, p. 74-76; Ionașcu, E.A. Barasch. *op. cit.*, p. 236-237; Исаков В.Б. *op. cit.*, p. 27.

juridice voluntare. La rândul său, acțiunile ca fapte juridice se subclasifică în acțiuni licite și acțiuni ilicite. Acțiunile licite se clasifică mai departe în acte juridice și acțiuni juridice în sens restrâns, adică acțiuni care nu sunt săvârșite cu intenția de a produce efecte juridice, dar care totuși le produc în virtutea prevederilor legii.

Din punct de vedere al acestei clasificări, conversiunea urmează a fi atribuită la categoria de acțiuni juridice, iar mai exact – la cea a actelor juridice. Și asta grație faptului că ea se realizează printr-o manifestare expresă de voință (este un fapt juridic voluntar), iar aceasta manifestare de voință cuprinde intenția părții sau părților care invocă conversiunea de a obține anumite efecte juridice din manifestarea de voință încorporată în actul juridic inițial lovit de nulitate. Fiind o manifestarea de voință exteriorizată cu intenția de a produce efecte juridice, conversiunea astfel este un act juridic în sensul art. 308 Cod civil al Republicii Moldova. Acest act poate fi unilateral, atunci când reprezintă expresia voinței unei singure părți a actului juridic inițial lovit de nulitate, sau bilateral, dacă ambele părți optează pentru nașterea unor efecte juridice din voința exprimată inițial.

Trebuie reținut aici că toți autorii care definesc faptul juridic civil, așa cum a fost arătat mai sus, menționează că împrejurările care dau naștere, modifică sau sting raportul juridic civil sunt prevăzute de lege. Mai mult, un autor se pronunță expres că astfel de împrejurări „au această putere și devin fapte juridice numai atunci când normele de drept le recunosc ca atare, legând de ele anumite consecințe juridice”²⁷. Poate fi, astfel, ridicată obiecția că instituția conversiunii nu este reglementată expres în Codul civil al Republicii Moldova, iar, odată ce legea nu identifică împrejurările în care ea ar putea opera, lipsesc premisele calificării ei drept fapt juridic civil.

Această posibilă obiecție se combate prin considerentul că „actele juridice civile sunt o varietate a *acțiunilor licite* (...), săvârșirea lor se admite atât în cazurile prevăzute de lege, cât și atunci când actul juridic de lege nu prevăzut, dar acesta nu contravine legii nici după conținut, nici după finalitatea sa”²⁸.

Având în vedere că prin conversiune se urmărește valorificarea pe cât este posibil a voinței exprimate cu ocazia încheierii actului juridic inițial lovit de nulitate, dacă această voință nu conține elemente ce ar veni în contradicție cu legea, ordinea publică sau bunele moravuri, atunci nu există nici un impediment ca această voință să fie pusă în valoare și să opereze conversiunea. Mai mult ca atât, conversiunea presupune că, în pofida neîntrunirii tuturor elementelor necesare validității actului juridic urmărit inițial de părți, sunt totuși întrunite elementele unui alt act juridic

²⁷ Aurelian Ionașcu. *op. cit.*, p. 73.

²⁸ Иоффе О.С. *op. cit.*, p. 251.

civil, care își poate produce efectele. De ex., un act nul ca vânzare-cumpărare poate valora antecontract de vânzare-cumpărare. Respectiv, fiind întrunite împrejurările în care suntem în prezența unui antecontract, putem afirma că s-a produs un fapt juridic generator de antecontract.

După efecte pe care le produc, faptele juridice se clasifică în fapte juridice ce generează (crează) raporturi juridice, fapte juridice ce modifică raporturi juridice și fapte juridice ce sting raporturi juridice.

La o primă vedere, conversiunea s-ar atribui la categoria faptelor juridice care modifică raporturi juridice sau drepturi și obligații existente. Și asta grație faptului că, conversiunea tinde să valorifice într-un mod sau altul actul juridic vechi lovit de nulitate. În realitate, însă, actul juridic vechi lovit de nulitate nu a produs efectele juridice pentru care a fost încheiat din motiv că a fost lovit de nulitate. Respectiv, un raport juridic, bazat pe „rămășitele” voinței exprimate cu ocazia încheierii actului juridic inițial, se naște anume în urma operării conversiunii. Deci, conversiunea este un fapt juridic generator de drepturi și obligații.

Din punct de vedere al conținutului, se disting fapte juridice simple și fapte juridice complexe²⁹. Faptul juridic simplu este un element unic, care produce efecte juridice. Faptele juridice complexe se compun din mai multe elemente care numai împreună produc efectele juridice prevăzute de lege.

Faptul juridic complex reprezintă un sistem de fapte juridice³⁰, elemente ale acestuia sunt fapte juridice simple (evenimente sau acțiuni), care, doar dacă sunt întrunite toate, dau naștere raportului juridic spre care este îndreptat faptul juridic complex.

Conversiunea, așa cum am avut ocazia să menționăm mai sus, este un fapt juridic complex, sistemul căruia este format din trei elemente:

– nulitatea actului juridic civil inițial. Fiind o cauză de îndreptare a cauzelor de nulitate a actului juridic civil, conversiunea își are rațiunea de a exista anume în legătură cu anularea sau constatarea nulității actului juridic civil. Nu este relevant, astfel, felul nulității care lovește actul juridic inițial. Conversiunea poate opera atât în caz de nulitate absolută a actului juridic inițial, cât și în caz de nulitate relativă a acestuia.

– manifestarea de voință exprimată în actul juridic inițial lovit de nulitate, capabilă încă să producă anumite efecte juridice. Anume această capacitate a manifestării de voință din actul juridic inițial și are menirea să o valorifice conversiunea. Cu titlu de precizare subliniem că acest caz nu trebuie de confundat cu situația în care vorbim despre teoria fundamentării conversiunii referitoare la imperativul menținerii actului juridic, raportată regulii nulității parțiale, din consi-

²⁹ Sergiu Baieș, Nicolae Roșca, *op. cit.*, p. 147; Иоффе О.С., *op. cit.*, p. 243-244.

³⁰ Исаков В.Б., *op. cit.*, p. 24.

derentul că, conversiunea va valorifica manifestarea de voință inițială, capabilă să producă încă efecte juridice în caz de nulitate totală a actului inițial, într-un alt act juridic, subsecvent. Dar această reminiscență a manifestării de voință inițiale nu este suficientă prin sine însuși să producă un efect, ea doar conține în sine potența unor efecte juridice. Ca această potență să se transforme într-un efect juridic veritabil este absolut necesară realizarea celui de al treilea element al faptului juridic, și anume

– manifestarea expresă a voinței de a opera conversiunea, manifestare ce se efectuează în fața instanței de judecată, având în vedere caracterul judiciar al conversiunii. Acest al treilea element al faptului juridic definitivează conversiunea ca operațiune de îndreptare a cauzei de nulitate a actului juridic civil și face să se producă efectele juridice voite de parte sau părți. Fără acest al treilea element al faptului juridic complex analizat, celelalte elemente reprezintă doar un cumul de fapte fără nici o finalitate juridică. Grație anume voinței de a opera conversiunea se produce un salt calitativ de la o simplă acumulare de fapte la un veritabil fapt juridic, producător de efecte juridice. Deci, aceasta reprezintă elementul cheie al conversiunii, care, prin intenția de a produce efecte juridice, imprimă conversiunii calitatea de act juridic civil. Principalul efect al conversiunii este neutralizarea cauzei de nulitate a actului juridic civil inițial și nașterea unui nou act juridic (actul juridic subsecvent) și a unui raport juridic, al cărui obiect și conținut este determinat de limitele în care voința încorporată în actul inițial este capabilă să producă efecte.

Pe cale de consecință, concluzionăm prin a statua că temeiul conversiunii rezidă în accepțiunea faptului juridic complex, referitor la nulitatea actului juridic civil inițial, la manifestarea de voință exprimată în actul juridic inițial lovit de nulitate (capabilă încă să producă anumite efecte juridice) și la manifestarea expresă a voinței de a opera conversiunea.

DREPTUL DE „REȚEA” ȘI DE DREPTUL DE „LINIE” ÎN NOUL COD ADMINISTRATIV

*Drd. Mihai Marian ICU
avocat, Baroul Dolj*

Abstract

In a previous analysis we showed that, whether we are talking about administrators or civilians, the public domain controversy, the private domain, respectively which of the two domains is the rule and which is the exception, has existed and still exists today, and this controversy can have a solution, in the sense of delimiting the two domains, from the perspective of analyzing the legal regime applicable to each domain, by analyzing, identifying and classifying the type of law applicable to each domain. From this perspective, the working hypothesis started from the fact that the legal regime applicable to the public domain of the state and administrative-territorial units is governed by a right of „network”, and the legal regime applicable to the private domain to the state and administrative-territorial units is regulated by a right „line”, a linear, stable and clear right. The entry into force of the New Administrative Code and the almost total abrogation of Law 215/2001 on local public administration and Law 213/1998 on public property, creates the prospect of a new working hypothesis, respectively the determination and framing of the new legal norms adopted, either in the category of legal norms that constitute the right of „network”, or in the category of legal norms that constitute the right of "line".

Keywords: *Public Domain, Private Domain, Territorial Administrative Unit, State, Administration, „Network” Right, „Line” Right, Administrative Code*

Introducere

Într-o lucrare recentă², dreptul ca ansamblu de norme juridice este văzut ca un sistem unitar, coerent și stabil de principii, reguli, standarde și tehnici, desemnat să

¹ Doctorand în cadrul Școlii Doctorale, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept.

² Marian Nicolae, *Drept civil. Teoria generală*, vol. 1, Ed. Solomon, București 2017, p. 32.

reglementeze relații sociale, fiind structurat pe ramuri, subramuri și instituții juridice. Se realizează o clasificare a dreptului după modul de structurare, după natura interesului protejat și în funcție de domeniul sau sfera de aplicare. În funcție de modul de organizare și de structurare, se arată că dreptul s-ar împarte în ramuri și rețele juridice, dreptul de ramură fiind o sintagmă cunoscută în materie și care poate fi definit ca acel drept alcătuit dintr-un ansamblu de norme juridice coagulate în baza unui obiect, a unor metode și principii comune.

Sintagma „drept de rețea”³ ar reprezenta o „ramură nouă”, o ramură distinctă de drept, putând fi definită ca acel drept alcătuit dintr-un subansamblu de norme juridice având un obiect comun (sau convergent) de reglementare, însă coagulate pe baza unor metode și principii specifice, proprii ramurilor din care fac parte și care răspund astfel unor interese specifice, adeseori divergente, fie private, fie publice. Potrivit părerii aceluiași autor caracterul eclectic și funcțiile diferite pe care le joacă dreptul de rețea nu permit acestuia să fie o ramura de drept distinctă, propriu zisă, fie autonomă, fie heteronomă. Aceasta deoarece normele juridice legate în rețea nu își pierd natura proprie, chiar dacă deservesc, eventual și alte interese decât cele obișnuite. Dreptul de rețea nu este un alt drept față de componentele sale, care nu se topesc, nu sunt absorbite de acesta, pierzându-și individualitatea proprie.

Sintagma „ramură nouă” a avut și are numeroase critici în doctrină, în condițiile în care această terminologie a fost inspirată din metafora copacului, considerată falsă și complet străină de realitatea juridică. Aceasta deoarece, dreptul ar putea fi văzut ca un copac care s-ar ramifica încontinuu, iar fiecare ramură ar trebui văzută ca reprezentând la rândul ei „un trunchi” din care se dezvoltă alte subramuri. În fine, această sintagmă „ramură de drept” este considerată o simplă metaforă, fără nici o legătură cu realitatea juridică, deoarece o asemenea imagine implică înainte de toate o structurare pe domenii sau pe funcții a dreptului, iar o astfel de structurare nu are nimic comun cu metafora copacului, din moment ce între așa zisele ramuri nu se poate stabili nici o legătură reală de afinitate și nici de obiect sau de scop.

Același autor face o precizare expresă⁴, în sensul că, în accepțiunea sa, dreptul de rețea nu trebuie confundat nici cu dreptul internetului, adică dreptul specific și aplicabil rețelei de internet ca spațiu virtual și deschis, global, transnațional. Această atenționare nu ne poate duce cu gândul decât la folosirea sintagmei „drept de rețea” tot în sens metaforic, în condițiile în care termenul „rețea” a fost împrumutat de la doi reputați autori belgieni, specialiști în teoria dreptului, Francois Ost și Michele Van De Kerchove, care l-au întrebuițat într-o lucrare fundamentală consacrată problemei multiplicării surselor dreptului și crizei dreptului pozitiv, organizat pe principiul ierarhiei normelor (modelul

³ *Ibidem*, p. 36.

⁴ *Ibidem*, p. 36.

kelsenian), propunând trecerea de la dreptul piramidal (autoritar) la dreptul de rețea (relațional). În fine, termenul de rețea este folosit pentru a descrie relațiile dintre norme juridice diverse având un obiect comun de reglementare, iar nu raporturile dintre ele prin prisma sursei, forței sau validității juridice. În concluzie, „rețeaua” de care se vorbește are împletiturile rețelei virtuale, însă „dreptul de rețea” numai metaforic poate fi privit ca o împletitură de drepturi, de norme de drept ce reglementează un obiect anume, norme juridice diverse, norme juridice din ramuri diferite, care acționează însă pe o legătură reală de afinitate, de obiect și scop în descrierea culoarului, a rețelei de norme juridice, care concură la reglementarea unui obiect comun.

Normele juridice ce definesc noțiunea domeniului privat al statului și al unităților administrativ-teritoriale sunt norme cu o reglementare simplă, lineară, prin acest „drept de linie”, în raport cu situația specială a domeniului public, domeniu public care este reglementat prin acest „drept de rețea”, „drept de rețea „care este compus din norme de drept constituțional, norme de drept administrativ, norme de drept financiar etc. Evident sintagma „drept de linie” are la rândul ei un sens metaforic, pornind de la definiția cuvântului linie, care ar însemna în șir drept, în rând, în aliniere, drept. Definiția cuvântului linie, care ar însemna – în șir drept, în rând, în aliniere, drept, caracterizează regimului juridic aplicabil domeniului privat al statului și al unităților administrativ-teritoriale și conturează o imagine, atât în ceea ce privește bunurile care fac parte din domeniului privat al statului și al unităților administrative-teritoriale, cât și în ceea ce privește normele de drept aplicabile regimului juridic al acestor bunuri.

Nici un alt subiect de drept, în afara statului și a unităților administrativ-teritoriale nu poate avea un domeniu, fie el public sau privat, iar principalul criteriu utilizat de legiuitor, în ceea ce privește determinarea și delimitarea celor două categorii de bunuri, private sau publice, este criteriul excluderii în sensul că toate bunurile din patrimoniul statului sau al unei unități administrativ-teritoriale, care nu fac obiect al proprietății publice constituie domeniul lor privat⁵. Având în vedere cele trei criterii de identificare ale bunurilor care intră în domeniul public al statului și al unităților administrative-teritoriale, respectiv destinația bunului, natura bunului și declarația legii, aplicarea apoi a criteriului excluziunii, ne-a îndreptățit să tragem concluzia că până la abrogarea aproape în totalitate a Legii nr. 215/2001 a administrației publice locale și a Legii nr. 213/1998 privind proprietatea publică prin O.U.G. nr. 57 din 3 iulie 2019 privind Noul Cod administrativ, normele de drept ce reglementau domeniul privat al statului și al unităților administrativ teritoriale făceau parte din acest „drept de linie”, un drept linear și

⁵ Eugen Chelaru, *Administrarea domeniului public și a domeniului privat*, ed. 2, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 118.

nu relațional, un drept fără funcții diferite și fără un caracter eclectic, așa cum este caracterizat „dreptul de rețea”, specific domeniului public. Prin urmare, se impune o scurtă analiză a noilor norme juridice adoptate prin O.U.G. nr. 57 din 3 iulie 2019 privind Noul Cod administrativ și determinarea și încadrarea noilor norme juridice adoptate, fie în categoria normelor juridice ce se constituie în „dreptul de rețea”, fie în categoria normelor juridice ce e constituie în „dreptul de linie”.

Publicată în Monitorul Oficial nr. 555 din 5 iulie 2019, O.U.G. nr. 57/2019 privind Noul Cod administrativ a avut drept fundament nu numai măsurile de reformă a administrației publice, dar, mai ales, disfuncționalitățile și problemele semnalate în mod constant de către autoritățile administrației publice locale ca urmare a neadaptării cadrului legal actual, precum și complexitatea și dinamica activităților aferente furnizării serviciilor publice esențiale pentru cetățeni, în vederea aplicării principiului subsidiarității consacrat de tratatul Uniunii Europene și Carta Autonomiei Locale. De asemenea, reținem existența a numeroase disfuncționalități și chiar blocaje la nivelul unor unități administrativ – teritoriale în contractarea și implementarea unor proiecte cu finanțare nerambursabilă, pentru derularea unor obiective investiționale cauzate de lipsa unor măsuri, de simplificare a procesului decizional și a procedurilor interne, aferente organizării și funcționării administrației publice locale.

Reținem punctul de vedere exprimat de către un autor⁶ potrivit căruia, normele juridice cuprinse în Codului Administrativ, ar avea o noua abordare cu privire la exercitarea dreptului de proprietate publică și privată, în sensul că, se detailează regimul juridic cadru reglementat de Codul Civil pentru proprietatea publică și privată a persoanelor de drept public din perspectiva raporturilor juridice de drept administrativ, soluționând și clarificând astfel o serie de deficiențe semnalate în practica administrației publice. Complementar Codului civil, Noul Cod administrativ ar reglementa în mod unitar și coerent aspectele referitoare la exercitarea dreptului de proprietate publică și privată de către persoanele juridice de drept public, în vederea unei aplicări unitare și facile și consolidării securității juridice a proprietății aparținând acestei categorii de persoane juridice care acționează în scopul destinat realizării interesului public.

Dispozițiile din partea a V-a a Noului Cod administrativ reprezintă una dintre cele mai importante contribuții pe care acesta le aduce în sistemul normativ actual din țara noastră, se arată într-un punct de vedere exprimat într-o lucrare recentă⁷. Până la adoptarea lui, această materie „suferea” de absența unei reglementări cu vocație de a fi unitară și coerentă, cu toate consecințele în plan practic pe care le

⁶ Oliviu Puie, *Contencios administrativ și fiscal*, Ed. Universul juridic, București, 2019, p. 13.

⁷ Verginia Vedinaș, *Codul administrativ adnotat*, Ed. Universul Juridic, București 2019, p. 228-229.

atrăgea. În acest sens aceeași autoare vorbește despre un „haos” în ceea ce privește domeniul public și domeniul privat al statului și al unităților administrativ-teritoriale, cu efecte care puteau fi „fatale”, atât pentru persoanelor fizice sau juridice care intrau în diferite raporturi juridice determinate de implicarea lor în unele forme de valorificare a acestor bunuri, cât și pentru stat și unitățile administrativ-teritoriale.

Dreptul de „rețea” în Noul Cod administrativ

Noul Cod Administrativ reglementat prin O.U.G. nr. 57/2019 stabilește în partea a V-a a cărții, regulile specifice privind proprietatea publică și privată a statului sau a unităților administrativ-teritoriale. Titlul I al Partii a V-a din Noul Cod administrativ consacră condițiile de exercitare a dreptului de proprietate publică a statului sau a unității administrativ-teritoriale. În articolul 284 din Titlul I, articol care vizează exercitarea dreptului de proprietate publică a statului sau a unităților administrativ – teritoriale, este determinat obiectul de reglementare în sensul că „prezenta parte stabilește unele reguli specifice aplicabile proprietății publice și private a statului sau a unităților administrativ-teritoriale”. În Capitolul I al primului titlu al Partii a V-a, Codul reglementează, în denumirea obișnuită, dispozițiile generale, care se referă la regulile specifice aplicabile proprietății publice a statului sau a unităților administrativ teritoriale.

În Titlul I al acestei părți există o abordare mai întâi la nivel de principiu a regulilor specifice aplicabile proprietății publice a statului și a unităților administrativ – teritoriale. Astfel, sunt consacrate patru principii aplicabile acesteia, prin enumerare, fără a fi definite, ceea ce credem că ar fi fost necesar, dat fiind faptul că ne raportăm la o instituție atât de importantă, care constituie baza materială a fiecărei entități statale sau locale. Codul delimitează ceea ce constituie domeniul public al statului de cel al județului și comunei, orașului și municipiului, sfera acestor bunuri fiind determinată în anexele 2-4, respectiv anexa 3 a Codului.

Constatăm că exercitarea dreptului de proprietate se face, fie de către Guvern, prin ministere și celelalte organe al administrației centrale de specialitate, pentru bunurile care constituie domeniul public al statului, fie de către autoritățile deliberative ale administrației publice locale, respectiv consiliul local (comunal, orășenesc, municipal), Consiliul General al Municipiului București și consiliul județean pentru bunurile care constituie domeniul public al unităților administrativ-teritoriale. Ministerului Finanțelor publice îi este recunoscut dreptul de a reprezenta statul în instanță, indiferent de autoritatea care exercită dreptul de proprietate asupra unui bun proprietate publică a statului.

Potrivit art. 8 alin. 1 din Legea nr. 213/1998 „trecerea bunurilor din domeniul privat al statului sau al unităților administrativ-teritoriale în domeniul public al

acestora, potrivit art. 7 lit. e) se făcea prin hotărârea guvernului, a Consiliului Județean respectiv a Consiliului General al Municipiului București ori a Consiliului Local”. Ulterior, prin intrarea în vigoare a Codului civil actual, prin Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, dispozițiile art. 7 din Legea nr. 213/1998 au fost abrogate, și, în raport de aceasta modificare, trebuie să ne raportăm la dispozițiile cuprinse în art. 863 lit. e) din Codul civil actual, dispoziții care stabilesc că proprietatea publică se dobândește, printre altele, prin transferul unui bun din domeniul privat al statului în domeniul public al acestuia sau din domeniul privat al unei unități administrativ – teritoriale în domeniul public al acesteia, transfer care nu se realizează astfel pe calea expropriării, împrejurare care pune în evidența existența unei reguli derogatorii de la dreptul comun. Având în vedere obiectul cercetării, reținem că în art. 286 este definit domeniul public, iar în următoarele articole sunt determinate entitățile care exercită acest drept de proprietate publică cu operațiunea de inventariere evidentă financiar – contabilă și de acceptare a donațiilor și legatelor.

În ceea ce privește proprietatea publică a statului și a unităților administrativ teritoriale a fost adoptată mai întâi Legea nr. 213/1998, lege ale cărei dispoziții au fost transferate aproape în totalitate în Codul civil actual. Prin Legea nr. 213/1998 s-a instituit obligația inventarierii bunurilor din domeniul public, atât pentru stat, cât și pentru comunitățile locale. Aceste liste de inventar, validate prin hotărârile de consiliul local și publicate în Monitorul Oficial prin hotărâre de guvern, constituiau un exemplu de aplicare a criteriilor complementare susmenționate, aplicare care se realiza printr-o marjă și pe o plajă mare de apreciere, precum și a unei note de subiectivism. O importanță deosebită în aceasta materie o reprezintă dispozițiile legale cuprinse în art. 288-289 din Noul Cod administrativ, dispoziții care reglementează inventarierea bunurilor din domeniul public al statului, respectiv din cel al unităților administrativ-teritoriale. Pentru unitățile administrativ-teritoriale, inventarierea anuală a bunurilor din domeniul lor public se face de către o comisie de inventariere, condusa de organul executiv (primar sau președintele consiliului județean) sau de o persoană delegată de către aceștia. Procedura instituită nu este simplă, ea presupune consultări, puncte de vedere, termene, care sunt consacrate în scopul de a asigura o cât mai mare corectitudine și adevăr inventarului întocmit, care, *nota bene*, este parte integrantă – anexă – a statutului unității administrativ-teritoriale. Dat fiind faptul că unul dintre principiile care guvernează dreptul de proprietate publică este principiul transparenței și publicității, apare firească soluția, de a se publica inventarul pe site-ul fiecărei unități administrativ – teritoriale, într-o secțiune distinctă.

O reglementare laborioasă consacră Codul și în ceea ce privește acceptarea donațiilor și legatelor în art. 291. În stabilirea organului competent să le accepte, Codul face distincție în ceea ce privește categoria bunurilor imobile și a bunurilor

mobile și pentru acestea din urma, Codul face distincție, în funcție de valoarea bunului, de peste 500.000 lei ca și valoare de piață. Pentru bunurile imobile, la nivel central, competența aparține Guvernului. Pentru bunurile mobile, competența aparține Guvernului, și respectiv, organului deliberativ al administrației publice locale, atunci când valoarea lor este peste 500.000 lei, și, respectiv, conducătorului organului administrației centrale de specialitate competent, în funcție de obiectul operațiunii, ori conducătorului organului sau instituției administrației publice locale, pentru donațiile și legatele de bunuri mobile a căror valoare de piață este mai mica sau egala cu 500.000. Actele juridice prin care se realizează sunt hotărârile Guvernului, sau după caz, ale consiliului local sau județean și, respectiv, ordinul sau dispoziția conducătorului administrației publice centrale sau locale.

Procedura în care se realizează acceptarea legatelor și a donațiilor se aprobă prin hotărâre a Guvernului. Precauția legiuitorului de a nu împovăra statul ori unitatea administrativ-teritorială cu sarcini sau datorii care ar putea să le afecteze interesele pentru raportul disproporționat dintre beneficiu și pierdere se manifestă prin prevederea că, atunci când bunul care urmează a fi cedat statului sau unității administrativ-teritoriale are sarcini sau datorii, este necesar, fie avizul ministerului cu atribuții în domeniul finanțelor publice, fie avizul organului deliberativ al administrației publice locale. Legea nu prevede care este natura avizului. Neprecizare tipului de aviz creează în practică probleme și apreciem ca, prin viitorul Cod de procedura administrativă, ea va trebui să fie reglată, prin consacrarea unor reguli în acest sens și apreciem că, atunci când în actul normativ nu se precizează caracterul conform sau consultativ al avizului, acest aviz are natura juridică de aviz facultativ.

Fie că ne raportăm la procedura de inventariere bunurilor din domeniul public al statului, respectiv al unităților administrativ-teritoriale, fie că ne raportăm la procedura de acceptare a donațiilor și legatelor, constatăm că obiectul reglementării se realizează prin norme juridice ce se constituie în „dreptul de rețea”, împletiturile între normele de drept constituțional, normele de drept administrativ, normele de drept civil, normele de drept financiar etc., în conținutul acestor reglementări, fiind evidente.

Dreptul de „linie” în Noul Cod administrativ

Titlul II al Partii a V-a din Cod consacră condițiile de exercitare a dreptului de proprietate privată a statului sau a unității administrativ-teritoriale. Definierea în art. 354 a domeniului privat al Statului sau al unităților administrativ-teritoriale ca fiind acel domeniu care este alcătuit din bunurile aflate în proprietatea lor și care nu fac parte din domeniul public, consacră la nivel de principiu criteriul excluziunii, criteriu regăsit și în reglementările anterioare, respectiv

Legea nr. 213/1998 privind proprietatea publica și Legea nr. 215/2001 a administrației publice locale. Alineatul 2 al acestui articol reprezintă o consecință firească a definiției din alin. 1, alineat care se dublează oarecum cu prevederile cuprinse în Codul civil actual. În fine, tratarea regimului juridic al proprietății private a statului sau a unităților administrativ-teritoriale ca fiind un regim juridic supus regulilor prevăzute de Legea nr. 287/2009 republicată privind Codul civil actual, potrivit art. 355, arată intenția legiuitorului de a „împăca” contestatarii reglementării dreptului de proprietate privată a Statului sau a unităților administrativ-teritoriale prin Noul Cod administrativ, în sensul că, Codul civil actual constituie dreptul comun în ceea ce privește determinarea regimului juridic a proprietății private a statului sau a unităților administrativ-teritoriale. Teza a II-a a acestui articol de lege arată însă și caracterul de excepție a unor prevederi „altfel”, a unor prevederi care derogă de la regulile prevăzute de Legea nr. 287/2009 republicată privind Codul civil actual, în mod interesant aceste prevederi „altfel” fiind cuprinse nu numai în alte legi speciale, ci inclusiv în Noul Cod administrativ, Noul Cod administrativ recunoscându-și astfel caracterul de drept special în materia exercitării dreptului de proprietate privată a Statului sau a unităților administrativ-teritoriale.

Denumirea Titlului II al Părții a V-a din Noul Cod administrativ, titlu care vizează exercitarea dreptului de proprietate privată a statului sau a unităților administrativ-teritoriale” este criticabilă potrivit unui punct de vedere⁸, în condițiile în care în cuprinsul acestui titlu sunt incluse și alte categorii de dispoziții, altele decât cele care privesc exercitarea propriu zisă a dreptului de proprietate privată a statului sau a unităților administrativ – teritoriale. Un argument în plus referitor la această argumentație l-ar constitui împrejurarea că obiectul de reglementare al părții a V-a Codului se referă la reguli specifice privind proprietatea publică și privată a statului sau a unităților administrativ – teritoriale. Această denumire s-a dorit a fi o subliniere a faptului că dispozițiile din Noul Cod administrativ nu se suprapun celor din Codul civil, că nu se dorește înlăturarea dispozițiilor cuprinse în Codul civil, ci crearea prin cele doua acte normative importante a unui cadru cât mai corespunzător posibil pentru o instituție fundamentală pentru orice societate, respectiv proprietatea în toate formele ei de exprimare.

Titlu II este structurat în trei capitole în care sunt reglementate dispozițiile generale, trecerea bunurilor din domeniul privat și unele reguli privind exercitarea dreptului de proprietate privată a statului sau a unităților administrativ-teritoriale. În primul capitol avem reglementate, atât aspectele cu caracter general, cât și reglementarea regimului juridic al proprietății private a statului și a unității administrativ – teritoriale, precum și procedura de inventariere a bunurilor

⁸ Verginia Vedinas, Daniela Ciochină, *Unele aspect privind regimul juridic al proprietății publice în jurisprudența instanțelor de judecată*, Ed. Universitara, București, 2014, p. 9.

imobile din domeniul privat al statului și al unităților administrativ-teritoriale. Astfel, potrivit art. 354 din Noul Cod administrativ „(1) Domeniul privat al statului sau al unităților administrativ-teritoriale este alcătuit din bunuri aflate în proprietatea lor și care nu fac parte din domeniul public. (2) Asupra acestor bunuri, statul sau unitățile administrativ-teritoriale au drept de proprietate privată”.

Reținem dispozițiile cuprinse în art. 357 din Noul Cod administrativ, dispoziții care prevăd că „(1) Inventarul bunurilor care alcătuiesc domeniul privat al unității administrativ-teritoriale se întocmește și se actualizează de către o comisie special constituită, condusă de autoritatea executivă ori de o altă persoană împuternicită să exercite atribuțiile respective, după caz. (2) Comisia prevăzută la alin. (1) se constituie prin dispoziția autorității executive a fiecărei unități administrativ-teritoriale. (3) Comisia prevăzută la alin. (1) are obligația de a actualiza inventarul bunurilor care alcătuiesc domeniul privat al unității administrativ-teritoriale în termen de cel mult 90 de zile de la modificarea regimului juridic al bunurilor respective. (4) Inventarul prevăzut la alin. (1) se aprobă prin hotărâre a autorității deliberative a fiecărei unități administrativ-teritoriale”.

Un element de noutate îl constituie existența unor reguli cu privire la inventarierea atât a bunurilor aflate în domeniul privat al unităților administrativ – teritoriale, cât și existența unor deosebiri majore față de inventarierea bunurilor din domeniul public al statului și respectiv al unității administrativ – teritoriale. Astfel, dacă în cazul domeniului public art. 288 și art. 289 din Noul Cod administrativ fac referire la inventarierea bunurilor din domeniul public al statului și al unităților administrativ-teritoriale, în cazul domeniului privat art. 356 și 357 fac vorbire de inventarierea bunurilor imobile din domeniul privat al statului și al unităților administrativ-teritoriale.

În cazul bunurilor imobile proprietate a statului, obligația efectuării inventarierii aparține autorităților și instituțiilor publice, regiilor autonome, societăților, companiilor naționale, instituțiilor de cercetare-dezvoltare, societăților cooperatiste, asociațiilor, fundațiilor și altora asemenea, persoanelor juridice care desfășoară activități producătoare de venituri, persoanelor fizice sau juridice cărora li s-a atribuit de către autoritățile prevăzute de art. 287, conform legii în mod direct un drept real altul decât cel de proprietate asupra bunurilor care alcătuiesc domeniul privat al statului, toate acestea fiind evocate prin noțiunea de entități. Centralizarea tuturor inventarelor se face de către ministerul cu atribuții în domeniul finanțelor publice fiind aplicabile prevederile legislației privind inventarierea bunurilor proprietate publică a statului. Pentru bunurile imobile proprietate privată a unităților administrativ-teritoriale inventarul se întocmește și se actualizează de către o comisie special constituită condusă de o autoritatea executivă ori de o altă persoană împuternicită să exercite atribuțiile respective și se aprobă prin hotărâre a organului deliberativ.

Dispozițiile cuprinse în Capitolul al II-lea de la acest titlu privesc dispozițiile care reglementează trecerea bunurilor în domeniul privat, dispozițiile care reglementau anterior această materie fiind conținute în Legea nr. 213/1998 privind proprietatea publică motiv pentru care le vom trata în secțiunea următoare. Pană la intrarea în vigoare a Noului Cod administrativ prin O.U.G. nr. 57/2019, art. 863 din Codul civil actual consacra, alături de Legea nr. 213/1998 privind proprietatea publică, trecerea unui bun din domeniul privat în domeniul public al aceluiași titular al dreptului de proprietate ca reprezentând una dintre modalitățile de dobândire a dreptului de proprietate publică. Potrivit art. 358 din Noul Cod administrativ „(1) Trecerea unui bun din domeniul privat al statului în domeniul privat al unei unități administrativ-teritoriale se face la cererea consiliului local, a consiliului județean, respectiv a Consiliului General al Municipiului București, după caz, prin hotărâre a Guvernului. (2) Trecerea prevăzută la alin. (1) se face doar în situația în care bunul respectiv se află pe raza teritorială a unității administrativ-teritoriale care solicită trecerea, cu plata contravalorii bunului aferentă valorii de inventar actualizate, în condițiile legii. (3) Cererea prevăzută la alin. (1) se aprobă prin hotărâre a consiliului local, a consiliului județean, respectiv a Consiliului General al Municipiului București, după caz”.

Constatăm astfel că în raport de prevederile legale cuprinse în art. 359, 360 și 361 din Noul Cod administrativ că sunt reglementate cinci operațiuni juridice de trecere a bunurilor în domeniul privat. O prima operațiune juridică reglementată prin noul Cod Administrativ este operațiunea de trecere a unui bun din domeniul privat al statului în domeniul privat al unei unități administrativ-teritoriale, trecere care se realizează printr-o anumită procedură. Această procedură reglementată de dispozițiile art. 358 din Noul Cod Administrativ conține următoarele etape: (1) Cererea Consiliului Local, a Consiliului Județean, respectiv a Consiliului General al Municipiului București, cerere care trebuie să îndeplinească două condiții. Prima condiție se referă la împrejurarea că bunul respectiv se află pe raza teritorială a unității administrativ – teritoriale care solicită trecerea și plata contravalorii bunului aferentă valorii de inventar actualizate, în condițiile legii. (2) A doua etapă presupune aprobarea acestei cereri prin hotărârea Consiliului Local, a Consiliului Județean, respectiv aprobarea Consiliului General al Municipiului București. (3) Realizarea trecerii prin hotărâre a Guvernului.

Cea de a doua operațiune presupune trecerea unui bun din domeniul privat al unei unități administrativ-teritoriale în domeniul privat al statului, și este reglementată de dispozițiile art. 359 din Cod, dispoziții care prevăd că „(1) Trecerea unui bun din domeniul privat al unei unități administrativ-teritoriale în domeniul privat al statului se face la cererea Guvernului, prin hotărâre a Consiliului Local, a Consiliului Județean, respectiv a Consiliului General al Municipiului București, după caz.(2) Trecerea prevăzută la alin. (1) se face doar cu acordul

Consiliului Local, al Consiliului Județean, respectiv al Consiliului General al Municipiului București, după caz și cu plata contravalorii bunului aferentă valorii de inventar actualizate, în condițiile legii.(3) Cererea prevăzută la alin. (1) se aprobă prin notă înaintată Guvernului de către autoritatea/instituția publică interesată”. În acest caz procedura presupune respectarea următoarelor etape: (1) Cererea Guvernului; (2) Aprobarea cererii prin nota înaintată Guvernului de către autoritatea sau instituția publică interesată; (3) Acordul Consiliului Local, al Consiliului Județean, respectiv al Consiliului General al Municipiului București; (4) Plata contravalorii bunului, aferentă valorii de inventar actualizate, în condițiile legii; (5) Hotărârea Consiliului Local, a Consiliului Județean, respectiv al Consiliului General al Municipiului București prin care se realizează trecerea.

Constatăm astfel și anumite aspecte care pot pune probleme în condițiile în care prin aceste dispoziții se inversează raporturile dintre subiectele de drept implicate. Astfel mai întâi se prevede faptul că se impune aprobarea cererii pe care o formulează Guvernul, Guvernul reprezentând gradul de conducere al întregii administrații publice și șeful ierarhic al autorității sau instituției publice interesate, aprobare care se face prin nota înaintată Guvernului de către aceasta. În al doilea rând faptul că se poate interpreta că autoritatea deliberativă locală exprimă și un acord care se dă printr-o hotărâre, cat și o hotărâre prin care se realizează trecerea. Consideram că acordul despre care se face vorbire în mod distinct se regăsește în aprobarea prin care se face trecerea bunului respectiv în domeniul privat al statului.

Cea de a treia operațiune juridica este trecerea unui bun din domeniul privat al unei unități administrativ-teritoriale în domeniul privat al unei alte unități administrativ-teritoriale, operațiune reglementată de dispozițiile art. 360 din Cod care prevede că: „(1) Trecerea unui bun din domeniul privat al unei unități administrativ-teritoriale în domeniul privat al altei unități administrativ-teritoriale se face la cererea Consiliului Local, a Consiliului Județean, respectiv a Consiliului General al Municipiului București, după caz, prin hotărâre a Consiliului Local, a Consiliului Județean, respectiv a Consiliului General al Municipiului București, după caz. (2) Trecerea prevăzută la alin. (1) se face cu acordul unității administrativ-teritoriale care are în proprietate bunul care face obiectul trecerii și doar în situația în care acesta se află pe raza teritorială a unității administrativ-teritoriale care solicită bunul, cu plata contravalorii bunului aferente valorii de inventar actualizate, în condițiile legii. (3) Cererea prevăzută la alin. (1) se aprobă prin hotărâre a Consiliului Local, a Consiliului Județean, respectiv a Consiliului General al Municipiului București, după caz”.

Aceasta operațiune presupune următoarele etape: (1) Cererea Consiliului Local, a Consiliului Județean, respectiv a Consiliului General al Municipiului București; (2) Acordul unității administrativ – teritoriale care are în proprietate bunul care

face obiectul trecerii; (3) Condițiile că bunul sa se afle pe raza teritorială a unității administrativ – teritoriale pe care îl solicită și plata contravalorii bunului aferentă valorii de inventar actualizate în condițiile legii; (4) Hotărârea Consiliului Local, a Consiliului Județean, respectiv al Consiliului General al Municipiului București care este actul juridic prin care se realizează trecerea. Textul nu prevede cine va adopta această hotărâre motiv pentru care împărtășim punctul de vedere exprimat în doctrina potrivit căruia, dacă cererea o formulează autoritatea deliberativă în patrimoniul căreia urmează să fie trecut bunul măsura de trecere se dispune prin hotărârea organului deliberativ al autorității publice care are în patrimoniul său un bun care se află pe teritoriul altei unități administrativ-teritoriale. Nu împărtășim opinia aceleiași autoare potrivit care ar fi fost de preferat o hotărâre comuna a celor doua autorități deliberative.

Cea de a patra operațiune juridica o constituie operațiunea de trecere a unui bun din domeniul public în domeniul privat al acesteia reglementată de dispozițiile art. 361, alin. 1 din Cod care prevede că: „trecerea unui bun din domeniul public al statului în domeniul privat al acestuia se face prin hotărâre a Guvernului, dacă prin lege nu se dispune altfel”. Această operațiune juridică se realizează prin hotărârea Guvernului dacă prin lege nu se dispune altfel.

A cincea operațiune juridica o constituie operațiunea de trecere a unui bun din domeniul public al unei unități administrativ-teritoriale în domeniul privat al acesteia și se realizează prin hotărârea a Consiliului județean, respectiv al Consiliului General al Municipiului București, ori a Consiliului Local al comunei, orașului sau al municipiului după caz, dacă prin lege nu se dispune altfel. Astfel potrivit art. 361 alin. 2, alin. 3 și alin. 4 „(2) Trecerea unui bun din domeniul public al unei unități administrativ-teritoriale în domeniul privat al acesteia se face prin hotărâre a consiliului județean, respectiv a Consiliului General al Municipiului București ori a consiliului local al comunei, al orașului sau al municipiului, după caz, dacă prin lege nu se dispune altfel. (3) În instrumentele de prezentare și motivare ale hotărârilor prevăzute la alin. (1) și (2) se regăsește, în mod obligatoriu, justificarea temeinică a încetării uzului sau interesului public național sau local, după caz. (4) Actele încheiate cu nerespectarea dispozițiilor alin. (3) sunt lovite de nulitate absolută”.

Ultimele doua operațiuni sunt considerate într-un punct de vedere mai sensibile⁹, în sensul că ele prezintă vulnerabilitatea de a se realiza pentru scopuri care ar trăda interesul public național sau local. în condițiile în care proprietatea publica este inalienabilă, de multe ori în practica s-a putut constata că trecerea din domeniul public în cel privat al aceluiași titular se face pentru a se desființa acest caracter și a crea premisele că bunul respectiv să poată fi înstrăinat.

⁹ Verginia Vedinas, *op. cit.*, p. 232.

Constatăm în raport de această nouă reglementare legală că potrivit art. 361 alin. 3 din Cod s-a prevăzut obligativitatea că în instrumentele de prezentare și de motivare a hotărârilor Guvernului sau a ale autorităților deliberative ale administrației publice – locale să se menționeze justificarea temeinică a încetării uzului sau interesului public național ori local, sancțiunea în cazul nerespectării unei astfel de condiții atrăgând nulitatea absolută a actelor încheiate. Noul Cod administrativ cuprinde dispoziții noi și complete, apreciate de un autor ca fiind dispoziții cu caracter revoluționar¹⁰, necesare în procesul de umplere a unui gol care a avut ca efect nașterea unor operațiuni ilegale sau aflate la limita legalității. În acest sens, constatăm existența a patru mijloace de punere în valoare a bunurilor proprietate privată a statului sau unităților administrativ-teritoriale, respectiv darea în administrare, concesiune, închirierea și darea în folosință gratuită.

Constatăm astfel că, atât normele juridice ce reglementează dispozițiile generale cuprinse în primul capitol al Titlului II al cărții, normele juridice ce reglementează trecerea bunurilor în domeniul privat, cât și normele juridice ce reglementează unele reguli privind exercitarea dreptului de proprietate privată a statului sau a unităților administrativ teritoriale, sunt norme de drept ce intra în categoria acestui „drept de linie”, un drept linear și nu relațional, un drept fără funcții diferite și fără un caracter eclectic, în condițiile în care toate aceste norme se subordonează, „se aliniază”, criteriului exclușunii, criteriu de determinare reglementat în mod expres în art. 354 teza a II-a din Cod.

Concluzii

Scurta analiză a unor reglementări adoptate prin Noul Cod administrativ care privesc, fie condițiile exercitării dreptului de proprietate publică, fie condițiile exercitării dreptului de proprietate privată a statului sau a unităților administrativ-teritoriale ne îndreptățește să concluzionăm că, și în actuala reglementare, a Noului Cod Administrativ, domeniul public este guvernat de norme de drept de „rețea” complexe, instabile și în continua transformare, iar domeniul privat este guvernat de aceleași norme de drept de „linie”, stabile, lineare și simple.

Aceasta deoarece, criteriul exclușunii, ca și criteriu subsidiar ce caracterizează formarea domeniului privat al statului și al unităților administrativ-teritoriale poate fi considerat un criteriu ce fixează linia de demarcație între bunurile care fac parte din domeniul public al statului și al unităților administrativ-teritoriale și bunurile care fac parte din domeniul privat al statului și al unităților administrativ-teritoriale. Acest criteriu „aliniază” categoria normelor juridice care au ca obiect de reglementare domeniul privat al statului și al unităților administrativ-teritoriale și face

¹⁰ *Ibidem*, p. 233.

posibila calificarea acestor norme juridice ca norme ce alcătuiesc acest drept de „linie”.

De cealaltă parte a liniei de demarcație, în zona domeniului public, criteriul excluziunii este dependent de celelalte trei criterii de identificare ale bunurilor care intră în domeniul public al statului și al unităților administrative-teritoriale, respectiv destinația bunului, natura bunului și declarația legii, criterii alcătuite din norme juridice care definesc și formează acest drept de „rețea”, norme complexe, instabile și în continua transformare.

Din conținutul Tezei a II-a a art. 354 din Noul Cod administrativ rezultă aceeași reglementare care exista și anterior în sensul că, potrivit criteriului excluziunii, în domeniul privat al statului sau al unităților administrativ-teritoriale intra toate bunurile aflate în proprietatea lor și care nu fac parte din domeniul public. Cu alte cuvinte, linia de demarcație între domeniul privat și domeniul public este fixată și de „inventarul” bunurilor ce alcătuiesc domeniul public, iar ceea ce nu este cuprins în acest inventar al bunurilor din domeniul public, constituie astfel domeniul privat. Chiar dacă în Noul Cod administrativ au fost incluse reguli noi cu privire la inventarierea bunurilor aflate în domeniul privat al statului și al unităților administrative-teritoriale, această operațiune de inventariere a bunurilor din domeniul privat se subsumează operațiunii de inventariere a bunurilor din domeniul public al statului și al unităților administrativ-teritoriale. Mai mult decât atât, dacă în cazul domeniului public dispozițiile art. 288 și 289 din Noul Cod administrativ fac vorbire despre inventarierea tuturor bunurilor din domeniul public al statului și al unităților administrativ-teritoriale, în cazul domeniului privat, dispozițiile art. 356-357 din Noul Cod Administrativ fac vorbire de inventarierea bunurilor imobile din domeniul privat al statului și al unităților administrativ-teritoriale. În aceste condiții, prin lege se „aliniază” categoria normelor juridice care au ca obiect de reglementare domeniul privat al statului și al unităților administrativ-teritoriale, înscrierea bunurilor imobile în acest inventar aparținând domeniului public având drept izvor normele juridice ce alcătuiesc dreptul de „rețea”.

BIBLIOGRAFIE

- Chelaru Eugen, *Circulația juridică a terenurilor*, Ed. All Beck, București, 1999.
- Chelaru Eugen, *Curs de drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. All Beck, București, 2000
- Chelaru Eugen, *Drept civil–Drepturile reale principale*, ed. 2, Ed. C.H. Beck, București, 2006

- Chelaru Eugen, *Administrarea domeniului public și a domeniului privat*, Ed. C.H. Beck, București, 2008
- Chelaru Eugen, *Curs de drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea NCC*, ed. 4, Ed. C.H. Beck, București, 2013
- Chelaru Eugen, *Teoria generală a dreptului civil*, Ed. C.H. Beck, București, 2014
- Nicolae Marian, *Drept civil. Teoria generală*, vol. 1, Ed. Solomon, București, 2017.
- Puie Oliviu, *Contencios administrativ și fiscal*, Ed. Universul juridic, București, 2019
- Vedinaș Verginia, *Codul administrativ adnotat*, Ed. Universul Juridic, București, 2019
- Vedinas Verginia, Ciochină Daniela, *Unele aspect privind regimul juridic al proprietății publice în jurisprudența instanțelor de judecată*, Ed. Universitara, București, 2014.

TEORIA STRĂPUNGERII VĂLULUI CORPORATIV ÎN JURISPRUDENȚA ANGLO-SAXONĂ

*Drd. Alexandra ISTUDOR**
avocat, Baroul Dolj

Abstract

Given the poor national judicial practice regarding the concept of piercing the corporate veil, the article herein aims to make a brief analysis of the origin of this judicial technique, more precisely to summarize the judicial precedents provided by the anglo-saxon jurisprudence that led to the adoption of the „piercing the corporate veil” notion, such a consideration being indispensable for achieving its goal – to be used by litigants, respectively by the courts of law.

Keywords: *business law, limited liability, contractual obligations, separate legal personality, abuse of legal personality, piercing the corporate veil, social creditors, debts.*

1. Considerații introductive

Într-o accepțiune extinsă, răspunderea asociațiilor poate fi angajată atât pentru datoriile¹, cât și pentru pierderile² societății, aceste două noțiuni nefiind sinonime. Or, atunci când înțelegem a ne referi la noțiunea de răspundere a asociațiilor în sens restrâns, ne raportăm la datoriile societății, nu și la pierderile acesteia. Astfel, conform art. 3 din Legea nr. 31/1990³, în funcție de forma societății, asociații vor

* Școala doctorală a Facultății de Drept, Universitatea din Craiova

¹ Datoria societății, reprezintă într-o opinie (Balteș N., Ciuhureanu A.T. – *Contabilitate financiară*, Ed. Universității Lucian Blaga, Sibiu, 2007, p. 128), obligația exprimată în bani și/sau în diverse alte bunuri sau valori pe care societatea economică, în calitate de debitor, o are față de terțe persoane fizice sau juridice (creditori), fie în baza unor contracte încheiate, fie în baza unor prevederi legale.

² Pierderea societății reprezintă diferența negativă între valoarea scopului atins și cea a mijloacelor aplicate pentru atingerea lui, respectiv atunci când pasivul societății este mai mare decât activul acesteia.

³ Art. 3 din Legea nr. 31/1990 prevede că:

răspunde nelimitat și solidar pentru obligațiile sociale sau numai până la concurența capitalului social subscris.

Răspunderea limitată, întâlnită și sub noțiunea de „hazard moral”⁴, reprezintă obligația societății de a răspunde față de creditori cu toate bunurile sale prezente și viitoare⁵ din patrimoniul său, asociații nefiind răspunzători în niciun fel pentru datoriile societății. Așadar, societatea nu răspunde numai cu bunurile care au intrat în patrimoniul său pe calea aportului social, ci cu toate bunurile care fac parte din activul său indiferent de calea legală prin care acestea au fost obținute⁶.

Constituind o veritabilă problemă de drept, limitarea răspunderii asociaților a format obiectul de analiză atât la nivel legislativ, cât și jurisprudențial la finele secolului al XIX-lea, precedentul legislativ care a condus la înființarea răspunderii limitate fiind reprezentat de Decizia pronunțată de către Camera Lorzilor în cazul Salomon vs. Salomon, atunci când instanța supremă a considerat că existența unui singur acționar real (restul acționarilor fiind fictivi) este suficientă pentru a constata că o societate dispune de o răspundere limitată numai în baza personalității sale juridice⁷.

Raționamentul decisiv în vederea adoptării acestei instituții în Regatul Unit a fost acela de a înlesni atragerea de capital, având drept țintă investitorii neprofesioniști care, în contextul existenței unei răspunderi nelimitate, nu ar mai fi dispuși să investească mijloace bănești într-o întreprindere tocmai pentru că ar fi conștienți că nu dețin suficiente cunoștințe în domeniul afacerilor și, totodată, nu

(1) Obligațiile sociale sunt garantate cu patrimoniul social.

(2) Asociații în societatea în nume colectiv și asociații comanditați în societatea în comandită simplă sau în comandită pe acțiuni răspund nelimitat și solidar pentru obligațiile sociale. Creditorii societății se vor îndrepta mai întâi împotriva acesteia pentru obligațiile ei și, numai dacă societatea nu le plătește în termen de cel mult 15 zile de la data punerii în întârziere, se vor putea îndrepta împotriva acestor asociați.

(3) Acționarii, asociații comanditari, precum și asociații în societatea cu răspundere limitată răspund numai până la concurența capitalului social subscris.

⁴ E. Ferran, *Principles of Corporate Finance Law*, Oxford University Press, New York, 2011, p. 21.

⁵ Art. 2.324 C. civ. prevede că:

(1) Cel care este obligat personal răspunde cu toate bunurile sale mobile și imobile, prezente și viitoare. Ele servesc drept garanție comună a creditorilor săi.

(2) Nu pot face obiectul garanției prevăzute la alin. (1) bunurile insesizabile.

(3) Creditorii ale căror creanțe s-au născut în legătură cu o anumită diviziune a patrimoniului, autorizată de lege, trebuie să urmărească mai întâi bunurile care fac obiectul acelei mase patrimoniale. Dacă acestea nu sunt suficiente pentru satisfacerea creanțelor, pot fi urmărite și celelalte bunuri ale debitorului.

(4) Bunurile care fac obiectul unei diviziuni a patrimoniului afectate exercițiului unei profesii autorizate de lege pot fi urmărite numai de creditorii ale căror creanțe s-au născut în legătură cu profesia respectivă. Acești creditori nu vor putea urmări celelalte bunuri ale debitorului.

⁶ Bodu Sebastian Valentin, „Răspunderea limitată și răspunderea nelimitată a asociaților. Pierderea beneficiului răspunderii limitate.”, *Revista Română de Drept al Afacerilor*, nr. 12/2016.

⁷ P. Halpern, M. Trebilock, S. Turnbull, *An Economic Analysis of Limited Liability. Corporation Law*, University of Toronto Law Journal, 1980, p. 118.

doresc să ocupe funcții de acționari în cadrul companiei, astfel că numai o limitare a riscului la investiția pe care ar efectua-o le-ar fi putut schimba opinia⁸. Printre cei care au îmbrățișat această instituție se numără și Kahn Freund⁹, Gower¹⁰, cazul DHN Food Distribution Ltd. Vs. Tower Hamlets London Borough Council din anul 1976 constituind apogeul influenței juriștilor în vederea înlăturării răspunderii limitate, această doctrină fiind ulterior aplicată și în cazul altor state¹¹.

2. Jurisprudența anglo-saxonă care a constituit bazele instituției „piercing the corporate veil”.

Data fiind importanța spețelor anterior amintite, înțelegem a le expune pe larg în cele ce urmează deoarece reprezintă primele exemple oferite de jurisprudență în vederea instituirii unei modalități prin care instanțele de judecată să poată ridica vâlul corporativ:

2.1. Cazul *Salomon vs. Salomon*¹²

Starea de fapt

Aron Salomon deținea calitatea de unic asociat în cadrul unei companii care avea ca obiect de activitate producerea de încălțăminte. Ulterior, dat fiind că fiii săi doreau să devină partenerii săi de afaceri, a transformat această companie într-una cu răspundere limitată cu mai mulți asociați, aceasta din urmă achiziționând afacerea inițială de la Salomon la un preț excesiv de mare prin raportare la valoarea sa reală.

În urma semnării actului constitutiv Salomon a preluat acțiunile companiei inițiale, primind totodată și o sumă de bani cu titlu de avans de la Edmund Broderip în vederea dobândirii calității de asociat de către acesta din urmă, precum și a jumătate din capitalul social. La scurt timp după ce dl. Salomon a constituit noua companie, a avut loc o scădere a vânzării de pantofi, astfel că persoana juridică a ajuns în imposibilitatea de a-și mai putea respecta obligațiile de plată asumate față de Broderip, care a decis în cele din urmă să intenteze o acțiune în justiție în vederea recuperării creanței sale. Compania a fost lichidată, dlui. Broderip fiindu-i restituită suma plătită cu titlu de avans, soluție care l-a determinat pe Salomon să pretindă la rândul său sumele ce i se cuveneau, fapt care ar fi avut drept consecință neîndestularea creditorilor chirografari ai companiei.

La finele procedurii, lichidatorul judiciar a susținut că Salomon este răspunzător pentru crearea tuturor datoriilor companiei și, mai mult, că prin restituirea

⁸ P.L. Davies, S. Worthington, *op. cit.*, p. 208.

⁹ În lucrarea *Some Reflections on Company Law Reform*, 1944.

¹⁰ În lucrarea *The Principles of Modern Company Law*, 1954.

¹¹ *Precum Canada, Noua Zeelandă și Africa de Sud.*

¹² https://en.wikipedia.org/wiki/Salomon_v_A_Salomon_%26_Co_Ltd (ultima accesare 08 decembrie 2020)

sumelor de bani care i s-ar cuveni acestuia s-ar ajunge la imposibilitatea respectării obligațiilor asumate de către societate față de creditorii săi. De asemenea, lichidatorul a formulat cerere reconvențională prin care a solicitat ca sumele de bani care au fost plătite către Salomon să fie restituite societății, iar obligațiile asumate de acesta să fie anulate, susținând că pârâtul și-a încălcat datoria fiduciară față de compania nou înființată prin vânzarea fostei sale afaceri la un preț excesiv și că întreaga modalitate de constituire a noii companii a fost concepută ca o fraudă împotriva potențialilor creditori chirografari ai acesteia.

Soluția și motivarea instanței

În primă instanță, judecătorul Vaughan Williams a admis cererea formulată de către Broederip împotriva lui Salmon, constatând caracterul incontestabil al părților sociale pe care reclamantul le dobândise prin achitarea în integralitate a sumelor de bani aferente, precum și existența unui drept de regres al companiei împotriva lui Salmon în vederea recuperării despăgubirilor cauzate. Argumentul care a condus prima instanță la adoptarea acestei hotărâri a fost demascarea adevăratelor intenții ale pârâtului, respectiv constatarea faptului că semnatarii actului de înființare ai noii societăți erau simple „marionete” dirijate de Salmon și că în realitate compania îi aparținea numai acestuia din urmă.

Instanța de apel, deși a menținut soluția pronunțată de primul complet, nu a aderat la opinia lui Vaughan Williams referitoare la intenția asociatului (Salmon) de a abuza de privilegiile oferite de lege în ceea ce privește înființarea unei companii cu răspundere limitată, negând totodată că ceilalți asociați au fost simple marionete care se aflau în mâinile sale.

Lindley L.J., expert în dreptul societăților comerciale, a considerat că nu poate fi pusă în discuție contestarea înmatriculării societății, Curtea neputând anula certificatul de înmatriculare chiar dacă va constata că la momentul la care societatea a fost creată a avut în mod cert la baza sa un scop ilicit, această problemă nemaifiind întâlnită până la acel moment în practica judiciară.

Instanța de apel a considerat ca fiind necesar să îi fie recunoscută companiei calitatea de persoană juridică, neputând fi contestată desfășurarea activității pe care a avut-o ca obiect și nici că datoriile corporației au fost contractate în numele acesteia, dându-i totodată dreptate primei instanței în privința celorlalte aspecte. Astfel, Lindley L.J., a opinat că o persoană juridică poate desfășura activități comerciale și suporta datorii ca atare, fiindu-i recunoscut totodată și dreptul la despăgubire în situațiile în care este prejudiciată, respectiv posibilitatea de a le solicita de la persoana în beneficiul căreia a fost desfășurată activitatea. Așadar, instanța de apel a preferat să privească compania ca îndeplinind calitatea de administrator față de Salmon, un administrator care a fost adus într-o situație necorespunzătoare de către cel care a creat-o cu unica intenție de a-i permite să acționeze

contrar dispozițiilor statului. În sens juridic, Lindley L.J. a admis că există posibilitatea ca o companie să fie responsabilă pentru actele și faptele sale, însă a decis să vadă dincolo de acest aspect și să constate că deși în spatele deciziilor luate de către companie a fost numai Salmon, privindu-l așadar ca pe unicul vinovat de starea în care a adus compania, instanța nu poate admite posibilitatea creditorilor de a se îndrepta direct împotriva persoanei fizice, considerând că aceștia pot ajunge la persoana fizică numai prin intermediul persoanei juridice, recunoscându-le astfel dreptul de a intenta o acțiune numai împotriva corporației.

Mai mult, instanța de apel a considerat că răspunderea lui Salmon în ceea ce privește despăgubirile pe care le datorează corporației sunt o consecință juridică a formării societății cu scopul de a obține beneficii contrare dispozițiilor legale, răspunderea sa personală având la bază tocmai scopul ilicit pentru care aceasta a fost creată și modalitatea în care a înțeles să o administreze (ca pe un mecanism menit să fraudeze creditorii, respectiv un sistem care să-i permită persoanei fizice să efectueze tranzacții pentru care nu-i va putea fi angajată răspunderea, care să poată suporta datorii în nume propriu și ale cărui active să poată fi epuizate prin obligațiile asumate, fără ca persoanei fizice să-i poată fi angajată răspunderea).

Este de reținut că pe întreaga durată a acestui proces, în Camera Lorzilor a existat o opinie atipică, respectiv cea a Lordului Macnaghten care a considerat că nu este nimic în neregulă cu faptul că Salmon a profitat de prevederile legislative ale statutului, respectiv de șansa de a constitui o afacere cu scopul ilicit de a fraudă creditorii dacă legiuitorul a permis acest lucru. Acesta a susținut că Salmon a beneficiat de dreptul de a acționa într-o manieră vădit ilicită atât timp cât adoptarea unui astfel de comportament i-a fost permisă de lege, judecătorii nefiind îndreptățiți să-i limiteze acest drept dacă statutul nu a înțeles să reglementeze prevederi în sensul acestei accepțiuni. Susținerile sale au culminat cu vehemența cu care a criticat raționamentul judecătorilor, considerând că este incomprehensibilă situația în care o persoană juridică capabilă conform statutului își poate pierde individualitatea, statuând totodată că este inadmisibilă constatarea vinovăției asociaților pentru faptele companiei, aceste idei fiind vădit contrare intenției legiuitorului.

***2.2. DHN Food Distribution Ltd. Vs. Tower Hamlets London Borough Council*¹³**

Starea de fapt

DHN Food Distribution, societate al cărei obiect de activitate este constituit din importul de produse alimentare și aprovizionarea clienților, deținea două spații în

¹³ https://en.wikipedia.org/wiki/DHN_Food_Distributors_Ltd_v_Tower_Hamlets_LBC (ultima accesare 09 decembrie 2020).

care își desfășura efectiv îndatoririle, unul dintre acestea aparținând filialei Bronze Investments Ltd. care avea la rândul său alte trei locații în care societatea își depozita alimentele, iar celălalt filialei Food Transport Ltd, în a cărei posesie se aflau autovehiculele.

În anul 1970, Tower Hamlets London Borough Council a achiziționat sediul filialei Bronze de la societatea mamă pentru a construi locuințe pe întreaga suprafață de teren, tranzacția fiind efectuată către filiala Bronze Investments Ltd. Este important de menționat că la momentul încheierii contractului afacerea principală era deținută de către societatea-mamă, D.H.N. Food Distributors Ltd., terenul aparținea filialei Bronze Investments Ltd., iar vehiculele se aflau în stăpânirea filialei D.H.N. Food Transport Ltd., însă compania-mamă era cea care deținea în integralitate acțiunile societăților, iar în cadrul acestora erau numiți aceiași directori.

Ulterior, dat fiind că societatea care a achiziționat terenul i-a cauzat numeroase tulburări pe durata exercitării proprietății, societatea-mamă a intentat acțiune în vederea obligării acesteia la plata unor sume de bani cu titlu de despăgubiri pentru acțiunile sale contrare bunei-credințe.

În apărarea sa, Tower Hamlets London Borough Council a susținut că societatea-mamă nu are dreptul la despăgubiri pentru tulburările care i-au fost cauzate deoarece acestea le-au fost produse în fapt celorlalte două societăți (nu însăși societății-mame). Unicitatea și inexplicabilul speței au constatat în recunoașterea de către pârâtă a posibilității societății reclamante de a face creanța să devină inexpugnabilă prin transmiterea terenului deținut de către filiala Bronze societății-mame, moment care ar fi conchis cu dobândirea dreptului de a cere despăgubiri (de către societatea-mamă) înainte de a intenta procesul, dar pentru că nu au procedat astfel, se aflau în imposibilitatea de a obține o hotărâre favorabilă, aceste trei societăți trebuind să fie privite distinct.

Av. Dobry, reprezentant al D.H.N., a contrazis aceste argumente și i-a solicitat instanței să se pronunțe asupra următoarelor aspecte: să constate că societatea-mamă are un interes în ceea ce privește terenul care a format obiectul dedus judecății, că aceasta avea o licență irevocabilă asupra terenului și, nu în ultimul rând, i-a solicitat să ridice vâlul corporativ și să trateze societatea-mamă ca fiind adevăratul proprietar al terenului, în vederea susținerii acestui ultim punct aducând ca argument cele afirmate de profesorul Gower¹⁴, conform căruia „Există dovezi ale unei practici generale de a ignora entitățile juridice separate ale diferitelor companii din cadrul unui grup și de a privi entitatea economică ca fiind un întreg” cu atât mai mult cu cât societatea-mamă deține toate acțiunile filialelor sale, acestea din urmă fiind controlate în totalitate de către societatea-mamă. Av. Dobry a continuat prin implementarea ideii că acest grup de societăți trebuie să fie privit ca un parteneriat, neputându-li-se aplica un tratament distinct doar

¹⁴ Professor Gower, *Modern Company Law*, 3rd. Ed. (1969), p. 216.

pentru că prevederile legislative în această materie sunt tehnice, acest grup neputând fi privat de dreptul la o compensație bănească pentru pagubele pricinuite de Tower Hamlets London Borough Council.

Soluția și motivarea instanței

Prima instanța a considerat plata ca fiind valabilă, respectiv ca și când aceasta ar fi fost făcută direct societății-mame, argumentul care a stat la baza acestui raționament fiind acela că cele două societăți făceau parte dintr-o singură entitate economică. Judecata Lordului Denning MR s-a bazat pe ideea că toate cele trei societăți puteau fi privite ca un întreg (acesta folosind pe întreaga durată a procesului noțiunea de „societate” atunci când se referea la oricare dintre cele trei), denumind prezenta speță „trei într-unul” și, alternativ „unul din trei”.

Raționamentul expus de apărătorul societății Tower Hamlets London Borough Council a fost cel preluat și de Tribunal care, la momentul judecării cauzei a constatat că D.H.N. nu are niciun interes asupra terenului care se afla în proprietatea filialei sale, astfel că nu are dreptul de a pretinde despăgubiri în numele acesteia. Mai mult, acesta a considerat că societatea-mamă nu a depășit la momentul potrivit punctul tehnic, adică nu a efectuat transmiterea dreptului de proprietate înainte de a dobândi calitatea de reclamant, neputând să susțină că are dreptul la despăgubire decât societatea care avea calitatea de proprietar al terenului.

În cele din urmă judecătorul Goff LJ, și-a motivat decizia astfel: „Contabilitatea adoptată de către reclamanți este într-adevăr, în foarte multe privințe, nefericită și inexactă, motiv pentru care acest caz a ajuns să fie unul complicat, deși speța în sine este una extrem de simplă. În opinia mea, cazul dedus judecării trebuie să fie analizat prin raportare la toate cele trei aspecte învederate de către reprezentantul convențional al reclamantei. Astfel, în ceea ce privește dreptul de proprietate al societății-mame asupra terenului care a format obiectul judecării, D.H.N. poate fi privită ca adevăratul proprietar, de vreme ce aceasta a fost cea care a achiziționat terenul (respectiv cea care a achitat creditul bancar), interesul său fiind dovedit cu atât mai mult cu cât există un raport contractual între societatea-mamă și filială prin care prima are un drept de folosință asupra terenului, pe care eu înțeleg să îl privesc ca pe un drept de proprietate¹⁵. În al doilea rând, dacă cele amintite anterior nu sunt suficiente în vederea conturării unei opinii, socotesc că prezenta speță constituie unul din cazurile în care instanța are dreptul să privească realitatea faptelor și să străpungă vălul corporativ. Găsesc sprijin în vederea susținerii deciziei pe care o voi pronunța într-o serie de cazuri pe care le voi aduce în discuție în cele ce urmează: în cazul Harold Holdworth & Co Wakefield

¹⁵ S-a bazat și pe decizia adoptată în cazul *Horn vs. Sunderland Corporation* din 1941 adus ca exemplu de jurisprudență de către dl. Eyre, pe decizia pronunțată în cazul *Binions vs. Evans* din anul 1972, precum și pe cărțile care analizau această temă, respectiv cele scrise de *Carne's Settled Estates* (1899) și *Re Boyer's Settled Estates*.

Ltd vs. Caddies din anul 1995, Lordul Reid a opinat contrar jurisprudenței unitare de la acel moment când filialele erau privite ca persoane juridice distincte din pricina faptului că se aflau sub controlul propriului consiliu de administrație, iar din punct de vedere legislativ consiliul societății-mame nu putea atribui nimănui sarcini în vederea administrării filialelor din subordinea sa, considerând că acestea sunt argumente pur tehnice, în fapt fiind vorba despre un acord in re mercatoria care trebuie să fie interpretat în concordanță cu realitatea. Astfel, a constatat că societatea-mamă deținea întregul capital social al British textile Manufacturing Co Ltd. și, în conformitate cu acordul din 1947, atât societatea-mamă, cât și filialele aveau aceiași directori care le controlau activitatea. Consider așadar că această motivare este deosebit de convingătoare cu atât mai mult cu cât însuși Eyre a fost constrâns să admită ușurința cu care reclamanta ar fi avut câștig de cauză dacă ar fi putut anticipa ceea ce urma să se întâmple și ar fi întreprins demersurile necesare. De asemenea, în cazul Scottish co-operative Wholesale Society Ltd vs. Meyer din anul 1959, vicontele Simonds a afirmat că opinia sa nu ar putea fi mai ușor de explicat decât prin reamintirea cuvintelor regretatului președinte, Lord Cooper, la prima audiere realizată în cadrul aceluși dosar, care a susținut că dispozițiile legislative garantează instanței dreptul de a examina realitățile comerciale ale unei situații, precum și că acestea nu limitează instanța de judecată la o viziune pur tehnică. A treia mențiune pe care o aduc în discuție privește hotărârea adoptată de către Danckwerts Ljîn cazul Merchandise Transport Ltd/British Transport Commission, când s-a afirmat că în realitate, dacă caracterul unei companii sau natura persoanelor care o dețin este privită ca o caracteristică relevantă, se impune ca instanța să meargă dincolo de statutul societății, respectiv să nu o privească ca pe o simplă persoană juridică, societatea însăși fiind incapabilă să întreprindă orice demers fără a fi dirijată de către oamenii care se află în spatele său. În concluzie, apreciez că D.H.N. a fost cea care a contractat creditul bancar în numele filialei Bronze și, mai mult, din dovezile depuse la dosar rezultă fără putință de tăgadă că D.H.N. era societatea care achita ratele care au fost contractate în vederea dobândirii dreptului de proprietate asupra terenului stăpânit în acte de către Bronze, astfel că toate cele trei capete de cerere sunt admisibile”.

2.3. Prest vs. Petrodel Resources Ltd¹⁶

Starea de fapt

Yasmina Prest și fostul său soț s-au căsătorit în anul 1993 și au divorțat în anul 2008, aceasta solicitând instanței ca în temeiul art. 23 și art. 24 din Legea privind clauzele matrimoniale să admită cererea de scutire accesorie împotriva

¹⁶ https://en.wikipedia.org/wiki/Prest_v_Petrodel_Resources_Ltd (ultima accesare 26 decembrie 2020).

companiilor offshore deținute exclusiv de Michael Prest, respectiv să constate că cei doi soți dețin în coproprietate bunurile dobândite în timpul căsătoriei. Yasmina a susținut și că fostul său soț nu a respectat ordinele de divulgare completă și sinceră a poziției sale financiare, lipsind prin reaua sa credință companiile pe care le dețineau de dreptul la apărare.

Soluția și motivarea instanței

Moylan J, judecător în cadrul Înaltei Curți, a considerat că dl. Prest avea capacitatea de a transfera proprietățile în practică, astfel că avea dreptul la acestea în conformitate cu art. 24 din MCA 1973. Prin urmare, instanța avea competența de a emite un ordin de transfer, motiv pentru care i-a pus în vedere acestuia să transmită către fosta soție șase proprietăți și un drept de participare la cea de-a șaptea¹⁷.

Curtea de apel, cu majoritate de voturi, a admis apelul formulat de companii, considerând că practica de a trata activele companiilor deținute în mod substanțial de un singur soț nu pot fi disponibile în vederea distribuirii în conformitate cu art. 24 din MCA, aceasta depășind jurisdicția instanțelor cu excepția cazului în care personalitatea corporativă a companiei a fost abuzată. Forma corporativă trebuia să fie utilizată într-un scop necorespunzător sau trebuia demonstrat că aceste companii dețineau proprietățile care îi aparțineau dlui. Prest. Or, dat fiind că Munby J respinsese aceste posibilități, decizia sa a fost considerată nelegală.

În apărarea judecătorului Munby J a intervenit, Thorpe LJ, care a susținut că, atât timp cât a durat căsătoria, beneficiile obținute de companiile soțului le-au procurat ambilor soți un stil de viață extravagant, iar acest lucru a fost posibil deoarece companiile erau deținute în integralitate de soț și nu existau interese terțe, acesta din urmă ignorând toate prevederile legale în materia societăților, însă odată cu destrămarea căsătoriei, soțul a recurs la o serie de strategii pentru a-și priva soția de sumele de bani cu care aceasta era obișnuită.

Curtea Supremă a anulat în unanimitate decizia Curții de Apel și a considerat că dl. Prest deținea în fapt activele companiilor Petrodel Resources Ltd., acesta fiind singurul care a contribuit la plata prețului de achiziție al acestora. Instanța supremă a considerat că nu era necesar să străpungă vălul corporativ, și că, din situația de fapt reiese fără putință de tăgadă că dl. Prest a fost singurul care a avut dreptul la activele companiilor sale în temeiul art. 24 din Legea privind cauzele matrimoniale, instanța având astfel competența de a-i pune în vedere acestuia să transfere jumătate din valoarea proprietăților către dna. Prest.

¹⁷ <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2011/2956.html> (ultima accesare 26 decembrie 2020) – England and Wales High Court (Family Division) Decisions – Decizia nr. 2956.

Lordul Sumption a afirmat că există o putere limitată în ceea ce privește străpungerea vălului corporativ, și anume atunci când ne aflăm în prezența unei obligații legale existente a cărei proveniență trebuie să fie eludată, fraudă constituind rezultatul acesteia. Un vâl ar putea fi străpuns numai în scopul de a priva compania sau persoana care se află în spatele acesteia de avantajul pe care l-ar obține de la personalitatea juridică separată a companiei. Or, în prezenta speță nu au existat dovezi că dl. Prest a înființat companiile pentru a evita îndeplinirea vreunei obligații ce ar fi fost instituită în sarcina sa în cadrul procedurii de divorț, astfel că nu este justificată străpungerea vălului corporativ¹⁸. Mai mult, acesta a considerat că inclusiv art. 24 din MCA 1973 prevede același lucru, invocarea conceptului de proprietate neînsemnând ceva distinct în cadrul procedurii matrimoniale. Cu toate acestea, pe baza faptelor concrete, în sarcina companiilor Petrodel Resources Ltd. s-ar putea institui obligația de a transfera proprietățile conform secțiunii 24 din MCA, deoarece acesteia din urmă îi aparțineau în drept. Dovezile erau neclare, dar acest lucru se datora obstrucției și faptelor frauduloase ale dlui. Prest.

Lordul Sumption a afirmat că „Nici o instanță din această țară nu va permite unei persoane să păstreze un avantaj pe care l-a obținut prin fraudă. Nici o hotărâre a unei instanțe, nici un ordin al unui ministru nu vor putea fi valide dacă au fost obținute prin fraudă.”. Acest principiu este familiar în principal în contextul contractelor și al altor acorduri consensuale în care efectul fraudei este acela de a vicia consimțământul celeilalte părți astfel încât tranzacția să devină anulabilă ab initio, dar a fost aplicat mult mai general, de exemplu pentru a justifica anularea unui act public, cum ar fi o hotărâre care nu este consensuală, o jurisdicție existentă din anul 1775¹⁹, sau abrogarea unui drept derivat dintr-un statut legal, cum ar fi căsătoria²⁰, ori eliminarea unui termen legal care se aplică cu prioritate aplicării dispozițiilor prevăzute în statut²¹. Aceste decizii ilustrează un principiu care guvernează cazurile în care beneficiul unor principii juridice aparent absolute a fost obținut prin fraudă. Autoritățile arată că există circumstanțe limitate în care legea tratează utilizarea unei companii ca un mijloc de a obține un beneficiu ilicit. Aceste considerații reflectă principiul mai larg conform căruia vâlul corporativ poate fi străpuns doar pentru a preveni abuzul de personalitate juridică corporativă. Poate fi considerat abuz al personalității juridice și folosirea unei companii pentru a se sustrage de la dispozițiile legii sau pentru a se ascunde în spatele unei norme legale în vederea obținerii unui scop ilicit. Nu poate fi considerat un abuz

¹⁸ Același raționament fiind utilizat și în cauza Gilford, Jones, Gencor, Trustor.

¹⁹ Cazul Duchess of Kingstons din anul 1775, 1 Leach 146, 168 ER 175. <http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1776/16.pdf> (ultima accesare 27 decembrie 2020).

²⁰ R vs. Secretary of State for the home department, Ex p Puttick din 1981 QB 767.

²¹ WelWyn Hatfield Borough Council vs. Secretary of State for Communities and Local Government din anul 2011 2 AC 304.

crearea contextului în care să poată fi angajată răspunderea unei companii. De asemenea, nu constituie abuz nici situația în care ne bazăm pe faptul că răspunderea aparține acționarului și nu companiei, dimpotrivă, despre asta este vorba în ceea ce privește instituția străpunerii vălului corporativ.

Ca o concluzie, acesta a afirmat că există un principiu limitat al dreptului britanic care se aplică atunci când o persoană se află sub imperiul îndeplinirii unei obligații, al răspunderii legale sau este supusă unei restricții legale existente, de la care se sustrage în mod deliberat sau a cărei executare o fraudează prin interpunerea unei companii aflate sub controlul său. În acest context, instanța poate străpunge vălul corporativ numai în scopul de a nu priva compania de avantajul pe care de altfel l-ar fi obținut prin personalitatea distinctă a acesteia. Principiul este descris ca fiind limitat, deoarece în aproape toate cazurile în care acest test este realizat, faptele pot dezvălui, în practică, o relație juridică între companie și acționarul său, ceea ce va face inutilă străpungerea vălului corporativ. Or, faptul că activele investite legal în cadrul unei companii sunt deținute în totalitate de acționarul său este o problemă specifică acestei instituții a străpunerii vălului corporativ. Deși nu este posibil să se ofere îndrumări generale cu depășirea principiilor și prezumțiilor de echitate, Lordul Sumption a sugerat că, oricât de provizorie ar fi această măsură, în cazul regimului matrimonial, faptele sunt suficiente pentru a se deduce ideea că proprietatea a fost deținută de unul dintre soți cu încrederea celuilalt soț că acesta o va administra în mod corespunzător. În sprijinul acestei opinii vine și situația de fapt conform căreia cei doi soți locuiau în una din proprietățile deținute de către companie. În mod normal, opinia va înclina în favoarea soțului care controlează compania, acesta urmând să păstreze un grad de control asupra locuinței matrimoniale care nu poate fi confundată cu proprietatea deținută efectiv de companie. Astfel, dacă presupunem că achiziționarea și ocuparea locuinței matrimoniale au fost realizate de către unul dintre soți în calitatea sa de persoană fizică, iar de cealaltă persoană în calitatea sa de persoană juridică, judecătorii, prin exercitarea jurisdicției familiale, sunt îndreptățiți să fie sceptici în ceea ce privește termenii în care a fost exercitată folosința locuinței matrimoniale, aceștia conducând într-adevăr la opinia că este vorba de o farsă pentru a se putea ascunde realitatea.

3. Scurte concluzii

Așadar, vălul corporativ din dreptul societăților britanice a fost străpuns foarte rar inițial, însă după o serie de încercări ale Curții de Apel de la sfârșitul anilor 1960 și începutul anilor 1970 de a stabili o teorie a realității economice și o doctrină de control pentru ridicarea vălului corporativ, Camera Lorzilor a reafirmat o abordare ortodoxă în ceea ce privește modalitatea de aplicare a acestei instituții.

Lordul Neuberger a subliniat că străpungerea vălului corporativ ar trebui să fie utilizată în ultimă instanță. Acesta a menționat că în cadrul altor țări ale commonwealth-ului a existat o aplicare redusă a acestei instituții²², precum și că în Australia „nu există un principiu comun, unificator, care să stea la baza deciziei instanțelor în vederea străpunerii vălului corporativ”, respectiv că „nu există o abordare principială care să poată fi derivată de la autorități”²³, iar în Canada, „[legea] cu privire la care o instanță de judecată se raportează în momentul în care constată că se impune ridicarea vălului corporativ nu urmează niciun principiu concret”²⁴, conchizând cu ideea că în Noua Zeelandă, „străpungerea vălului corporativ nu este considerat un principiu”. Această instituție poate descrie un proces, însă nu poate oferi nicio îndrumare cu privire la momentele concrete în care se impune utilizarea sa²⁵. În Africa de Sud, „[legea] este departe de a fi concretă în ceea ce privește circumstanțele în care este permisă străpungerea vălului corporativ”²⁶. Această situație a putut fi observată și în dreptul societăților comerciale din SUA, și în recenziile academice²⁷. Așadar, acesta a considerat că, deși această doctrină este limitată, acest fapt nu poate limita cazurile în care poate fi aplicată această instituție.

²² United Kingdom Supreme Court [2013] UKSC 34: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2013/34.html> (ultima accesare 04.01.2021).

²³ Briggs vs. James Hardie & Co Pty Ltd, (1989) 16 NSWLR 549, 567.

²⁴ Kosmopoulos vs. Constitution Insurance Co., 1987 CanLII 75.

²⁵ Attorney-General vs. Equiticorp Industries Group Ltd (In Statutory Management), 1996 1 NZLR 528, 541.

²⁶ Cape Pacific Ltd vs. Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd and Others, 1995, ZASCA 53 at pp. 802-803, 1995 (4) SA 790 (AD), 19 May 1995, Supreme Court of Appeal (South Africa).

²⁷ [2013] UKSC 34, pp. 76-77.

TRANSCRIEREA NUMELUI INTRĂ SUB INCIDENȚA ART. 8 C.E.D.O.? JURISPRUDENȚA Ct.E.D.O.¹

Av. dr. Oana Nicoleta RETEA²
Baroul Dolj

Abstract

The conditions, procedure and effects of the name translated into the mother tongue or through the use of the spelling of the mother tongue fall within the scope of article 8 of the European Convention on Human Rights as results from the jurisprudence of the European Court of the Human Rights.

Key words: *right to name, article 8 C.E.D.O., protection, case law*

Preliminarii

Numele³ nu este doar un atribut pur individual ci și un drept al familiei motivat de prerogativa descendenților de a putea acționa în direcția protejării numelui strămoșilor lor, nefiind condiționați de purtarea acestui nume, dar și de inacțiunea din partea unor membri ai familiei în sensul apărării unui nume care nu afectează în niciun fel intervenția și acțiunea celorlalți în scopul protejării patrimoniului familial⁴. Astfel, numele aparține atât drepturilor personalității⁵ cât și stării persoanei, fiind deopotrivă rezultat din filiație, dar și purtător al

¹ „Această lucrare a fost finanțată din contractul POCU380/6/13/123990, cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Capital Uman 2014-2020”.

² Doctor în drept, Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova; e-mail: retea.oana.nicoleta@gmail.com.

³ Pentru o analiză completă a dreptului la nume- atribut de identificare al persoanei fizice a se vedea: O.N. Retea, *Dreptul la nume. Jurisprudență națională și europeană*, Ed. C.H. Beck, București, 2018.

⁴ O. Ungureanu, *Uzurparea și utilizarea abuzivă a numelui*, în Revista Română de Drept Privat nr. 2/2007, p. 227.

⁵ O.N. Retea, *Dreptul la nume – Atribut de identificare. Drept al personalității*, Uniformizarea dreptului-efecte juridice și implicațiile sociale, politice și administrative / Uniformisation of the law-legal effects and social, political, administrative implications, Ed. Hamangiu, Iași, pp. 19-26.

identității⁶ persoanei. Totodată, funcția numelui⁷ de mijloc de a individualiza⁸ o persoană în societate și în familie, a determinat o aplicare a dispozițiilor din dreptul privat, respectiv dreptul public⁹. Convenția europeană a drepturilor omului nu reglementează expres la dreptul la nume¹⁰ contrar altor documente internaționale de protecție a drepturilor omului, precum: Pactul Internațional cu privire la drepturile civile și politice¹¹ (art. 24 par. 2), Convenția O.N.U. din 20 noiembrie 1989 privitoare la drepturile copilului¹² (art. 7 și art. 8), Convenția interamericană a drepturilor omului (art. 18).

De-a lungul anilor, Curtea Europeană a Drepturilor Omului (Ct.E.D.O.) a apreciat că dreptul unei persoane la nume și la prenume¹³, ca atribut de identificare al unei persoane și ca mijloc prin care se evidențiază o conexiune cu o familie determinată, trebuie inclus în aria de aplicare a articolului 8 sau în structura noțiunii de „viață privată”¹⁴. Inclusiv condițiile, procedura și efectele înscrierii de mențiuni asupra actelor de stare civilă a numelui retradus în limba maternă sau prin utilizarea ortografiei limbii materne, în cazul în care acesta a fost tradus ori scris cu ortografia unei alte limbi decât cea care are statutul de limbă maternă¹⁵, întră sub incidența art. 8 C.E.D.O.

De remarcat, faptul că operațiunea de „re-transcriere”¹⁶ a numelui/pre numelui nu vizează o schimbare a numelui de familie ci mai degrabă o traducere sau, o scriere a numelui de familie și a pre numelui cu ortografia limbii materne¹⁷. Deși

⁶ C.A. Drumea, *Dreptul la identitate*, (<http://www.juridice.ro/288515/dreptul-la-identitate-2.html>) cu ultima accesare la data de 13.05.2020.

⁷ I. Dogaru, S. Cercel, *Drept civil. Persoanele*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, pp. 114-158.

⁸ O.N. Retea, *Right to A Name. Insight into the Evolution of Legal Provisions*, „Journal of Law and Administrative Sciences”, nr. 3, 2015, pp. 168-179.

⁹ O.N. Retea, *Right to a name according to the New Romanian Civil code*, „Revista de Științe Juridice”, Ed. Universul Juridic, București, nr. 1, 2016, pp. 71-81.

¹⁰ W. Pintens în Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann, Andreas Stier, *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 1036.

¹¹ România a ratificat Pactul la 31 octombrie 1974 prin Decretul nr. 212, publicat în B. Of. nr. 146 din 20 noiembrie 1974.

¹² Republicată în M. Of. nr. 314 din 13 iunie 2001.

¹³ R. Chiriță, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentarii și explicații*, Vol. II, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 43.

¹⁴ L. Heffernan, *Human rights: a European perspective*, Round Hall Press, Dublin, 1994, pp. 155-156.

¹⁵ D. Lupulescu, A.M. Lupulescu, *Atributele de identificare ale persoanei fizice*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 137.

¹⁶ Pentru detalii privind procedura de retranscriere prevăzută în legislația națională a se vedea. O.N. Retea, *Conținutul procedurii de retranscriere a numelui: cazul Runiewicz-Wardyn în Administrația publică și statul de drept*, coord G. Gîrleşteanu, Ed. Universul Juridic, București, 2016, pp. 177-186.

¹⁷ D. Lupulescu, A.M. Lupulescu, *Atributele de identificare ale persoanei fizice*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 136.

se realizează tot la cerere și pe cale administrativă, retranscrierea numelui de familie nu se poate confunda cu schimbarea acestuia. Comparativ cu instituția schimbării numelui prin procedura administrativă unde se înlocuiește un nume de familie cu un altul, în cazul transcrierii numelui are loc rescrierea aceluiași nume cu ortografia limbii materne, sau o retraducere a acestuia în limba maternă¹⁸.

Astfel, numele unei persoane ține de viața sa privată și de familie, inclusiv procedura de re-transcriere a acestuia, Ct.E.D.O. reținând sau nu o încălcare a art. 8 C.E.D.O., așa cum vom observa în continuare, în cauzele pe care le vom prezenta.

Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului

În **cauza Bulgakov împotriva Ucrainei**¹⁹, *Dmitriy Vladimirovich Bulgakov s-a născut în 1974 și locuiește în orașul Simferopol, Republica Autonomă Crimeea (Ucraina). Numele complet al acestuia, cetățean ucrainean de origine rusă, este, în chirilică, „Дмитриу Владимирович Булгаков” (Dmitriy Vladimirovich Bulgakov). Dmitriy este primul său nume dat; Bulgakov este numele de familie, în timp ce Vladimirovici este „patronimicul” (otchestvo în rusă, po-bat'kovi în ucraineană) – cu alte cuvinte, un al doilea nume dat, derivat din prenumele tatălui și sufixul de gen corespunzător. Certificatul său de naștere a fost emis în limba rusă. La 21 septembrie 1990, când locuia pe teritoriul fostei Ucrainei sovietice, reclamantul a primit primul pașaport sovietic, eliberat în limba rusă și ucraineană. Potrivit acestuia, în versiunea ucraineană, numele și patronimicul său au fost transliterate din rusă sub denumirea de „Дмитриу Владимирович” (Dmitriy Vladimirovich). Potrivit Guvernului, numele și patronimicul acestuia nu ar putea apărea în versiunea ucraineană decât în forma sa ucraineană – „Дмитро Володимирович” (Dmytro Volodymyrovych), întrucât regulile de la acea vreme nu cunoșteau excepții.*

În 1993, reclamantul și-a pierdut pașaportul și, având în vedere lipsa unor noi forme de pașaport ucrainean, i s-a eliberat un certificat special de identitate, temporar, redactat în limba rusă. În decembrie 1997, acesta a solicitat și a primit pașaportul intern al cetățeanului ucrainean emis de autoritățile din Crimeea (pagina 2 a acestui document este redactată în limba ucraineană, iar numele și prenumele solicitantului apar în forma lor ucraineană „Дмитро Володимирович” – Dmytro Volodymyrovych). Cu toate acestea, la pagina 3 a pașaportului, care este în limba rusă, întregul său nume este scris în forma sa originală rusă.

¹⁸ C. Stătescu, *Drept civil. Persoana fizică. Persoana juridică. Drepturile reale*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1970, p. 143.

¹⁹ a se vedea site-ul Ct.E.D.O.<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:0eS0tsiqax0J:hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-82241%26filename%3D001-82241.pdf&cd=2&hl=ro&ct=clnk&gl=ro>, cu ultima accesare pe 05.06.2021.

În iunie 1998, acesta a solicitat la Direcția pentru pașaportul unui cetățean ucrainean pentru călătorii în străinătate un „pașaport extern”. Din dosarul cauzei reiese că, la depunerea cererii sale, reclamantul a fost obligat să completeze și să semneze un formular pe care și-a dat numele de persoană ca Dmytro. Această formă „ucrainizată” a numelui său de persoană („ДМИТРО / DMYTRO”) apare pe prima pagină a pașaportului, care este în limba ucraineană și engleză; nu se menționează patronimicul. Reclamantul a contestat această „ucrainenizare”, instanța a notat că ortografia în litigiu respectă reglementările relevante, care prevedeau că toate mențiunile de pe prima pagină a pașaportului extern trebuiau să fie în limba ucraineană și engleză. Instanța a mai reținut că toate mențiunile principale dintr-un astfel de pașaport erau aceleași cu mențiunile corespunzătoare din pașaportul intern eliberat aceleiași persoane. Pe prima pagină a pașaportului său intern, numele de persoană al reclamantului fusese introdus ca Dmytro; în consecință, această ortografie trebuia folosită și în pașaportul extern. În plus, instanța a subliniat că reclamantul însuși și-a scris numele de Dmytro pe formularul de cerere de pașaport; în consecință, obiecțiile sale erau nefondate. Într-o hotărâre din 2 februarie 2000, Curtea Supremă din Crimeea a respins apelul și a confirmat constatările instanței de fond. Reclamantul a depus ulterior mai multe cereri la parchet și la președintele Curții Supreme a Crimeei pentru revizuirea deciziei finale, toate fiind respinse.

Reclamantul a făcut recurs împotriva acestei hotărâri la Curtea Supremă din Crimeea care, printr-o hotărâre din 30 august 2000, a respins recursul său. În opinia Curții Supreme, dispoziția prin care datele personale ale titularului trebuiau să apară „în ucraineană și în rusă” însemna într-adevăr că numele, patronimicul și prenumele „să respecte cerințele limbii ucrainene, în aplicarea reguli care guvernează traducerea literară”. La fel ca Tribunalul de Primă Instanță, Curtea Supremă a adăugat că nu a existat nicio încălcare a dreptului la integritatea numelui cuiva în acest caz, întrucât toate mențiunile de la pagina 3 a pașaportului au fost în limba rusă²⁰.

În fața Ct.E.D.O., reclamantul a arătat că nu solicită schimbarea numelui său de familie sau a patronimicului. Singura sa cerere se referea la utilizarea generală a formei lor originale – rusești. În această privință, el a subliniat că, atunci când numele și patronimicul „Dmitriy Vladimirovich” au fost transcrise ca „Dmytro Volodymyrovych”, acestea sunau complet diferite. Acest lucru ar putea pune probleme, în special în Crimeea, unde majoritatea populației vorbea rusă și unde existau încă sentimente anti-ucrainene. Acesta a prezentat o serie de inconveniente practice pe care le suferise ca urmare a adoptării formei „ucrainizate a numelui său. Astfel, toate documentele oficiale emise de autoritățile ucrainene conțineau doar

²⁰ Bulgakov împotriva Ucraina, Ct.E.D.O., hotărârea din 31.03.2008, par. 8-24.

versiunea „Dmytro Volodymyrovych” și practic niciodată „Dmitriy Vladimirovich”. În plus, chiar și atunci când a călătorit în Rusia, autoritățile ruse au refuzat să ia în considerare forma rusă a numelui său de persoană, pe motiv că singura formă inclusă în pașaportul său extern era „Dmytro”.

Totodată, reclamantul a explicat că nu a cerut niciodată ca numele său de persoană și patronimicul să fie introduse în documentele ucrainene folosind ortografia rusă așa cum era, și anume „Дмитрий Владимирович”. Cu alte cuvinte, el a acceptat pe deplin ca litera chirilică u (И) să fie schimbată în i pentru a păstra pronunția cât mai fidel posibil.

În cauza Bulgakov împotriva Ucraina, măsura în litigiu depășește simpla transliterare sau adaptare gramaticală (Dmitriy Vladimirovich la Dmytro Volodymyrovych). În acest sens, Curtea a constatat că, în Ucraina, pașaportul intern (care este documentul de identitate standard) conține două pagini principale; una este redactată în ucraineană, cealaltă în rusă. Pe aceste două pagini, numele și prenumele titularului sunt introduse, respectiv, în conformitate cu sistemul de ortografie al ambelor limbi. În plus, prenumele și prenumele în ucraineană, rusă și bielorusă – trei limbi care aparțin grupului de limbi slave orientale – nu sunt doar transliterate în limba ucraineană, ci sunt întotdeauna introduse atât în versiunile lor istorice, cât și în cele etimologice (cum ar fi, de exemplu, – Ioan – Giovanni – João – Ivan etc.). Astfel, există o serie întregă de dublete, în care elementul ucrainean poate diferi uneori semnificativ de elementul rus, de exemplu Dmitriy / Dmytro, Pavel / Pavlo, Nikolay / Mykola, Afanasiy / Opanas, Darya / Odarka, Yefim / Yukhym, Anna / Hanna și Aleksey / Oleksiy. În contextul grupului slav estic, acest sistem se aplică fără distincție tuturor denumirilor, indiferent de originea lor exactă. Astfel, numele dat Afanasiy, deținut de un cetățean de origine rusă, va deveni Opanas pe pagina ucraineană a pașaportului său intern; iar un ucrainean „etnic” numit Opanas avea numele său scris ca Afanasiy pe pagina rusă. Curtea a mai reținut, că, în ciuda faptului că atât pașaportul ucrainean rus, cât și cel ucrainean sunt folosite, cele două limbi au un statut diferit: ucraineana este singura limbă oficială a țării; rusa este una dintre limbile minorităților naționale²¹.

Se observă că acest sistem este unic în Europa. Cu toate acestea, natura distinctivă a legislației unui stat membru nu implică neapărat o încălcare a Convenției. Într-adevăr, Curtea nu a găsit nicio probă în dosarul cauzei care să concluzioneze că sistemul „ucrainizării”, ca atare, poate fi considerat incompatibil cu cerințele articolului 8, având în vedere că o persoană care aparține unei minorități naționale are dreptul de a utiliza numele său original și să revină la numele respectiv, dacă a fost schimbat. Faptele cazului demonstrează că reclamantul nu a fost inițial în dezacord cu practica „ucrainizării” numelor sale de origine rusă atunci

²¹ Bulgakov împotriva Ucraina, Ct.E.D.O., hotărârea din 31.03.2008, par.55 și urm.

când și-a primit pașaportul intern. El a făcut o obiecție formală doar doi ani mai târziu. Presupunând că practica „ucrainizării” ar putea fi considerată în mod rezonabil, ca fiind o schimbare forțată a numelui său original și că și-a dat seama doar cu întârziere, problema principală nu ar fi practica în sine, ci posibilitatea pentru solicitant să revină la numele său inițial în conformitate cu legislația internă.

În acest context, arătăm că instanța europeană a recunoscut, în mai multe rânduri, aplicabilitatea art. 8 – în legătură atât cu „viața privată”, cât și cu „viața de familie” – pentru litigiile referitoare la numele și prenumele oamenilor, o problemă asemănătoare punându-se și în cauza **Mentzen (Mencena) împotriva Letoniei**²². Așadar, *la 29 decembrie 1998, reclamanta Juta Mentzen s-a căsătorit cu un cetățean german, Ferdinand Carl Friedrich Mentzen. Căsătoria a fost înregistrată la biroul de registru Bonn II din Germania, care a înmânat cuplului un certificat de căsătorie în care reclamantei i s-a dat numele soțului ei „Mentzen”.*

În august 1999, reclamanta a solicitat Serviciului pentru naționalitate și migrație al Ministerului de Interne Leton (Iekšlietu ministrijas Pilsonības un migrācijas lietu pārvalde – „Serviciul pentru naționalitate și migrație”) să înlocuiască fostul ei pașaport leton care fusese eliberat pe numele ei de fată, cu un nou pașaport, pe numele ei căsătorit. Ea a făcut o cerere expresă pentru retranscrierea corectă a noului său nume de familie, fără nicio modificare.

La 10 septembrie 1999, i-a eliberat un nou pașaport leton. Cu toate acestea, la pagina 3, pagina principală care conține toate detaliile de bază ale titularului pașaportului, numele ei de familie apărea ca „Mencena”, nu „Mentzen”. Funcționarii de la Serviciul pentru Naționalitate și Migrație i-au explicat reclamantei că modificările în forma scrisă a prenumelui ei au fost făcute pe baza Regulamentului nr. 174 privind transcrierea și identificarea prenumelor și prenumelor în documente, care impuneau reproducerea tuturor numelor și prenumelor „în conformitate cu regulile de ortografie ale limbii literare letone” și „cât mai aproape posibil de pronunțarea lor în limba lor originală”. În consecință, consoana africativă „tz” a fost înlocuită cu litera „c”, care se pronunță [ts] în letonă și, prin urmare, are aceeași valoare fonetică. În mod asemănător, denumirii acesteia i-a fost adăugată terminația flexionară „-a”, denotând nominativul feminin singular. Cu toate acestea, în secțiunea intitulată „Observații speciale” de la pagina 14 a pașaportului, Serviciul pentru Naționalitate și Migrație a aplicat o șampilă specială care atestă că forma originală a numelui de familie era „Mentzen”.

După ce a încercat în zadar să-i convingă pe oficialii de la Serviciul care i-au eliberat pașaportul, pentru a rectifica forma scrisă a numelui de familie, reclamanta a depus o contestație internă la șeful departamentului. Ea a susținut, printre altele,

²² <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-70407%22%7D> accesat ultima dată pe 05.06.2021.

că transcrierea fonetică și adaptarea gramaticală a numelui său de familie i-au încălcat dreptul la respect pentru viața ei de familie, așa cum este garantat de articolul 8 al Convenției. La o dată nespecificată, șeful departamentului a respins recursul pe motiv că pagina 14 din pașaport a furnizat versiunea originală a numelui de familie „Mentzen” în orice caz și că, prin urmare, nu a existat nicio modificare a numelui de familie.

Reclamanta a inițiat proceduri interne, fiindu-i respinse solicitările. Potrivit avizului departamentului de consultări lingvistice al Institutului Limba letonă din 21 decembrie 1999, transcrierea numelui german „Mentzen” în letonă trebuia să fie „Mencena” pentru o femeie, Tribunalul a constatat că numele reclamantei fusese transcris în conformitate cu reglementările aplicabile (Regulamentul nr. 310 privind pașapoartele cetățenilor letoni, și Regulamentul nr. 174 privind transcrierea și identificarea numelor și prenumelor din documente).

În recursul său, reclamanta a criticat chiar principiul „letonizării” formei scrise a numelor și prenumelor străine. În opinia sa, cele două seturi de reglementări citate în hotărârea atacată au încălcat dreptul la respectarea vieții private garantată de articolul 8 al Convenției și de articolul 96 din Constituția letonă. De asemenea, s-a subliniat că nici Legea privind limba oficială, nici reglementările relevante nu impuneau modificări gramaticale sau ortografice ale mărcilor comerciale sau întreprinderilor comerciale străine. În acest sens, era îndoielnic dacă o astfel de practică în ceea ce privește numele era fie necesară, fie proporțională. În cele din urmă, datorită schimbării formei scrise a numelui de familie, reclamanta și soțul ei aveau acum două nume de familie diferite în actele de identitate, ceea ce îngreuna identificarea lor ca membri ai aceleiași familii.

Într-o hotărâre din 24 octombrie 2000, Curtea Regională a respins calea de atac formulată. După ce a observat că Serviciul pentru Naționalitate și Migrație a respectat pe deplin legea și reglementările aplicabile, a acceptat că situația reclamată poate fi privită ca o ingerință în dreptul garantat de articolul 8 al Convenției. Cu toate acestea, a considerat că ingerința, merită să protejeze limba letonă, era în concordanță cu al doilea paragraf al acestei dispoziții. În ceea ce privește susținerea conform căreia s-au aplicat reguli diferite mărcilor comerciale și denumirilor societăților, Curtea Regională a considerat că nu are nicio influență asupra cauzei în discuție, deoarece numele persoanelor se încadrează într-o categorie complet diferită și sunt guvernate de reguli speciale.

S-a formulat recurs în fața Curții Supreme, susținând, printre altele, că protecția limbii letone nu ar putea fi un scop legitim pentru care restricțiile erau permise de articolul 116 din Constituție și de articolul 8 § 2 din Convenție. Într-o hotărâre din 31 ianuarie 2001, a fost respins recursul, instanța națională arătând că, întrucât forma originală a numelui de familie „Mentzen” apărea la pagina 14

din pașaportul ei, nu a existat nicio încălcare a dreptului ei la respectarea vieții sale private.

Ulterior, printr-o hotărâre din 21 decembrie 2001, Curtea Constituțională letonă, a recunoscut că numele de familie intră în sfera vieții private, a constatat secțiunea 19 din Legea privind limba oficială, care stabilește principiul general conform căruia numele de familie străine trebuie transcrise fonetic și adaptate gramatical, în conformitate cu articolul 96 din Constituție. Cu toate acestea, a declarat că regulamentul care impune ca forma originală a numelui de familie să fie indicat la pagina 14 a pașaportului și nu într-o locație mai vizibilă din apropierea frontului, neconstituțional, având în vedere faptul că pagina principală a pașaportului era pagina 3²³.

Astfel, instanța europeană a reținut că atunci când un cuplu alege să folosească același nume, acest nume este mărturia atașamentului reciproc și a unității familiei²⁴. Diferența dintre formele scrise „Mentzen” și „Mencena” este suficient de mare pentru a da naștere la îndoieli cu privire la echivalența celor două versiuni. În consecință, atunci când reclamanta și soțul ei folosesc pașapoartele respective, care conțin diferite forme scrise ale numelui de familie, identificarea lor comună ca unitate familială poate deveni dificilă, în anumite situații.

Curtea nu a considerat că transcrierea numelui de familie poate fi văzută ca o schimbare autentică de nume. În transcrierea numelui de familie „Mentzen” ca „Mencena”, autoritățile letone au aplicat dispozițiile legale care reglementează utilizarea numelor de familie și prenumelor de origine străină care sunt destinate, pe de o parte, să aducă forma scrisă a unui nume de familie în linie cu pronunția și, pe de altă parte, să o adapteze la particularitățile gramaticii letone.

De asemenea s-a arătat că, înscriind numele de familie al reclamantei în pașaportul său, autoritățile letone au transcris consoana africativă „tz” ca „c” și au dat numelui, un final flexional. Astfel că, diferența vizuală dintre forma scrisă adaptată („Mencena”) și forma scrisă originală („Mentzen”) este suficient de mare pentru a determina observatorul obișnuit să pună la îndoială dacă este același nume. Reclamanta a explicat că anumite documente oficiale referitoare la ea, în special cele emise de autoritățile germane, purtau versiunea originală a numelui de familie, încât uneori era obligată, atât în Letonia, cât și în străinătate, să ofere detalii suplimentare despre identitatea și echivalența celor două forme scrise. Prin urmare, Curtea a acceptat argumentul reclamantei potrivit căruia situația respectivă îi poate provoca probleme și neplăceri în viața ei socială și profesională.

În lumina celor de mai sus, Curtea a constatat că transcrierea fonetică și adaptarea gramaticală a prenumelui reclamantei efectuate în detrimentul ortografiei

²³ Mentzen (Mencena) împotriva Letoniei, Ct.E.D.O., hotărârea din 07.12.2004, par. 1-3.

²⁴ Szokolocy-Syllaba și Palfy de Erdoed Szokolocy-Syllaba împotriva Elveției, Ct.E.D.O., hotărârea din 29.06.1999.

inițiale echivalează cu o interferență cu dreptul ei la respectarea vieții sale private și de familie. Totuși, o astfel de ingerință nu va încălca Convenția, deoarece a fost „în conformitate cu legea”, a urmărit unul sau mai multe obiective legitime în temeiul par. 2 al art. 8 și a fost „necesară într-o societate democratică” pentru a atinge acel obiectiv sau acele scopuri²⁵.

Și în **cauza Kuharec împotriva Letoniei**²⁶, Curtea a examinat dacă adăugarea unei terminații feminine variabile unui nume de familie străin, încalcă articolul 8 din Convenție. Astfel, cauzele Mentzen și Kuharec au vizat transliterări simple (adică adaptarea simplă a numelor de familie străine la regulile obișnuite care guvernează fonetica și gramatica unei limbi date). O astfel de adaptare este comparabilă și cu transliterarea în limbile occidentale a numelor de familie rusești-Bulgakov împotriva Ucraina – (de exemplu: Чайковский – Chaikovsky – Tchaïkovski – Tschaikowski – Ciaikovski; sau ЕЛЬЦИН – Eltsine – Yeltsin – Jelzin etc.). În astfel de cazuri, chiar dacă un substantiv propriu este adaptat la limba țării gazdă, acesta își păstrează totuși sunetul străin, unic în limba de origine. Prin urmare, identitatea etnică și națională a titularului său nu este afectată. Astfel, în Franța, s-ar înțelege întotdeauna că Piotr Illich Tchaïkovski este rus sau de origine rusă, oricare ar fi metoda folosită pentru transcrierea numelui său.

Pe de altă parte, în 1993, Curtea Europeană de Justiție, sesizată fiind, în cauza **Christos Konstantinidis**²⁷ **împotriva Stadt Altensteig, Standesamt și Landratsamt Calw, Ordnungsamt** a trebuit să ia în considerare problema compatibilității transcrierii unui nume grecesc, cu libertatea de stabilire, astfel cum a fost garantată de fostul articol 52 din Tratatul de instituire a Comunității Europene (care a devenit articolul 43 când a intrat în vigoare Tratatul de la Amsterdam). În acest caz, numele reclamantului Christos Konstantinidis (Χρήστος Κωνσταντινίδης), cetățean grec care lucra ca maseur în Germania, a fost transcris într-o traducere a certificatului său de naștere și în registrul căsătoriilor ca „Hrēstos Kōnstantinidēs”, autoritățile fiind cele care au hotărât o nouă transcriere a unui nume care exista deja.

Ct.E.D.O. arată că există două situații care trebuie distinse în ceea ce privește numele recunoscut în documentele oficiale. Primul este atunci când numele este introdus într-un document oficial pentru prima dată, cum ar fi certificatul de naștere sau primul pașaport, când se impune limba maternă. A doua situație este atunci când persoana în cauză a folosit un nume „transcris” de ceva timp și, din orice motiv,

²⁵ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-70407%22%5D%7D>} accesat ultima dată pe 05.06.2021.

²⁶ Ct.ED.O., hotărârea din 7.12.2004.

²⁷ Pentru mai multe detalii cu privire la această cauză a se vedea comentariul realizat în jurul acesteia de O.N. Retea, *Dreptul la nume în viziunea jurisprudenței europene*, în Revista de Științe Juridice- Supliment”, Ed. Universul Juridic, București, nr. 2, 2015, pp. 89-94.

dorește să revină la numele său original, context în care devin aplicabile dispozițiile interne specifice care reglementează o astfel de procedură administrativă. La baza deciziei instanței europene stau, de regulă, mai multe principii.

Astfel, deși ortografia numelor și prenumelor privește în esență zona vieții private și de familie a individului, nu poate fi disociată de politica lingvistică condusă de stat. Libertatea lingvistică ca atare nu este unul dintre drepturile și libertățile reglementate de Convenție. Astfel, cu excepția drepturilor specifice enunțate la art. 5 § 2 și 6 § 3 (a) și (e), Convenția în sine nu garantează dreptul de a utiliza o anumită limbă în comunicările cu autoritățile publice sau dreptul la a primi informații într-o limbă la alegere. Cu toate acestea, nu există o diviziune etanșă care să separe politica lingvistică de un domeniu reglementat de Convenție, iar o măsură luată ca parte a unei astfel de politici poate intra în anumite dispoziții ale Convenției. În consecință, cu condiția respectării drepturilor protejate de convenție, fiecare stat contractant este liber să impună și să reglementeze utilizarea limbii sau limbilor sale oficiale în actele de identitate și alte documente oficiale.

Totodată, o limbă nu este în nici un sens o valoare abstractă. În consecință, prin adoptarea limbii naționale, statul se angajează, în principiu, să garanteze cetățenilor săi dreptul de a utiliza această limbă atât pentru a transmite, cât și pentru a primi informații, fără a împiedica nu numai viața lor privată, ci și relațiile lor cu autoritățile publice. Cu alte cuvinte, implicită în noțiunea de limbă oficială, este existența anumitor drepturi subiective pentru vorbitorii acestei limbi. În consecință, în majoritatea cazurilor, se poate accepta că o măsură menită să protejeze și să promoveze o limbă națională corespunde protecției „drepturilor și libertăților altora”, în sensul art. 8 § 2 al Convenției. Mai mult, autoritățile, în special instanțele naționale, sunt, în principiu, într-o poziție mai bună decât judecătorul internațional pentru a da o opinie cu privire la necesitatea intervenției într-o zonă atât de sensibilă.

De asemenea, procesul prin care numele, prenumele sunt date, recunoscute și utilizate este un domeniu în care particularitățile naționale sunt cele mai puternice și în care practic nu există puncte de convergență între normele interne ale statelor contractante. Acest domeniu reflectă marea diversitate dintre statele membre ale Consiliului European. În fiecare dintre aceste țări, utilizarea numelor este influențată de o multitudine de factori de natură istorică, lingvistică, religioasă și culturală, astfel încât este extrem de dificil, dacă nu imposibil, de a găsi un numitor comun. În consecință, marja de apreciere de care se bucură autoritățile de stat în această sferă este deosebit de largă²⁸.

Cu toate că pot exista motive autentice care determină o persoană să dorească să-și transcrie numele, restricțiile legale cu privire la o astfel de posibilitate pot fi

²⁸ Bulgakov împotriva Ucrainei, Ct.E.D.O., hotărârea din 31.03.2008, par.44.

justificate în interesul public; de exemplu pentru a asigura înregistrarea exactă a populației sau pentru a proteja mijloacele de identificare personală și de a lega purtătorii unui nume dat de o familie²⁹.

Concluzii

Deși obiectul articolului 8 este în esență acela de a proteja individul împotriva ingerințelor arbitrare ale autorităților publice, acesta nu obligă doar statul să se abțină de la o astfel de ingerință, putând exista, în plus, obligații pozitive inerente respectării efective, pentru viața privată și de familie. Dacă granițele dintre obligațiile pozitive și negative ale statului în temeiul articolului 8 nu se pretează la o definiție precisă, principiile aplicabile sunt totuși similare. În ambele contexte trebuie să se țină seama de echilibrul care trebuie atins între interesele concurente ale individului și ale societății în ansamblu. Statele contractante se bucură de o largă marjă de apreciere în sfera reglementării transcrierii de nume de către persoane fizice, iar sarcina sa nu este să se substituie autorităților naționale competente în stabilirea celei mai adecvate politici în această sferă, ci mai degrabă să revizuiască în temeiul Convenției deciziile pe care autoritățile respective le-au luat, în exercitarea puterii lor de apreciere.

²⁹ A se vedea în materia dreptului la nume și: *Stjerna contra Filandei*, Hotărârea din 24.11.2009, *Henry Kismoun împotriva Franței*, Hotărârea din 05.03.2014, *Garanga împotriva Ucrainei*, Hotărârea din 16.05.2013.

OBLIGATIVITATEA DECIZIILOR CURȚII CONSTITUȚIONALE ROMÂNE

*Prof. univ. dr. George GÎRLEȘTEANU
Universitatea din Craiova
Facultatea de Drept*

Abstract

According to art. 147 para. (4) of the Constitution, „The decisions of the Constitutional Court shall be published in the Official Gazette of Romania. From the date of publication, the decisions are generally mandatory and have power only for the future”. The constitutional provision regulates the generally binding character of the decisions pronounced by it.

Keywords: *Romanian Constitutional Court, mandatory character of the decisions.*

1. Caracterul obligatoriu al deciziilor Curții anterior revizuirii constituționale din anul 2003

În reglementarea constituțională a art. 145 alin. (2), anterioară revizuirii din anul 2003, se norma faptul că „Deciziile Curții Constituționale sunt obligatorii și au putere numai pentru viitor”. Declararea la nivel constituțional a caracterului „obligatoriu” al deciziilor Curții a fost considerată lacunară la nivelul doctrinei juridice din România și a condus la scindarea acesteia în două tabere, cu privire la opozabilitatea *inter partes* sau *erga omnes* a deciziilor pronunțate de către Curte în soluționarea excepțiilor de neconstituționalitate¹. Confuzia indusă constituțional era evidentă, sensul noțiunii de «obligatoriu», putând fi cel comun, adică obligatoriu pentru toată lumea (*erga omnes*) sau cel tehnic, specific hotărârilor judecătorești, adică obligatoriu pentru părțile din proces (*inter partes*)².

¹ Ioan Muraru, Nasty Marian Vlădoiu, Andrei Muraru, Silviu-Gabriel Barbu, *Contencios constituțional*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 274.

² Mădălina Nica, George Gîrleșteanu, *Considerații asupra implicațiilor noilor prevederi constituționale în materia excepției de neconstituționalitate*, Revista de Științe Juridice nr. 29(1)/2004, p. 65.

a) Obligativitatea deciziilor pronunțate în cadrul controlului a priori

În cazul declarării neconstituționalității normei, potrivit art. 145 alin. (1) din Constituția din 1991, Parlamentul proceda la reexaminarea acesteia, putând înlătura obiecția de neconstituționalitate prin intermediul unui vot cu majoritate calificată de cel puțin două treimi din numărul total al parlamentarilor. Detectăm astfel o primă anomalie: obligativitatea deciziei Curții devenea relativă, depinzând de voința Parlamentului exprimată cu ocazia reexaminării reglementării constatate ca neconstituțională, iar monopolul controlului de constituționalitate înfrânt³.

În situația declarării constituționalității normei în cadrul controlului a priori, efectul juridic al deciziei consta în continuarea procesului legislativ de formare a actului normativ. O a doua anomalie era cuprinsă în art. 23 alin. (3) din Legea nr. 47 din 1992, care norma că „nu pot face obiectul excepției prevederile legale a căror constituționalitate a fost stabilită potrivit art. 145 alin. (1) din Constituție (...)”. Era vorba astfel de o dispoziție legală profund neconstituțională, care adăuga Constituției înseși, care în art. 144 făcea referire la excepții privind neconstituționalitatea legilor în general, fără a distinge între legi controlate anterior promulgării sau nu. Cum unde legea (inclusiv cea constituțională) nu distinge, nici interpretul nu trebuie să o facă, Legea nr. 47 din 1992 revizuiind Constituția fără a respecta cerințele procedurale prevăzute în acest sens în titlul VI din Constituție și limitând dreptul fundamental al părților din procese de a folosi excepția de neconstituționalitate, fără a fi respectate condițiile cerute de Constituție în art. 49 pentru restrângerea exercițiului unui drept fundamental.

Practic, dacă o normă fusese declarată constituțională în cadrul controlului a priori sau prin intervenția Parlamentului în reexaminare, controlul concret a posteriori al normei pe calea excepției de neconstituționalitate era blocat, iar dreptul de a apela la o astfel de procedură jurisdicțională limitat în mod neconstituțional. În acest context, obligativitatea deciziei astfel pronunțate avea un caracter total, chiar și în situația în care aplicarea normei dovedea neconstituționalitatea acesteia.

b) Obligativitatea deciziilor pronunțate în cadrul controlului a posteriori

Efectele obligatorii ale deciziilor ce constatau pe cale de excepție constituționalitatea unor dispoziții din legi sau ordonanțe în vigoare nu ridicau probleme, întrucât constau în aplicarea respectivelor dispoziții în soluționarea procesului în cursul căruia fusese ridicată excepția (efecte *inter partes*, *in limine litis*, specifice excepțiilor procedurale în general).

³ Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, 3^e édition, Ed. Montchrestien, Paris, 1998, p. 30.

Cât despre efectele deciziei de neconstituționalitate pronunțată pe cale de excepție, s-a argumentat că ar trebui să fie doar *inter partes*, întrucât deciziilor Curții nu îi poate fi atașată forța obligatorie a legii care creează efecte *erga omnes*⁴. În realitatea normativă, situația era alta, efectele în cauză fiind *erga omnes*, în același sens pronunțându-se și o altă parte a doctrinei care argumentează că interpretarea restrictivă a efectelor deciziilor Curții conduce la lipsirea deciziilor de orice efecte juridice și la imposibilitatea exercitării rolului acestei instanțe de garant al supremației Constituției⁵.

Același art. 23 din Legea nr. 47 din 1992, arăta, în alin. (3) că „nu pot face obiectul excepției (...) prevederile constatate ca fiind neconstituționale printr-o decizie anterioară a Curții Constituționale”. Era vorba, din nou, despre o adăugare pe care legea o făcea art. 144 din Constituție, în virtutea căreia decizii de speță ale Curții se transformau în reale acte normative, cu forță general obligatorie. Excepția devenea obiectivă, efectele ei ducând la o abrogare atipică a dispozițiilor în cauză, care însă, la nivel de echitate, era perfect justificată, căci același text dintr-o lege sau ordonanță, neconstituțional într-o situație, nu mai poate fi constituțional în altă situație, astfel că nici o instanță nu mai putea aplica pe viitor respectivele prevederi, chiar fără ridicarea unei noi excepții în acest scop.

Caracterul obligatoriu *erga omnes* al deciziilor Curții a fost confirmat și prin jurisprudența constantă a Curții de la acea dată. Astfel, prin Decizia nr. 107 din 2 noiembrie 1994⁶, Curtea arăta că „potrivit art. 145 alin. (2) din Constituție și art. 26 alin. (4) și (5) din Legea nr. 47/1992, *deciziile definitive ale Curții Constituționale sunt obligatorii, astfel încât un text declarat neconstituțional își pierde eficiența*”. În plus, prin Decizia nr. 58 din 14 mai 1996⁷, instanța constituțională completa asertiunea anterioară statuând că „O excepție de neconstituționalitate admisă nu poate fi reiterată, deoarece, potrivit art. 145 alin. (2) din Constituție și art. 26 alin. (5) din Legea nr. 47/1992, *deciziile definitive ale Curții Constituționale fiind obligatorii erga omnes*, reiterarea unei asemenea excepții este lipsită de obiect și de interes”.

Definitorie în ceea ce privește jurisprudența Curții în sensul efectelor *erga omnes* ale deciziilor pronunțate de către aceasta este Decizia nr. 169 din 2 noiembrie 1999⁸, prin care se statuează că obligativitatea deciziilor Curții Constituționale, pronunțate în temeiul art. 144 lit. c) din Constituție, în cadrul soluționării excepțiilor ridicate în fața instanțelor judecătorești privind neconstituționalitatea

⁴ Tudor Drăganu, *Efectele juridice ale deciziilor și hotărârilor Curții Constituționale (II)*, Revista de Drept Comercial nr. 3/1999, p. 30-37; Tudor Drăganu, *Liberul acces la justiție*, Ed. Lumina Lex, București, 2003, p. 234.

⁵ Ion Deleanu, *Obligativitatea deciziilor Curții Constituționale*, în Revista de Drept Public nr. 1/2000, p. 3.

⁶ Publicată în M. Of. nr. 34 din 15 februarie 1995.

⁷ Publicată în M. Of. nr. 324 din 4 decembrie 1996.

⁸ Publicată în M. Of. nr. 151 din 12 aprilie 2000.

legilor și a ordonanțelor, trebuie conturată în lumina prevederilor art. 23 alin. (3) teza a doua și alin. (6) din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale. Conform alin. (3) „Nu pot face obiectul excepției prevederile legale a căror constituționalitate a fost stabilită potrivit art. 145 alin. (1) din Constituție sau prevederile constatate ca fiind neconstituționale printr-o decizie anterioară a Curții Constituționale”, iar alin. (6) al art. 23 dispunea: „Dacă excepția este inadmisibilă, fiind contrară prevederilor alin. [...] (3), instanța o respinge, printr-o încheiere motivată, fără a mai sesiza Curtea Constituțională”.

Rezulta de aici că instanța judecătorească în fața căreia se ridică o excepție de neconstituționalitate referitoare la o lege sau la o ordonanță (ori la una sau mai multe dispoziții dintr-o lege ori ordonanță), a cărei neconstituționalitate fusese constatată de Curtea Constituțională printr-o decizie publicată anterior ridicării excepției de neconstituționalitate, are obligația de a face aplicarea acelei decizii anterioare a Curții Constituționale inclusiv în cazul în care acea decizie fusese pronunțată în temeiul art. 144 lit. c) din Constituție.

În consecință, *„deciziile pronunțate în cadrul soluționării excepțiilor de neconstituționalitate nu produc doar efecte relative, inter partes, în cadrul procesului în care a fost ridicată excepția de neconstituționalitate, ci produc efecte absolute, erga omnes”*.

De altfel, Curtea Constituțională reține că, „indiferent de orice argumente care, într-un fel sau altul, ar tinde la concluzia că deciziile Curții Constituționale, pronunțate în cadrul soluționării excepțiilor de neconstituționalitate, nu ar produce efecte *erga omnes* fac abstracție de imposibilitatea ca o prevedere legală a cărei neconstituționalitate a fost stabilită – în mod definitiv, pe căile și de către autoritatea prevăzute de Constituție – să se mai aplice încă”.

În ceea ce privește conturarea sferei obligativității *erga omnes* a deciziilor pronunțate în temeiul art. 144 lit. c) din Constituție, trebuie adăugat că, „nu produc efecte *erga omnes*, ci doar *inter partes* (efecte relative) acele decizii ale Curții Constituționale prin care au fost respinse excepțiile de neconstituționalitate”. Aceleași părți și pentru aceleași motive nu pot reitera excepția de neconstituționalitate, întrucât s-ar încălca autoritatea lucrului judecat, dar într-un alt proces excepția poate fi reiterată, dându-se astfel posibilitatea reanalizării de către Curtea Constituțională a aceluiași probleme de neconstituționalitate, ca urmare a invocării unor temeuri noi ori a intervenirii altor elemente noi, care să determine modificarea jurisprudenței Curții.

Ca o consecință a caracterului obligatoriu *erga omnes* al deciziilor Curții Constituționale, pronunțate în baza art. 144 lit. c) din Constituție, prin care se constată neconstituționalitatea unei legi sau a unei ordonanțe, „prevederea normativă a cărei neconstituționalitate a fost constatată nu mai poate fi aplicată de nici un subiect de drept (cu atât mai puțin de autoritățile și instituțiile publice), încetându-și de drept efectele pentru viitor, și anume de la data publicării deciziei

Curții Constituționale în Monitorul Oficial al României”. Fără îndoială că în urma pronunțării unei decizii prin care Curtea Constituțională constată neconstituționalitatea unei legi sau a unei ordonanțe Parlamentul sau, după caz, Guvernul are obligația de a interveni în sensul modificării sau abrogării actului normativ declarat ca fiind neconstituțional, aceasta neînsemnând că, „în situația în care o asemenea intervenție nu s-ar produce ori ar întârzia, decizia Curții Constituționale și-ar înceta efectele”. Dimpotrivă, „aceste efecte se produc în continuare, fiind opozabile *erga omnes*, în vederea asigurării supremației Constituției (...)”.

Caracterul obligatoriu *erga omnes* al deciziilor Curții Constituționale, prin care se constată neconstituționalitatea unei legi sau a unei ordonanțe, „implică existența răspunderii juridice în cazul nerespectării acestor decizii”. Sub acest aspect există echivalență cu situația în care nu este respectată o lege adoptată de Parlament ori o ordonanță emisă de Guvern, sau, în termeni mai generali, este vorba despre problema identificării răspunderii juridice atunci când una dintre autoritățile statului refuză să pună în aplicare măsurile stabilite, în limitele competențelor atribuite prin Constituție, de către o altă autoritate a statului. Într-o asemenea situație identificarea răspunderii juridice decurge din caracterul imperativ al dispozițiilor art. 1 alin. (3) din Constituție, potrivit cărora „România este stat de drept [...]”. Altfel s-ar ajunge la înlăturarea de către una dintre puterile statului a acestui principiu constituțional fundamental, ceea ce este inadmisibil.

Deci caracterul obligatoriu al deciziilor Curții Constituționale era opozabil oricărei autorități a statului, indiferent de sfera competențelor exercitate de către aceasta, legislativă, executivă sau judecătorească. Cu toate acestea, practica instanțelor ordinare și a instanței supreme era în mod surprinzător pentru societatea democratică românească în sens invers. Astfel, Curtea Supremă de Justiție prin Decizia nr. 1813 din 17 iunie 1999 afirma în mod ciudat că „prevederile Constituției nu se adresează direct instanțelor ordinare, care aplică legile obișnuite, ci doar legiuitorului, care trebuie să se conformeze Constituției și să aducă modificări legilor obișnuite. *Deciziile Curții Constituționale au același statut (...)* Instanțele sunt obligate să aplice legea obișnuită actuală și nu direct Constituția; *doar legiuitorul este obligat să se conformeze prevederilor și principiilor constituționale, aducând modificări legislației în această privință*”⁹.

2. Caracterul general obligatoriu al deciziilor Curții după revizuirea constituțională din anul 2003

Actualmente, dispozițiile constituționale normează caracterul general obligatoriu al deciziilor Curții, caracter specific modelului european de justiție

⁹ A se vedea, în acest sens, Bianca Selejan-Guțan, *Spațiul european al drepturilor omului*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 108-110.

constituțională¹⁰ în care regula este că deciziilor le este atașată o obligativitate *erga omnes*, fiind opozabile tuturor subiecților de drept, autorități publice sau particulari¹¹.

a) Caracterul general obligatoriu al deciziilor Curții pronunțate în cadrul controlului a priori

În cazul controlului a priori, obligativitatea *erga omnes* a deciziilor Curții pare un nonsens deoarece decizia creează obligații doar celor implicați în procedura legislativă, Parlamentul, potrivit art. 147 alin. (2) din Constituție, în cazurile de neconstituționalitate care privesc legile, înainte de promulgarea acestora, fiind obligat să reexamineze dispozițiile respective pentru punerea lor de acord cu decizia Curții Constituționale.

Dispoziția constituțională stabilește care este efectul unei decizii de declarare a neconstituționalității unei legi în cadrul controlului abstract a priori. Acest efect constă în instituirea unei obligații constituționale pentru Parlament de reexaminare a legii în vederea punerii de acord cu decizia pronunțată de Curte. Astfel, trebuie văzut în primul rând care este specificul acestei obligații constituționale ce incumbă Legislativului. În al doilea rând, trebuie distinse implicațiile juridice ale nerespectării unei asemenea obligații. În același timp, trebuie stabilit ce efect are decizia Curții în cazul unei legi a Parlamentului de aprobare a unei ordonanțe de urgență, ordonanța de urgență, act juridic distinct de lege, producând efecte juridice din momentul adoptării și publicării în Monitorul Oficial.

În ceea ce privește specificitatea obligației constituționale stabilită în sarcina Parlamentului, art. 147 alin. (2) stabilește că o lege declarată printr-o decizie a Curții ca fiind neconstituțională se va întoarce la Parlament care va fi obligat să „reexamineze” dispozițiile respective. Procesul de reexaminare a legii se poate dovedi unul dificil pentru legiuitor prin prisma faptului că trebuie să îndeplinească în principiu cumulativ două condiții.

Prima condiție se referă la faptul că acest proces trebuie să se constituie într-o modificare a formei dispozițiilor declarate neconstituționale. Această modificare a formei reglementării poate fi realizată prin două variante: fie prin eliminarea

¹⁰ Pentru o analiză completă a modelului european de justiție constituțională a se vedea Dan Claudiu Dănișor, *Drept constituțional și instituții politice. Vol. 1. Teoria generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 659-670.

¹¹ A se vedea pe larg Dan Claudiu Dănișor, *Înțelegerea trunchiată a competenței exclusive a Curții Constituționale în domeniul contenciosului constituțional (III) – Tipuri de contencios constituțional de conformitate și partajul competențelor de justiție constituțională*, în *Pandectele Române* nr. 5/2011, p. 60-63; Dan Claudiu Dănișor, *Impunerea deciziilor Curții Constituționale – o problemă a instanțelor ordinare*, în *Curierul Judiciar* nr. 6/2009, p. 303-312.

totală a dispozițiilor legale în cauză sau eliminarea unor părți din acestea, fie prin reformularea conținutului normativ al respectivelor prevederi legale sau prin completarea lor. În ceea ce privește cea de-a doua variantă prin care se poate produce reexaminarea trebuie precizat că prin acțiunea legiuitorului de „completare” a dispozițiilor legale trebuie ca noul text de lege să reflecte esența principiilor enunțate de Curte în decizia sa. Astfel, legiuitorul nu va putea completa respectiva lege supusă reexaminării cu dispoziții cu conținut normativ nou asupra cărora Curtea nu s-a pronunțat. Într-o asemenea situație am avea de-a face în fapt cu crearea unei noi legi, ori Parlamentul este obligat doar să reexamineze legea și nu să creeze una nouă.

De asemenea, modificarea formei reglementării trebuie să respecte toate principiile de tehnică legislativă (accesibilitatea, puterea de receptare a destinatarilor normei, economia mijloacelor de exprimare, corelarea actelor normative etc.)¹².

A doua condiție ce trebuie îndeplinită în acest proces constă în finalitatea pe care trebuie să o aibă reexaminarea legii. Prin modificarea formei dispozițiilor legale trebuie ca esența reglementării să se circumscrie atingerii unui scop precis: punerea de acord a legii cu principiile rezultate din decizia anterioară a Curții.

Realizarea obligației de reexaminare presupune deci nu doar un proces de modificare a formei vechii reglementări, ci și de modificare a esenței normative a acesteia în sensul acordării cu decizia Curții.

În plus, fiind vorba de o normă constituțională ce instituie o obligație al cărui destinatar este Parlamentul, rezultă în mod logic că legiuitorul nu se va putea dispensa de această obligație de reexaminare. Chiar dacă constituantul român nu stabilește un termen exact pentru reexaminarea legii în cazul controlului abstract a priori în alin. (2) al art. 147, așa cum de exemplu o face în alin. (1), în care în cazul controlului concret a posteriori stabilește un termen de 45 de zile, considerăm că o asemenea obligație se impune Parlamentului și va trebui în mod necesar a fi executată în viitor în forma aleasă de către acesta într-un termen rezonabil.

Art. 75 alin. (2) din Constituție normează faptul că asupra proiectelor de legi depuse spre dezbateră și adoptare, Camerele, în funcție de competența acestora, trebuie să se pronunțe prin vot în anumite termene determinate precis. Norma constituțională stabilește un termen general de pronunțare de 45 de zile, iar în cazul codurilor sau legilor de complexitate deosebită, de 60 de zile. Stabilirea unor termene scurte, rezonabile, în care cele două Camere trebuie să se pronunțe, este justificată de necesitatea derulării rapide a procesului legislativ și evitării apariției unor eventuale blocaje legislative, astfel încât Parlamentul în mod real să-și

¹² Pentru mai multe detalii cu privire la tehnica legislativă a se vedea Dan Claudiu Dănișor, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, *Teoria Generală a Dreptului*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 198-202; Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative.

îndeplinească funcția sa principală, aceea de legiferare. În cazul depășirii acestor termene, actul fundamental, prin partea finală a art. 75 alin. (2) stabilește o sancțiune la adresa Camerei în cauză: "se consideră că proiectul de lege sau propunerea legislativă a fost adoptată".

Articolele 147 alin. (1) și 75 alin. (2) din Constituție stabilesc deci termene exacte, de 45 sau 60 de zile, în care Camerele Parlamentului trebuie fie să pună de acord prevederile legale declarate anterior ca neconstituționale cu dispozițiile actului fundamental, fie să dezbată și să supună la vot proiectele de lege cu care sunt sesizate. În ambele situații este vorba de desfășurarea unor procese constituționale obligatorii ce țin de procedura legislativă. Procesul de reexaminare a unei legi este la rândul său tot un proces ce ține de procedura legislativă, astfel încât, chiar dacă actul fundamental nu stabilește un termen precis în care trebuie efectuat acesta, considerăm, prin paralelism, că un termen rezonabil pentru executarea obligației constituționale de reexaminare este cel de 45 de zile, în cazuri complexe acesta putând fi prelungit, dar nu mai mult de 60 de zile.

Cât privește implicațiile juridice ale nerespectării unei asemenea obligații constituționale a Parlamentului, trebuie precizate mai multe aspecte. Un prim aspect are în vedere situația în care Parlamentul nu își execută obligația de reexaminare. În acest caz, deși, după cum enunțasem anterior, legiuitorul nu se poate dispensa în principiu de executarea unei asemenea obligații, actul fundamental nu stabilește în mod distinct o sancțiune ce ar putea interveni. Am putea considera că poate fi vorba de intervenirea unei sancțiuni de natură morală prin care ar fi știrbit din prestigiul unei asemenea instituții a statului prin faptul nerespectării unei prevederi din actul fundamental. Efectul nerespectării acestei obligații asupra legii constă în faptul că legea nu se va putea forma și astfel nu va putea produce efecte juridice. Un al doilea aspect se referă la cazul în care Parlamentul reexaminează legea declarată neconstituțională. Până la data reexaminării legii aceasta nu poate fi trimisă spre promulgare Președintelui și ulterior publicată în Monitorul Oficial, deci nu poate produce efecte juridice.

Obligația de reexaminare instituită prin revizuirea din 2003 s-a dorit a constitui o modalitate de prevenire a intrării în vigoare a unor legi care ar conține dispoziții contrare Constituției și astfel o întărire a poziției Curții Constituționale, însă acest deziderat s-a realizat doar parțial. Executarea obligației de reexaminare de către Parlament nu este dublată automat de un control al executării obligației. Parlamentul, prin reexaminarea legii, își va îndeplini în parte obligația constituțională, însă varianta de lege adoptată ar putea să nu respecte principiile enunțate în decizia Curții. Un control al punerii de acord a legii cu decizia Curții nu va putea fi efectuat de către instanța constituțională decât în cazul în care aceasta ar fi sesizată de către organele politice abilitate să facă acest lucru. Autosesizarea Curții nu este

posibilă, astfel încât riscul unei reexaminări neconforme deciziei Curții și a intrării în vigoare a unor legi ce ar conține dispoziții contrare Constituției persistă.

În vederea eliminării acestor riscuri generate de actuala reglementare constituțională cu privire la obligația de reexaminare, considerăm că o posibilă soluție o constituie instituția judecătorului ordinar. Particularul, în cadrul procedurii jurisdicționale obișnuite, va putea ridica o „excepție de nevaliditate” a normei aplicabile cauzei, cerând judecătorului ordinar constatarea nerespectării obligației de reexaminare a legii și punerea de acord cu o decizie a Curții Constituționale, condiții procedurale esențiale de formare validă a normei. În acest caz, judecătorul ordinar, efectuând practic un control de constituționalitate extrinsec, poate constata inexistența juridică a normei, excluzând-o de la aplicare în proces, astfel că „orice instanță poate constata că o manifestare de voință care nu respectă formele constituționale nu a introdus valid o normă în sistem”¹³.

În ceea ce privește cazul declarării neconstituționalității unei legi de aprobare a unei ordonanțe de urgență, decizia Curții produce efecte nu doar asupra legii, normă ce încă nu a intrat în vigoare, ci și asupra ordonanței de urgență, normă juridică în vigoare. Curtea subliniază acest aspect important cu ocazia Deciziei 1039 din 9 iulie 2009¹⁴, statuând că „declararea ca neconstituțională a unei legi de aprobare a unei ordonanțe a Guvernului include și ordonanța la care se referă, aceasta încetând să mai producă efecte juridice, în condițiile prevăzute de dispozițiile art. 147 alin. (1) din Constituție”. În plus, preciza Curtea, această decizie „consacră o interferență între controlul a priori și cel a posteriori de constituționalitate, în sensul că, în cadrul controlului a priori de constituționalitate, s-a declarat ca fiind neconstituțională o soluție legislativă cuprinsă într-un act normativ în vigoare. O atare soluție este justificată de imperativul ca în dreptul pozitiv să nu existe sau să nu rămână în vigoare acte juridice vădit neconstituționale, Curtea neputând rămâne în pasivitate până când Parlamentul în mod ipotetic ar fi respins ordonanța de urgență în cauză”.

În ceea ce privește controlul a priori al tratatelor internaționale, art. 147 alin. (3) stabilește în dublu sens efectele general obligatorii ale deciziei Curții. Pe de o parte, în cazul constatării constituționalității tratatului, efectele juridice constau în continuarea procedurii parlamentare de ratificare și imposibilitatea efectuării unui control a posteriori pe cale de excepție care să aibă ca obiect tratatul în sine. Pe de altă parte, în situația constatării neconstituționalității tratatului, efectul

¹³ Pe larg, în ceea ce privește partajul competențelor în materia controlului de constituționalitate, a se vedea Dan Claudiu Dănișor, *Înțelegerea trunchiată a competenței exclusive a Curții Constituționale în domeniul contenciosului constituțional (II). Partajul competențelor de justiție constituțională în raport de distingerea validității de conformitate*, în Pandectele Române nr. 3/2011, p. 19-42.

¹⁴ Publicată în M. Of. nr. 582 din 21 august 2009.

juridic apare sub forma unei obligații negative în sarcina Parlamentului de neratificare a acestuia decât dacă, în acord cu prevederile constituționale ale art. 11 alin. (3), se procedează la revizuirea Constituției.

b) Caracterul general obligatoriu al deciziilor Curții pronunțate în cadrul controlului a posteriori

Cum procedura constituțională face referire la decizii, fără a distinge, trebuie dedus, potrivit principiului unde legea nu distinge, nici interpretul nu o poate face (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*), că toate deciziile, indiferent de tipul de control, sunt general obligatorii, deci inclusiv cele date în controlul pe cale de excepție¹⁵. Care este însă specificitatea acestei obligativități generale, în cazul deciziilor referitoare la excepții? Este ea aceeași în ambele variante, de confirmare a constituționalității, respectiv de infirmare a acesteia?

În cazul constatării constituționalității pe cale de excepție, a dispozițiilor din legi și ordonanțe cu ocazia aplicării lor în procese pe rolul oricărei instanțe judecătorești, decizia Curții Constituționale va avea efecte obligatorii în primul rând în limitele procesului respectiv, constând în aplicarea dispozițiilor a căror constituționalitate a fost confirmată (efecte *inter partes*, specifice excepțiilor în general)¹⁶ și în al doilea rând în posibilitatea, pe viitor, ca respectivele dispoziții să facă obiectul unor noi excepții de neconstituționalitate, cu respectarea astfel a dreptului fundamental la apărare al părților în procese și a echității (prevederea constituțională într-o anumită situație de fapt, într-un anumit litigiu și pentru anumite subiecte, se poate arăta neconstituțională într-o altă situație de fapt, față de alte subiecte¹⁷).

În virtutea autorității de lucru judecat a deciziei Curții, aceleași părți și nici instanța *a quo* nu pot reitera o excepție de neconstituționalitate anterior respinsă și având ca fundament aceleași motive¹⁸. Jurisprudența Curții se prezintă în acest sens, prin Decizia nr. 27 din 25 mai 1993¹⁹, instanța constituțională precizând că „Decizia anterioară de respingere este, însă, obligatorie potrivit art. 145 alin. (2) din Constituție, astfel că *atât timp cât motivele care au justificat-o subzistă în continuare, fiind aceleași, rezolvarea excepțiilor ulterioare de aceeași natură nu*

¹⁵ A se vedea pe larg Dan Claudiu Dănișor, *Despre cauzele utilizării excesive a excepției de neconstituționalitate*, în Revista română de jurisprudență nr. 3/2009, p. 37-42.

¹⁶ A se vedea în același sens Ioan Muraru, Nasty Marian Vlădoiu, Andrei Muraru, Silviu-Gabriel Barbu, *op.cit.*, p. 282.

¹⁷ Bianca Selejan-Guțan, *Excepția de neconstituționalitate*, Ed. C.H. Beck, București, 2005, p. 135.

¹⁸ Dan Cimpoeru, *Actele jurisdicționale ale Curții Constituționale*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2010, p. 201.

¹⁹ Publicată în M. Of. nr. 163 din 15 iulie 1993.

poate fi alta". A contrario, apariția unor noi motive poate conduce la reiterarea controlului pe cale de excepție asupra aceleiași norme, inclusiv de către aceleași părți sau de către instanță din oficiu²⁰, fiind posibilă declararea neconstituționalității cu efecte *erga omnes*.

În situația *declarării*, prin decizie a Curții, pe cale de excepție, a *neconstituționalității* uneia sau mai multor dispoziții din legi și ordonanțe în vigoare, efectul general obligatoriu al acestui tip de decizie este explicat în însuși textul constituțional. Astfel, în art. 147 alin. (1) se prevede: „dispozițiile din legi și ordonanțe în vigoare (...), constatate ca fiind neconstituționale, își încetează efectele juridice la 45 de zile de la publicarea deciziei Curții Constituționale dacă, în acest interval, Parlamentul sau Guvernul, după caz, nu pun de acord prevederile neconstituționale cu dispozițiile Constituției. Pe durata acestui termen, dispozițiile constatate ca fiind neconstituționale sunt suspendate de drept”. Deși referirea la excepție nu este expresă, ea este implicită, deducându-se din aceea că dispozițiile citate se referă la „legi și ordonanțe în vigoare”, care nu pot face decât obiectul controlului de constituționalitate concret, pe cale de excepție, normat în art. 146 lit. d).

Evident câștig față de forma veche a Constituției, aceste prevederi ridică totuși problema solidității efectelor de care se bucură constatarea neconstituționalității pe cale incidentală, de excepție. Este vorba de efecte general obligatorii care privesc nu doar părțile litigiului în care s-a ridicat excepția, ci înseși autoritățile publice de la care emană dispozițiile declarate contrare Constituției prin acest procedeu.

Dincolo de implicațiile unei atare decizii în soluționarea procesului inițial, în cursul căruia s-a ridicat excepția de neconstituționalitate (neaplicarea dispozițiilor sancționate), în virtutea puterii pentru viitor (art. 147 din Constituție) a deciziei Curții, ca prim efect specific al neconstituționalității declarate pe cale de excepție, subzistă posibilitatea pentru Parlament sau Guvern, după caz, de a-și exercita atribuțiile conferite de Constituție în sensul modificării dispozițiilor sancționate și acordării lor cu voința puterii constituante, exprimate în actul fundamental. În opinia noastră, este vorba de o competență ce prezintă caracterul unei obligații, cel puțin de ordin politic. Mai mult, această facultate este prevăzută cu un termen limită, de 45 de zile de la publicarea deciziei Curții în Monitorul Oficial al României. Pe durata termenului, suspendarea de drept a dispozițiilor neconstituționale are un caracter preventiv, urmărind împiedicarea producerii de efecte juridice eventual lezionate pentru subiectele de drept, nu doar cele din procesul ce a ocazionat excepția.

Posibilitatea de modificare în vederea punerii de acord cu textul și spiritul Constituției poate fi neexercitată de către Parlament sau Guvern, situație în care apare un al doilea efect specific al deciziei de neconstituționalitate date pe cale de

²⁰ În același sens Ioan Muraru, Nasty Marian Vlădoiu, Andrei Muraru, Silviu-Gabriel Barbu, *op. cit.*, p. 283.

excepție, în configurația actuală a acesteia și anume sancțiunea propriu-zisă prevăzută de Constituție cu privire la dispozițiile neconstituționale în cauză: acestea își încetează efectele juridice la expirarea termenului de 45 de zile prevăzut anterior.

Această încetare a efectelor juridice intervine deci în subsidiar, în lipsa modificării dispozițiilor care să ducă la conformitatea lor cu Constituția și constă într-o abrogare atipică a dispozițiilor la care face referire decizia de neconstituționalitate dată pe calea excepției. Acestea vor rămâne formal în vigoare, însă private de posibilitatea aplicării lor indivizilor și grupurilor și deci de aceea de a produce efecte juridice. Or, în esență, a nu produce efecte este același lucru cu a nu exista, cu a nu fi în vigoare. Iată caracterul absolut, general obligatoriu al deciziei de neconstituționalitate pe calea excepției, așa zice chiar abstract, întrucât influențează existența ca norme de drept a unor prevederi din legi sau ordonanțe.

O altă noutate a constituției în materia excepției constă în posibilitatea Curții de a se pronunța și asupra excepțiilor de neconstituționalitate privind legi și ordonanțe ridicate și în fața instanțelor de arbitraj comercial. În plus, excepția poate fi ridicată, conform aceluiași art. 146, și direct, de către Avocatul Poporului. Spre deosebire de concepția clasică, Avocatul Poporului nu ridică excepția în fața unei instanțe judecătorești, ci în fața Curții înseși, independent de implicarea Avocatului într-un proces concret, în care să apară ca parte.

Având în vedere precizările făcute anterior, se observă apropierea concepției constituantului român asupra efectelor excepției de efectele tipice căii acțiunii, care duce, în sistemele ce îl consacră, la anularea propriu-zisă a actului normativ controlat, în mod direct, printr-un control în egală măsură concret. Calea acțiunii este specifică modelului european care propune un contencios obiectiv²¹, caracterizat de efectele *erga omnes* ale deciziilor organelor de control. Ne aflăm aici în prezența autorității absolute de lucru judecat. O dată ce o hotărâre de contencios constituțional este pronunțată în modelul european, ea va însoți legea în cauză, aspect de care va trebui să țină seama restul instanțelor judecătorești²².

Deși în România nu se poate cere direct organului de control al constituționalității anularea unui act pe motiv că nu respectă prevederi constituționale și încalcă astfel drepturi garantate în actul fundamental al statului, se poate obține o anulare implicită a acestuia, pe cale incidentală, cu ocazia soluționării, de către instanțele de drept comun, a litigiilor ce cad în competența lor de judecată și în care se ridică excepția de neconstituționalitate.

Implicațiile noilor prevederi ale Constituției României în materia excepției de neconstituționalitate se referă la întărirea rolului de garant al supremației

²¹ Antonie Iorgovan, *Drept Constituțional și Instituții Politice. Teorie Generală*, Ed. Galeriaile J.-L. Calderon, București, 1994, p. 89.

²² *Idem*.

Constituției pe care îl deține Curtea Constituțională, prevăzut de altfel expres în art. 142 alin. (1). Prin efectele general obligatorii ale deciziilor sale privind excepțiile de neconstituționalitate, Curtea face interpretare general obligatorie atât legilor, cât și ordonanțelor. Când privește legile, Curtea se alătură astfel Parlamentului, organului care tradițional este singurul ce poate face interpretare obligatorie legii (cea oficială, autentică, realizată tot printr-o lege), fiind astfel cooptată substanțial la exercițiul funcției legislative, ca un legiuitor negativ, de vreme ce poate lipsi de efecte legi deja în vigoare, întocmai precum o lege nouă, ce abrogă o lege veche.

Faptul că aceste noi efecte ale neconstituționalității pe cale de excepție se produc la inițiativa părților din procese (căci excepția este un mijloc de apărare a lor), duce la o cooptare a individului la legiferare, la o exprimare a posibilității acestuia de a influența exercitarea suveranității legislative altfel decât în momentul legitimării prin vot a organului reprezentativ, oferind posibilitatea pentru același individ de a sancționa indirect, activitatea de normare și organele cărora le este atribuită prin textul fundamental. Aceeași afirmație este valabilă și în cazul Avocatului Poporului care, ridicând direct excepția de neconstituționalitate, capătă o prerogativă concretă, efectivă, de a interveni în justiția constituțională și își vede întărit astfel rolul său de apărător al drepturilor și libertăților persoanelor fizice.

În materia excepției de neconstituționalitate, Curtea Constituțională rămâne garant al drepturilor fundamentale, cenzurând legea și ordonanța lezionară pentru acestea din chiar inițiativa titularului acestor drepturi. Curtea devine astfel un mediator între societatea civilă și puterea publică, cu avantajul că poate crea obligații pentru autoritățile publice în materia atribuțiilor oferite lor de Constituție privind legiferarea la sesizarea particularului și cu aparentul dezavantaj că se realizează o imixtiune a Curții în repartitia de competențe între organele puterilor în stat, câtă vreme un organ în mare parte judiciar influențează normarea, făcută fie de Parlament, ca organ reprezentativ, fie de Guvern, prin ordonanțe simple sau de urgență.

3. Obligativitatea deciziilor Curții pentru autoritățile publice

În primul rând, deciziile Curții sunt obligatorii pentru autoritățile publice implicate în procesul de formare a normei declarate neconstituțională. După cum dezvoltasem anterior, în cadrul diferitelor tipuri de control de constituționalitate, declararea neconstituționalității normei creează o obligație în sarcina organului care a edictat-o fie de reexaminare a dispozițiilor respective pentru punerea lor de acord cu decizia Curții Constituționale (controlul a priori al legilor și ordonanțelor), fie de imposibilitate a ratificării (controlul a priori al tratatelor), fie de punere de acord a prevederilor neconstituționale cu dispozițiile Constituției într-un anumit

termen (controlul a posteriori al legilor, ordonanțelor, regulamentelor și hotărârilor Parlamentului).

Curtea, prin Decizia nr. 1018 din 19 iulie 2010²³, confirmă obligativitatea deciziilor sale față de aceste autorități publice dispunând că *„adoptarea de către legiuitor a unor norme contrare celor hotărâte într-o decizie a Curții Constituționale, prin care se tinde la păstrarea soluțiilor legislative afectate de vicii de neconstituționalitate, încalcă Legea fundamentală”*. În același sens, prin Decizia Plenului nr. 1 din 17 ianuarie 1995²⁴ privind obligativitatea deciziilor sale pronunțate în cadrul controlului de constituționalitate, Curtea sublinia că *„datorită efectului obligatoriu general al deciziilor Curții Constituționale, jurisprudența acesteia trebuie avută în vedere de toate organele implicate în procesul de elaborare și de aplicare a legilor și a ordonanțelor Guvernului, precum și de Camere la elaborarea sau modificarea regulamentelor Parlamentului”, și că „dacă prin decizie se constată neconstituționalitatea, ea produce efecte erga omnes, adică are un efect obligatoriu general, care vizează toate autoritățile publice, cetățenii și persoanele juridice de drept privat”*.

În al doilea rând, obligativitatea deciziilor Curții se impune și instanțelor judecătorești.

Mai întâi, în cazul respingerii unei excepții de neconstituționalitate, judecătorul ordinar este obligat să aplice în cauza dedusă judecării norma a cărei constituționalitate a fost confirmată printr-o decizie anterioară a Curții. Instanța constituțională, în acord cu jurisprudența sa anterioară, Decizia Plenului Curții Constituționale nr. 1 din 17 ianuarie 1995 sau Decizia nr. 1415 din 4 noiembrie 2009²⁵, face o precizare importantă cu ocazia Deciziei nr. 1018 din 19 iulie 2010: *„puterea de lucru judecat ce însoțește actele jurisdicționale, deci și deciziile Curții Constituționale, se atașează nu numai dispozitivului, ci și considerentelor pe care se sprijină acesta. Soluția este aceeași și pentru efectul general obligatoriu al deciziilor Curții Constituționale”*.

Apoi, în cazul declarării neconstituționalității normei pe cale incidentală, judecătorul este obligat să o excludă de la aplicare. Suspendarea efectelor juridice ale normei juridice pe parcursul termenului de 45 de zile în care Parlamentul sau Guvernul trebuie să pună de acord prevederile neconstituționale cu dispozițiile Constituției nu constituie însă un motiv de suspendare a procesului, obligația judecătorului ordinar fiind în sensul neaplicării acesteia, dar având posibilitatea în orice moment să aplice alte norme juridice incidente în cauză sau chiar principiile constituționale.

²³ Publicată în M. Of. nr. 511 din 22 iulie 2010.

²⁴ Publicată în M. Of. nr. 16 din 26 ianuarie 1995.

²⁵ Publicată în M. Of. nr. 796 din 23 noiembrie 2009.

4. Obligatorivitatea deciziilor Curții în cazul declarării neconstituționalității reglementărilor abrogative

La prima vedere lucrurile par simple: ca orice reglementare, și reglementările abrogative pot forma obiectul controlului de constituționalitate dacă se prezintă în formele constituțional instituite, Curtea putând pronunța fie constituționalitatea, fie neconstituționalitatea acestora. Problema devine interesantă și totodată complexă în cazul declarării neconstituționalității unei reglementări abrogative supusă controlului. Mai întâi, prin prisma competenței în sine, Curtea declarându-se competentă să efectueze un astfel de control și implicit să intervină în procesul de abrogare a unei norme la edictarea căreia nu a participat. Apoi, prin prisma efectelor obligatorii ale deciziei Curții de pronunțare a neconstituționalității norme abrogative în acest caz, în concret acestea constând în repunerea norme abrogate în vigoare.

În acest mod a procedat Curtea cu ocazia Deciziei nr. 62 din 18 ianuarie 2007²⁶, decizie prin care a constatat neconstituționalitatea art. 1 pct. 56 din Legea nr. 278/2006 pentru modificarea și completarea Codului penal, precum și pentru modificarea și completarea altor legi²⁷, având următorul cuprins: „Articolele 205, 206, 207 și 236¹ se abrogă.”, statuând la acea dată în mod neechivoc atât competența sa în materie, cât și efectul deciziei pronunțate: „Referitor la competența sa, Curtea reține că art. 146 lit. d) din Constituție nu exceptează de la controlul de constituționalitate dispozițiile legale de abrogare și că, în cazul constatării neconstituționalității lor, acestea își încetează efectele juridice în condițiile prevăzute de art. 147 alin. (1) din Constituție, iar prevederile legale care au format obiectul abrogării continuă să producă efecte. De altfel, Curtea Constituțională s-a pronunțat în același sens prin Decizia nr. 20 din 2 februarie 2000, publicată în Monitorul Oficial nr. 72 din 18 februarie 2000”.

Motivele unei asemenea aserțiuni au fost diverse (încălcarea principiilor constituționale privind demnitatea umană ca valoare supremă, dreptul la un proces echitabil și dreptul la un recurs efectiv, stabilirea prin lege a delictelor de presă), dar efectul juridic concret astfel creat este însă important și surprinzător: Curtea repune în vigoare dispoziții legale abrogate în mod expres de către Parlament printr-o lege²⁸.

Abrogarea poate fi făcută însă în mai multe moduri iar alegerea de către legiuitor modului de abrogare se răsfrânge competenței instanței constituționale²⁹.

²⁶ Publicată în M. Of. nr. 104 din 12 februarie 2007.

²⁷ Publicată în M. Of. nr. 601 din 12 iulie 2006.

²⁸ Pentru o analiză detaliată a deciziei de față și o critică fundamentată a aserțiunii Curții a se vedea Dan Claudiu Dănișor, Sebastian Rădulețu, *Comentariul Deciziei Curții Constituționale nr. 62 din 18 ianuarie 2007*, Curierul Judiciar nr. 3/2007.

²⁹ Dan Claudiu Dănișor, Sebastian Rădulețu, *op.cit.* În același sens se pronunță și Mădălina Nica, *Comentariul Deciziei Î.C.C.J, secția penală, nr. 2203 din 4 iunie 2010*, Pandectele Române nr. 1/2011, p. 175.

Astfel, dacă norma legală este abrogată prin înlocuirea sa cu o altă normă, Competența Curții se rezumă la controlul constituționalității conținutului noii reglementări. În acest caz, efectul declarării normei de abrogare ca fiind neconstituțională constă în aceea că Parlamentul va trebui să pună de acord în 45 de zile norma cu dispozițiile Constituției, neconformarea conducând la încetare de drept efectele juridice ale normei. Situația se prezintă însă diferit „dacă norma de abrogare desființează pur și simplu norma anterioară fără să pună nici o altă normă în loc”, Curtea neavând practic ce conținut al noii norme să raporteze la dispozițiile constituționale. Pe cale de consecință, ea va trebui să judece dacă poate sau nu să decidă cu privire al omisiunile legiuitorului³⁰.

Referirea Curții la jurisprudența sa anterioară pre-revizuire, Decizia nr. 20 din 2 februarie 2000³¹, nu este oportună, deoarece la acea dată Curtea analiza constituționalitatea unei norme care nu abroga pur și simplu, ci înlocuia o normă cu alta. În plus, efectul deciziilor Curții pronunțate în controlul a posteriori înainte de 2003 consta în faptul că norma declarată neconstituțională nu mai putea fi aplicată, efect radical diferit de actualele dispoziții constituționale în materie.

În acest context, interpretarea în sensul căreia decizia Curții repune „în vigoare dispozițiile art. 205, 206 și 207 din Codul penal este abuzivă”. Curtea nu avea competența constituțională de decide în acest mod deoarece efectele deciziilor sale în cadrul controlului a posteriori sunt strict reglementate constituțional și constau în suspendarea aplicării legii pentru un termen 45 de zile și instituirea unei obligații pentru Parlament de a pune dispoziția neconstituțională de acord cu Constituția, încetarea efectelor juridice ale normei declarată neconstituțională intervenind, după cum subliniam anterior, incidental, doar dacă această obligație nu este satisfăcută.

Un alt argument în sens contrar celor statuate de către Curte constă în faptul că o normă legală nu poate fi repusă în vigoare decât respectând principiul paralelismului formelor și competențelor³², adică de același organ, de aceeași voință, și în aceeași formă. Deci, Curtea Constituțională nu are deci competența de a repune în vigoare reglementările abrogate prin deciziile care declară neconstituționale normele de abrogare. Într-o primă fază a jurisprudenței sale în materie, prin Decizia nr. 200 din 25 noiembrie 1999³³, Curtea aprecia corect că Parlamentul are

³⁰ A se vedea în acest sens Dan Claudiu Dănișor, *Înțelegerea trunchiată a competenței exclusive a Curții Constituționale în domeniul contenciosului constituțional (II). Partajul competențelor de justiție constituțională în raport de distingerea validității de conformitate*, Pandectele Române nr. 3/2011, p. 34-35.

³¹ Publicată în M. Of. nr. 72 din 18 februarie 2000.

³² A se vedea pentru detalii Dan Claudiu Dănișor, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, Ed. C.H. Beck, București, 2006.

³³ Publicată în M. Of. nr. 58 din 8 februarie 2000.

competență exclusivă în materia incriminării insultei, statuând că „Legiuitorul este deci singurul în măsură să decidă incriminarea sau dezincriminarea insultei”.

Înalta Curte de Casație și Justiție, secția penală, prin Decizia nr. 2203 din 4 iunie 2010 a avut o opinie tranșantă și corectă cu privire la declararea neconstituționalității acestor dispoziții legale prin decizia Curții, precum și cu privire la efectele acestei decizii³⁴. Instanța supremă, afirmă că aceste dispoziții au fost abrogate expres prin art. 1 pct. 56 din Legea nr. 278/2006, clarificând o primă problemă a speței, faptul dacă normele legale a căror încălcare a fost invocată în speță sunt sau nu în vigoare, apreciind că se afla în cea de-a doua ipoteză.

Referindu-se la decizia instanței constituționale, ÎCCJ subliniază că „prin această decizie Curtea Constituțională nu poate deveni legislator pozitiv”, afirmația, chiar dacă nu declară în mod expres incompetența Curții Constituționale în acest caz, fiind suficient de clară pentru a acredita ideea corectă a depășirii competențelor de către Curte³⁵.

În plus, afirmația ÎCCJ potrivit căreia „dispozițiile abrogate de legiuitor nu reintră automat în vigoare odată cu adoptarea deciziei. Pentru ca dispozițiile legale referitoare la infracțiunile de insultă și calomnie să reintre în vigoare este nevoie de acțiunea legiuitorului, singurul care poate stabili ce fapte intră în sfera penalului și devin infracțiuni.”, apar în concordanță cu efectul juridic al deciziilor Curții în cadrul controlului a posteriori stabilit de către constituent prin art. 147 alin. (1), Parlamentul având posibilitatea punerii de acord a acestora cu actul fundamental. Însă Parlamentul dispune de „libertatea de a pune de acord, în modalitatea pe care o crede apropiată, normele declarate constituționale cu Constituția. El nu este obligat să repună în vigoare normele care fuseseră abrogate de norma declarată de Curte ca fiind contrară Constituției”³⁶.

5. Deciziile Curții Constituționale produc efecte juridice doar pentru viitor

Potrivit art. 147 alin. (4) din Constituție „Deciziile Curții Constituționale se publică în Monitorul Oficial al României, De la data publicării, deciziile sunt general obligatorii și *au putere numai pentru viitor*”. Astfel, dispoziția constituțională prevede în mod expres efectul *ex nunc* al deciziilor Curții, făcând aplicația principiului general al neretroactivității, *tempus regit actum*.

Deciziile Curții se caracterizează prin autoritatea lucrului judecat, absolută sau relativă în funcție de poziția adoptată de către aceasta, de admitere sau de

³⁴ Pentru o analiză completă a considerentelor Î.C.C.J enunțate cu această ocazie a se vedea Mădălina Nica, *Comentariul Deciziei Î.C.C.J, secția penală, nr. 2203 din 4 iunie 2010*, în *Pandectele Române* nr. 1/2011, p. 173-177.

³⁵ Mădălina Nica, *op.cit.*, p. 175.

³⁶ Dan Claudiu Dănișor, Sebastian Rădulețu, *op. cit.*, p. 10.

respingere a excepției de neconstituționalitate³⁷. Puterea de lucru judecat trebuie distinsă de caracterul general obligatoriu al deciziilor Curții, primul aspect având aplicabilitate față de părțile din procesul în care a fost invocată, pe când al doilea aspect vizând toate subiectele de drept³⁸. Declararea constituționalității normei conduce la imposibilitatea reiterării excepției ridicate de către aceleași părți sau de către instanță din oficiu în aceeași cauză, cu precizarea că dacă motivele și cauza sunt diferite acest lucru devine posibil. Prin Decizia nr. 27 din 25 mai 1993³⁹, instanța constituțională, aprecia că „ținând seama de prevederile art. 145 alin. (2) din Constituție și ale art. 26 alin. (5) din Legea nr. 47/1992, potrivit cărora deciziile definitive ale Curții Constituționale sunt obligatorii pentru viitor”, statua că „partea care a invocat excepția nu o mai poate reitera, întrucât, fiind contrară *puterii lucrului judecat*, ea este inadmisibilă. Dacă excepția respinsă este din nou invocată, dar de altă parte, nu există puterea de lucru judecat. Decizia anterioară de respingere este, însă, *obligatorie* potrivit art. 145 alin. (2) din Constituție, astfel că atât timp cât motivele care au justificat-o subzistă în continuare, fiind aceleași, rezolvarea excepțiilor ulterioare de aceeași natură nu poate fi alta”.

Dispoziția constituțională ce consacră efectul *ex nunc* al deciziilor Curții instituie o interdicție în ceea ce privește constituirea prin aceste decizii de efecte retroactive.

Prin Decizia nr. 838 din 27 mai 2009⁴⁰, soluționând un conflict juridic de natură constituțională, Curtea a statuat *expressis verbis* că „potrivit art. 147 alin. (4) din Constituție, «Deciziile Curții Constituționale se publică în Monitorul Oficial al României. De la data publicării, deciziile sunt general obligatorii și au putere numai pentru viitor». Efectul *ex nunc* al actelor Curții constituie o aplicare a principiului neretroactivității, garanție fundamentală a drepturilor constituționale de natură a asigura securitatea juridică și încrederea cetățenilor în sistemul de drept, o premisă a respectării separației puterilor în stat, contribuind în acest fel la consolidarea statului de drept. Pe cale de consecință, efectele deciziei Curții nu pot viza decât actele, acțiunile, inacțiunile sau operațiunile ce urmează a se înfăptui în viitor de către autoritățile publice implicate în conflictul juridic de natură constituțională”.

Din cele de mai sus, rezultau, în mod evident, două aspecte: pe de o parte, deciziile Curții Constituționale pronunțate în temeiul art. 146 lit. e) din Constituție au putere numai pentru viitor, iar pe de altă parte, deciziile Curții Constituționale,

³⁷ A se vedea Ioan Muraru, Nasty Marian Vlădoiu, Andrei Muraru, Silviu-Gabriel Barbu, *op. cit.*, p. 257-258.

³⁸ Bianca Selejan-Guțan, *Excepția de neconstituționalitate*, Ed. C.H. Beck, București, 2005, p. 203.

³⁹ Publicată în M. Of. nr. 163 din 15 iulie 1993.

⁴⁰ Publicată în M. Of. nr. 461 din 3 iulie 2009.

facând parte din ordinea normativă, nu pot fi aplicate retroactiv, mai exact unor raporturi/situații juridice încheiate.

6. Poate Curtea Constituțională să extindă sfera dispozițiilor constituționale cu a căror presupusă încălcare a fost sesizată în efectuarea controlului prevederilor legale contestate?

Răspunsul trebuie nuanțat în raport de ce tip de control exercită Curtea.

În *cazul controlului a posteriori* pe cale de trimitere, urmare a unei excepții de neconstituționalitate, Curtea este legată de limitele sesizării, căci altfel ea ar încălca un principiu general al procesului, care presupune că instanța se poate pronunța doar asupra a ceea ce s-a cerut. Trebuie avut în vedere că instanța de contencios constituțional rezolvă în cazul contenciosului a posteriori o excepție într-un proces aflat pe rolul unei instanțe de judecată, deci că ea este ținută de principiile ce guvernează acest cadru: procesul. Faptul că decizia este apoi obligatorie *erga omnes* nu are relevanță din acest punct de vedere.

În *cazul controlului a priori* Curtea nu mai este ținută de principiile aplicabile procesului. Ea se pronunță de data aceasta în abstracto și preventiv asupra constituționalității legilor adoptate dar nepromulgate. Răspunsul la întrebarea dacă Curtea poate extinde sfera dispozițiilor constituționale în raport cu care realizează controlul nu poate fi decât afirmativ. Ea este chemată să judece de data aceasta nu afectarea unui drept fundamental concret al unui subiect determinat, ci compatibilitatea generală și abstractă dintre legea adoptată de Parlament și Constituție, trebuind să aibă ca normă de referință întreaga Constituție, nu doar acele dispoziții care sunt invocate în sesizare, pentru a preveni orice încălcare a Constituției.

CONSIDERAȚIUNI PRIVIND CERERILE DE ACORDARE A DAUNELOR MORALE ÎN CAZUL CONCEDIERII NELEGALE. JURISPRUDENȚĂ COMENTATĂ

*Lector univ. dr. asociat Georgeta Alina UȘURELU
Facultatea de Științe Juridice, Economice și Administrative
Universitatea Spiru Haret*

Abstract

The claims to grant moral damages in the case of an unlawful leave, based on the provisions of art. 253 para. (1) Labour Code are subject to the norms and principles of civil liability, the plaintiff having the obligation to prove the negative consequences suffered, the values damaged by the damaging action, the degree to which these values were damaged, the intensity of perceiving the consequences of such damage, and the degree of affecting family, professional and social situation.

Keywords: *moral damages, injury, harm, salary rights, remedy*

Expunerea speței

În cauză¹, Tribunalul Teleorman a fost investit cu soluționarea unei acțiuni civile având ca obiect contestație decizie concediere formulată de reclamantul MCV în contradictoriu cu pârâta B SRL, solicitând anularea deciziei de concediere nr. 1/15.03.2018, reintegrarea în funcția deținută anterior concedierii, conform art. 78 alin. 2 Codul muncii, obligarea la plata unei despăgubiri egală cu drepturile salariale majorate și a tuturor drepturilor salariale, indexate și actualizate, ce i se cuvin până la reintegrarea efectivă pe postul deținut anterior concedierii, obligarea la plata daunelor morale și profesionale provocate conform art. 253 alin. 1 și 2 Codul muncii, apreciate la valoarea de 2500 lei, precum și obligarea la plata cheltuielilor de judecată.

În motivarea cererii, reclamantul a arătat că, la data de 24.07.2017 a fost angajat în baza contractului individual de muncă înregistrat sub nr. 10/19.07.2017. În cadrul societății B SRL a deținut funcția de asistent manager, îndeplinind

¹ Cauză publicată online pe website-ul <http://www.rolii.ro/hotarari/5bb9676fe49009c02900002b>

atribuțiile aferente acesteia, fără incidente, avertismente sau sancțiuni disciplinare. La data de 15.03.2018 i s-a comunicat decizia de concediere nr. 1/15.03.2018, prin care societatea a dispus încetarea contractului individual de muncă, începând cu 12.04.2018.

Reclamantul a apreciat decizia de concediere ca fiind nelegală, abuzivă și netemeinică, având în vedere următoarele aspecte: nu a beneficiat de termenul de preaviz de cel puțin 20 zile lucrătoare, conform art. 75 alin. 1 Codul muncii. În realitate, preavizul de care a beneficiat a fost de 17 zile lucrătoare; zilele de 6 aprilie și 9 aprilie, nefiind zile lucrătoare. Nu i-a fost înmănat un exemplar al preavizului. A suferit astfel, un prejudiciu material, dar și moral. A arătat că desființarea locului de muncă nu este efectivă, nu are o cauză reală și serioasă, întrucât din decizia de concediere nu reiese care este motivul real al desființării postului de asistent manager, fiind enumerate mai multe situații cauzatoare; a arătat că în cadrul societății sunt mai mulți angajați pe postul desființat, de asistent manager, departajarea în vederea desființării postului ocupat de el fiind una personală.

În drept, cererea a fost întemeiată pe dispozițiile art. 268 alin. 1, art. 75 alin. 1, art. 65 alin. 1 și 2 Codul muncii.

Pârâta a formulat întâmpinare, arătând, în esență, că solicită respingerea acțiunii reclamantului ca fiind neîntemeiată, cu cheltuieli de judecată. În ceea ce privește decizia de concediere, pârâta a arătat că aceasta conține toate elementele prevăzute de lege, precum și perioada de preaviz, care a fost respectată. A susținut pârâta că reclamantul trebuie să dea dovadă de bună-credință și să realizeze faptul că nu au fost calculate în perioada de preaviz zilele libere și i-au fost achitate drepturile salariale, așa cum rezultă din înscrisurile depuse. Astfel, decizia i-a fost comunicată salariatului la data de 15.03.2018, iar perioada de preaviz s-a desfășurat în perioada de până la data de 12.04.2018, cu calcularea zilelor libere prevăzute de Codul Muncii, cu excepția zile de 06.04.2018 (Vinerea Mare), care a fost acordată ca fiind zi liberă prin HG în anul curent.

A mai arătat pârâta că, postul deținut de către fostul angajat a fost desființat, conform hotărârii și deciziei contestate, iar pe acest post nu a fost angajată o altă persoană, conform REVISAL și organigramei societății. Dificultățile economice au determinat desființarea postului, societatea având mai multe datorii la ANAF.

În privința daunelor morale, pârâta a menționat că, acestea nu sunt motivate în fapt și în drept, mai mult ICCJ a statuat că nu se pot acorda daune morale salariaților pentru concediere nelegală, doar în situația în care ar fi prevăzut în CIM o asemenea situație particulară, ceea ce nu e cazul în speță.

Prin sentința nr. 504 pronunțată în ședința publică din 12 septembrie 2018, Tribunalul Teleorman, analizând cererea reclamantului prin prisma probelor administrate și a prevederilor legale incidente în cauză instanța a constatat că, aceasta este întemeiată în parte reținându-se că derularea raporturilor de muncă presupune

respectarea atât de către angajator, cât și de către salariat, a unor reguli care stabilesc drepturi și obligații în sarcina ambelor părți, iar una dintre obligațiile specifice angajatorului, căreia îi corespunde un drept corelativ salariatului la care acesta nu poate renunța, o constituie obligația angajatorului de a acorda salariatului concediat un termen de preaviz.

Preavizarea reprezintă, în fapt, informarea salariatului cu privire la faptul că la o anumită dată îi va înceta contractul individual de muncă.

Arată instanța că în Codul muncii nu se reglementează modalitatea de calcul a preavizului, stipulând doar că „persoanele concediate ... beneficiază de dreptul la un preaviz ce nu poate fi mai mic de 20 de zile lucrătoare” [art. 75 alin. (1)].

Prin dispozițiile art. 278 din Codul muncii legiuitorul a stabilit că, în măsura în care nu sunt incompatibile cu specificul raporturilor de muncă prevăzute de Codul muncii, prevederile acestui act normativ „se întregesc ... cu dispozițiile legislației civile”.

În acest sens, prevederi din legislația civilă care fac referire la calculul termenelor se regăsesc în Codul civil – art. 2.551-2.556, precum și în Codul de procedură civilă – art. 180 – art. 186.

Referitor la calculul termenelor stabilite pe zile, dispozițiile art. 2.553 alin. (1) din Codul civil prevăd că în cazul în care „termenul se stabilește pe zile, nu se iau în calcul prima și ultima zi a termenului”. Alin. (2) al art. 2.553 stabilește că „termenul se va împlini la ora 24,00 a ultimei zile”.

În cauză, în raport de prevederile legale precitate, termenul de preaviz de 20 de zile lucrătoare a început să curgă de la data de 15.03.2018 și s-a împlinit la data 17.04.2018, având în vedere că, zilele de 6 aprilie și 9 aprilie 2018 au fost zile libere conform art. 139 Codul muncii astfel cum a fost modificat prin Legea nr. 64/2018.

Așa cum s-a reținut anterior, pârâta a dispus concedierea reclamantului începând cu data de 12.04.2018, nerespectând durata preavizului, care nu poate fi mai mic de 20 de zile lucrătoare, ceea ce echivalează cu încălcarea dreptului la preaviz și atrage nulitatea absolută a măsurii concedierii și a deciziei de concediere.

În acest sens, s-a pronunțat Înalta Curte de Casație și Justiție, prin decizia nr. 8 din 8 decembrie 2014, care, interpretând dispozițiilor art. 78 din Codul muncii cu referire la art. 75 alin. (1) din același cod, a statuat că neacordarea preavizului cu durata minimă prevăzută de art. 75 alin. (1) din Codul muncii, republicat, respectiv cu durata cuprinsă în contractele colective sau individuale de muncă, dacă aceasta este mai favorabilă angajatului, atrage nulitatea absolută a măsurii de concediere și a deciziei de concediere.

În aceste considerente și în baza art. 80 Codul muncii, instanța a admis în parte acțiunea reclamantului, anulând decizia nr. 1/15.03.2018 emisă de pârâtă, ca nelegală; a dispus reintegrarea reclamantului pe postul deținut anterior concedierii, obligând pârâta să plătească acestuia despăgubiri egale cu salariile indexate,

majorate și reactualizate, precum și celelalte drepturi de care ar fi beneficiat, de la data concedierii până la data reintegrării efective.

În ceea ce privește plata daunelor morale, instanța a arătat că se impunea ca reclamantul să producă un minimum de argumente și indicii din care să rezulte în ce măsură drepturile personale nepatrimoniale i-au fost afectate, fiind nevoie și de existența unor elemente probatorii adecvate, de natură să permită instanței găsirea unor criterii de evaluare a întinderii acestora.

Prin urmare, fără o justificare a prejudiciului moral suferit și o bază probatorie, suma pretinsă de reclamant cu titlu de daune morale a arătat instanța că este total arbitrară, neputând fi acordată. De asemenea, s-a reținut că reclamantul nu a probat daunele profesionale provocate de societatea pârâtă, cererea privind plata acestora fiind respinsă ca nefondată.

Comentariu

Daunele morale presupun o atingere adusă integrității persoanei în ipoteza unei concedieri nelegale. Un angajat concediat nelegal își pierde, dincolo de locul de muncă, stima de sine, respectul colegilor, experimentează sentimente de insecuritate financiară, socială și familială, putând pierde și respectul membrilor familiei.

Legiuitorul a prevăzut sediul materiei în art. 253 Codul muncii, care arată că angajatorul este obligat, în temeiul normelor și principiilor răspunderii civile contractuale, să îl despăgubească pe salariat în situația în care acesta a suferit un prejudiciu material sau moral din culpa angajatorului în timpul îndeplinirii obligațiilor de serviciu sau în legătură cu serviciul².

Întrucât Codul Muncii nu prevede reguli speciale referitoare la sensul noțiunii de prejudiciu moral și la modul de repararea acestuia, în temeiul art. 253 alin. (1) C. muncii, cu privire la răspunderea pentru daunele morale sunt aplicabile dispozițiile din legislația civilă, ca drept comun în materie pentru că este întrunită cerința textului legal, respectiv nu există nimic specific normelor muncii în această materie de natură să nu se aplice dispozițiile legii civile³. În acest sens, Codul civil,

² În forma inițială, art. 253 alin. (1) din Cod prevedea obligația angajatorului de a acoperi doar prejudiciile materiale. Înalta Curte de Casație și Justiție, prin Decizia nr. XL (40) din 7 mai 2007, publicată în M. Of. nr. 763 din 12 noiembrie 2007, stabilise că, în aplicarea textului din Codul muncii, daunele morale puteau fi acordate salariaților de către angajator numai dacă prin act normativ, contract colectiv de muncă sau contract individual de muncă există norme în acest sens. Prin Legea nr. 237/2007, publicată în M. Of. nr. 497 din 25 iulie 2007, textul din Codul muncii a fost completat în sensul că antrenarea răspunderii patrimoniale a angajatorului se poate face și pentru acoperirea prejudiciilor morale produse salariatului în timpul executării contractului individual de muncă.

³ Gheorghe Monica, *Câteva considerații referitoare la reglementarea și acordarea daunelor morale în raportul de muncă*, Revista Română de Dreptul Muncii nr. 5/2018.

în materia răspunderii contractuale, prevede în art. 1531 alin. (3) că în cazul neexecutării culpabile a obligațiilor, creditorul are dreptul și la repararea prejudiciului nepatrimonial.

Potrivit jurisprudenței constante a Curții Europene a Drepturilor Omului (cauza Tolstoy Miloslavsky contra Regatului Unit și toate cauzele în care se constată încălcări ale drepturilor prevăzute de Convenția Europeană a Drepturilor Omului), daunele morale se stabilesc în raport cu consecințele negative suferite de victimă, importanța valorilor lezate, măsura în care au fost lezate aceste valori, intensitatea cu care au fost percepute consecințele vătămării, măsura în care victimei i-a fost afectată situația familială, profesională și socială. În cuantificarea prejudiciului moral, aceste condiții sunt subordonate condiției aprecierii rezonabile pe o bază echitabilă, corespunzătoare prejudiciului real și efectiv produs reclamantului, astfel încât să nu se ajungă la o îmbogățire fără justă cauză a celui care pretinde daune morale⁴.

În cauză, instanța de judecată a procedat în mod corect la respingerea cererii de chemare în judecată sub aspectul acordării daunelor morale, raportat la următoarele aspecte:

Reclamantul și-a justificat solicitarea de acordare a daunelor morale prin prisma criticilor aduse deciziei de concediere, arătând că desființarea locului de muncă nu are o cauză reală, efectivă și că nu a beneficiat în întregime de dreptul de preaviz obligatoriu prin lege. Dincolo de prejudiciul material invocat de reclamant, care totalizează salariile de care a fost lipsit acesta, precum și celelalte beneficii, reclamantul a invocat și un prejudiciu moral, pe care nu l-a explicat în niciun fel, și nici probat.

Aplicând în cauză criteriile identificate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului în materia daunelor morale, putem observa că reclamantul nu a reliefat nicio consecință negativă suferită, nu a menționat care sunt valorile lezate prin decizia de concediere, măsura în care au fost lezate aceste valori, intensitatea cu care au fost percepute consecințele vătămării, măsura în care acestuia i-a fost afectată situația familială, profesională și socială. Or în cauză nu s-a argumentat și nici nu s-a putut proba existența vreunei vătămări, alta decât cea produsă prin desfacerea contractului de muncă și pierderea locului de muncă, reparată prin anularea deciziei și repunerea părților în situația anterioară. Astfel, instanța a apreciat în mod corect că repunerea în situația anterioară, reintegrarea pe același post și plata unei despăgubiri cu titlu de salarii indexate constituie o reparație îndestulătoare pentru reclamant, raportat la consecințele actului respectiv. Invocarea generală a unui drept la daune morale în temeiul art. 253 alin. (1) Codul muncii nu poate fi admisă fără o dovedire efectivă a unui prejudiciu, a unei vătămări, fără dovedirea atingerii vreunei valori.

⁴ Înalta Curte de Casație și Justiție, decizia 824/2016, disponibilă pe website-ul www.scj.ro.

Concluzii

Formularea unei cereri de acordare a daunelor morale nu poate fi admisă în lipsa verificării criteriilor referitoare la evaluarea consecințelor negative suferite, a valorilor lezate prin decizia de concediere, a măsurii în care au fost lezate aceste valori, a intensității cu care au fost percepute consecințele vătămării, cu o eventuală răsfrângere asupra contextului familial, profesional și social.

Bibliografie

Alexandru Țiclea, *Tratat privind încetarea raporturilor de muncă. Legislație, doctrină, jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, București, 2018

Gheorghe Monica, *Câteva considerații referitoare la reglementarea și acordarea daunelor morale în raportul de muncă*, Revista Romana de Dreptul Muncii 5/2018

Înalta Curte de Casație și Justiție, decizia 824/2016, disponibilă pe website-ul www.scj.ro

PREVEDERILE REGULAMENTULUI NR. 848/2015 PRIVIND COMUNICAREA ȘI COOPERAREA ÎN CADRUL PROCEDURII INSOLVENȚEI GRUPULUI DE SOCIETĂȚI

Drd. Sebastian POPA

Abstract

By adopting the EU Regulation No.848 / 2015 of the European Parliament and of the Council of 20.05.2015 on insolvency proceedings and improving and improving the cross-border insolvency provisions. This regulation represents an improvement over the old 1346/2000, in addition to the regulation number 848/2015 and also the Union directive 1023/2019 on restructuring and insolvency, in the former regulation the insolvency of the groups of companies is not regulated.

Groups of companies are entities that often act cross-border in relations with elements of foreignness. These reports are usually valid in several systems of law, the element of strangeness being not a distinct element of the legal report next to subjects, content and object, nevertheless entering into their componse.

The insolvency proceedings applicable to the members of a group of companies, require cooperation and communication. The forms of cooperation are between insolvency practitioners, between courts and between insolvency practitioners and courts. Thus a distinct phenomenon can be realized.

Keywords: *Cross-border insolvency, group of companies, Cooperation and communication, element of strangeness.*

1. Raporturile juridice cu element de extraneitate și importanța unei reglementări unitare al domeniului insolvenței la nivelul Uniunii Europene

1. Raportul juridic cu element de extraneitate

Putem defini raportul juridic cu element de extraneitate ca fiind un raport în care un element ori un fapt de care este legată nașterea, modificarea sau stingerea

* Școala doctorală a Facultății de Drept, Universitatea din Craiova, conducător științific Prof. univ. dr. Viorel Găină

sa, se află în străinătate ori sub imperiul unei legi străine¹, această definiție doctrinară al raportului juridic cu element de extraneitate nu definește și elementul de extraneitate acesta din urmă fiind în absența unei definiții legale². Elementul de extraneitate are o fizionomie complexă și o semnificație aparte în contextul dreptului internațional privat.³ După cum putem vedea raportul stabilit unde intră în componența sa un element, este un element de extraneitate. Progresul tehnico-științific pe care societatea l-a luat în materia dreptului mai ales după conflictele armate, etnice și cataclisme sociale în care dreptul a avut parte de o transformare gravă dintr-un instrument de reglare al relațiilor sociale, într-un fel opresiv de manipulare și restrângere al individului, având loc în Europa în secolul XX, a permis spre o apariție a unei entități sociale și economice distincte și anume Uniunea Europeană.

Putem atribui această evoluție perpetuă a societății, fenomenului globalizării. Procesul de globalizare constă în interconectare lumii la scară mondială în toate segmentele vieții sociale și presupune circulația ideilor și informațiilor, a bunurilor și serviciilor, a capitalului și a forței de muncă prin punerea în față a societăților naționale cu comunitatea internațională⁴. Odată cu aderarea României la spațiul European din 1 ianuarie 2007 a permis acestor rapoarte să ia naștere într-un fel distinct, relațiile de muncă cu contracte de muncă, contracte de transport și alte facilități care s-au dezvoltat odată cu aderarea, mai ales dreptul de liberă circulație. Uniunea caută să promoveze o dezvoltare echilibrată și durabilă și asigură libera circulație a persoanelor, serviciilor, mărfurilor și capitalurilor, precum și libertatea de stabilire⁵. Globalizarea este un fenomen cu multe valențe transfrontaliere⁶.

¹ Dan Claudiu Dănișor, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, Ed. C.H. Beck, București 2006.

² Legea nr. 105/1992 privind reglementarea raporturilor de drept internațional privat (M. Of. nr. 245 din 01 octombrie 1992) nu definește în terminis, elementul de extraneitate, așa cum procedează, de pildă, în cazul raporturilor de drept internațional privat.

³ Ovidiu Ungureanu, Călina Jugastru, Adrian Circa, *Manual de drept internațional privat*, Ed. Hamangiu, București, 2008.

⁴ Stiglitz, J.E., *Mecanismele Globalizării*, Ed. Polirom, București, 2008, Gilpin, R., *Economia Mondială a secolului XXI. Provocarea capitalismului global*, Ed. Polirom, București 2004, Bari, I *Globalizarea economiei*, Ed. Economică, București, 2005.

⁵ Preambul, Carta Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene, Parlamentul European, Consiliul și Comisia proclamă în mod solemn textul următor ca fiind Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, (2007/C 303/01).

⁶ Găină V., Găină A. M., *The Legal regime of the cross-borders insolvency under economic globalization*, Iulian Boldea (coordinator), Communication, Context, Interdisciplinarity, Studies and Articles, Volume III, Section Law, Petru Maior University Press, Tg. Mureș, 2014, Găină V., Găină Al-M, Găină A. M. *The coordination of the procedure of cross-border insolvency of the group companies in the conditions of globalizaation*, Iulian Boldea(coordinator), Debates on globalization. Approaching national indentity through intercultural dialogue, Studies and articles, Social sciences and Management, Arhipelag XXI press, 2015.

Devizele pe care uniunea și le-a propus permit dezvoltarea unor astfel de rapoarte la nivelul subiecților de drept indiferent dacă sunt persoane fizice sau juridice, acestea luând loc la nivel individual, iar subiecții se află pe picior de egalitate juridică chiar dacă unul dintre ei este statul.

Odată cu intrarea României în spațiul European cetățenii străini au primit dreptul de a avea rapoarte juridice pe teritoriul țării, iar ei sunt priviți de către legiuitor cu aceiași ochi cu care ar fii privit un cetățean român. Acest principiu este unul fundamental al dreptului, anume principiul egalității în fața dreptului, unde fiecare subiect de drept este privit egal, indiferent de grupul etnic din care face parte, sex sau orientare religioasă. Dreptul, pentru a fii realizat corect nu trebuie să discrimineze, acest principiu fiind ulterior absorbit de principiul justiției, aceste lucruri fiind fundamentale pentru realizarea dreptului. Putem privi aceasta ca și cum elementul de extraneitate și raportul juridic cu element de extraneitate ca fiind unul natural, însă barierele sociale și lingvistice au îngreunat realizarea lor în mod distinct. Dreptul este natural în realizarea sa încă de la început, fiindcă dreptul este menit să nu discrimineze.

Există însă, o caracteristică foarte interesantă pentru statele Europei Occidentale cu sistem de drept romano-germanic. În aceste state dreptul internațional privat este privit ca o ramură distinctă de drept, care începe cu reglementarea unor categorii specifice de raporturi juridice cu conținut strict material, cum este reglementarea regimului juridic al propriului cetățean și al străinului, având drept scop soluționarea conflictelor de legi și conflictelor de jurisdicții. Astfel, dreptul internațional în aceste state are mai puține tangențe cu dreptul internațional public, fiind state unde statul și autoritatea centrală dictează individului, autoritatea care exercită forța statală dictând de sus în jos felul cum dreptul este realizat, individul fiind cel care urmează nu generează dreptul spre deosebire de statele *cu* caracter specific dreptului anglo-saxon, unica menire a cărora este soluționarea conflictelor de legi și a conflictelor de jurisdicție. Asemenea concepție, este specifică doctrinei dreptului internațional privat al statelor de drept anglo-saxon. Practic dreptul internațional privat este privit ca o ramură de drept auxiliară, menită să deservească instanța de judecată. În Anglia, de exemplu, dreptul internațional privat este cea parte a dreptului englez, care se aplică ori de câte ori o instanță de judecată soluționează un caz. ce conține un element străin. Materia procesuală privind judecarea cauzelor cu element de extraneitate, codul de procedură civilă, dictează că dispozițiile Cărții a VII-a sunt aplicabile în procesele de drept privat.⁷ Elementul de extraneitate despre care vorbește noul Cod de procedură civilă reprezintă un fapt juridic de atașare care privește elementele

⁷ I. Deleanu, V. Mitea, S. Deleanu, *Noul Cod de procedură civilă, vol. II. Comentarii pe articole*, Ed. Universul Juridic, București, 2013.

raportului juridic și care are aptitudinea de a genera conflictul de legi (conflictul pozitiv de legi) – atrăgând incidența a două sau mai multe sisteme de drept – sau de a da vocație de aplicare normelor materiale ori celor unificate, după caz⁸.

2. Importanța unei reglementări unitare în domeniul insolvenței la nivelul Uniunii Europene

Fiind un fapt stabilit, cooperarea internațională a statelor în materia civilă, este o ramură distinctă recunoscută instanțelor a competenței cu specificitatea de a dezlega anumite probleme de natură internațională și pricini cu elemente de extraneitate. Lipsa elementului de extraneitate duce ca acel litigiu din dreptul privat să-și piardă calitatea de raport internațional, ci unul supus normelor de drept natural. Mai întâi de toate, ne aplecăm asupra conceptului de competență, care reprezintă aptitudinea recunoscută de lege organelor cu atribuții jurisdicționale de a soluționa anumite litigii sau cereri⁹.

Dreptul național dictează cum că competența instanțelor din România în materia jurisdicțională internațională conform noului Cod de procedură civilă, se clasifică în funcție de mai mulți factori, așadar conform Codului Civil avem o competență generală și una exclusivă. Competența generală fiind dată de către atributele persoanei fizice/juridice în materia stabilirii naționalității domiciliul/reședința, sediul social, putem da ca și criteriu de distingere religia chiar fiind un element de identificare al persoanei în anumite sisteme de drept, fondul de comerț iarăși, fiind elemente care stabilesc dacă suntem în prezenta unui element de extraneitate. Cea exclusivă este dată strict prin textul de lege care indică competența instanței ce trebuie să judece, aceasta din urmă fiind una absolută care exclude atributul părților de a alege instanța.¹⁰ În nicio situație însă, o instanță română nu are posibilitatea de a stabili, conform normelor procedurale interne, că nu sunt competente instanțele din România pe singurul motiv că pârâtul are domiciliul sau sediul statutar în alt stat, respectiv pentru că ar reveni competența de soluționare a litigiului instanțelor altui stat.¹¹ Raporturile juridice ce prezintă unul sau mai multe elemente de extraneitate fac ca raporturile în cauză să aibă legătură cu mai multe sisteme de drept. În materia actelor civile

⁸ R. Duminica, L. Olah, *Drept internațional privat – partea generală*, Ed. Sitech, Craiova, 2014.

⁹ V.M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă, vol. 1. Teoria generală*, Ed. Național, București, 1996; M. Tăbărcă, *Drept procesual civil, vol. 1. Teoria generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2013; A. Tabacu, *Drept procesual civil*, ed. a 6-a, Ed. Universul Juridic, București, 2011.

¹⁰ Flavius-Antonius Baias, *Codul civil și de procedură civilă*, Ed. C.H. Beck, București 2018.

¹¹ S. Popovici, *Procesul civil internațional în reglementarea Noului Cod de procedură civilă*, în RRDA nr. 6/2013, Ed. Wolters Kluwer, București.

sunt două elemente determinante dacă ele au elemente de extraneitate sau nu conform Codului civil și de procedură civilă, elemente obiective precum locul încheierii actului, al executării sau al prestației caracteristice și unul subiectiv cum ar fi voința părților de a plasa raportul sub incidența unei legi străine.

Un exemplu elocvent ar servi un contract de vânzare-cumpărare internațională perfectat între doi agenți economici din state diferite. Tot astfel, o căsătorie încheiată într-un stat de către un cetățean a aceluși stat și un cetățean străin ridică în fața oficiului de stare civilă legea aplicabilă condițiilor de formă și de fond căsătoriei în cauză. Raporturile de succesiune sau cele rezultate din cauzarea de prejudicii ce cuprind un element străin ridică aceeași problemă – problema legii aplicabile raportului juridic.

Însă în materia dreptului comunitar sursa care dictează competența instanțelor este oferit de către Regulamentul Uniunii Europene nr. 848/2015, abrogându-l în acest proces pe cel cu nr. 1346/2000. Necesitatea creării unui regulament care să fie mult mai eficient în acest domeniu, există din faptul că intenția uniunii a fost uniformizarea și armonizarea practicilor statelor membre la nivelul european. Spre exemplu, fostul regulament nu vehicula această procedură în componența sa. Eliminarea practicilor prodebitoare sau procreditoare și oferirea unei infrastructuri bune de desfășurare a practicilor insolvenței. Astfel, înțelegem că domeniul de aplicare al regulamentului are ca scop uniformizarea procedurilor care promovează salvarea întreprinderilor viabile din punct de vedere economic, dar aflate în dificultate, și care acordă o a doua șansă antreprenorilor. Acesta ar trebui, în special, să cuprindă și procedurile care prevăd restructurarea unui debitor într-o etapă în care există doar o probabilitate a insolvenței, precum și procedurile care lasă debitorului controlul deplin sau parțial al activelor și al afacerilor sale¹².

Deci putem denota că scopul principal al acestei reglementări este de a păstra esența societății a evita falimentul și de a conserva interesul general, fiindcă momentul în care falimentul este declarat este într-un detriment mai larg decât cel al închiderii unui debitor insolubil. Scopul legii este de a încerca a conserva interesul general denotat din influența pe care grupul de societăți o are pe piața largă, păstrarea locurilor de muncă și în același timp îndeplinirea obiectivelor și interesului creditorilor.

După cum am enunțat anterior prezenta reglementare dă infrastructura legală potrivită debitorilor din grupul de societăți să transfere într-o reglementare a unui stat membru cu o procedură mai favorabilă. Pentru buna funcționare a pieței interne, este necesar să se evite ca părțile să fie tentate să transfere active sau proceduri judiciare dintr-un stat membru în încercarea de a obține o situație

¹² Pct. (10) din Preambulului Regulamentului Uniunii Europene nr. 848/2015 al Parlamentului European și al Consiliului din 20 Mai 2015 privind procedurile de Insolvență.

juridică mai favorabilă în detrimentul masei credale (turism judiciar)¹³. Uniunea Europeană prin prezentul regulament dă infrastructura legală pentru diferitele entități să-și aleagă infrastructura legală mai favorabilă, în cazul în care mai multe sisteme de drept se reunesc în interiorul aceleiași acțiuni. După cum am enunțat în prima parte a lucrării acest raport este unul cu element de extraneitate, în materia participației la raporturile juridice cu element de extraneitate pot fi persoane fizice sau persoane juridice. Titular al puterii suverane, statul, are și calitatea de subiect de drept privat în situațiile în care acționează jure gestionis. Statul participă nemijlocit la raporturile de drept internațional privat. Participă pe poziție de egalitate ca și ceilalți subiecți¹⁴.

Însă participația autorităților nu este neapărat o obligație, infrastructura prezentului regulament fiind una fluidă, adoptată după un model anglo-saxon, acesta fiind unul dintre sistemele care au reușit în linii mari armonizarea sistemului lor juridic la rigurozitățile pe care prezentul regulament le impune. Procedurile de insolvență nu implică în mod necesar intervenția unei autorități judiciare. Prin urmare, termenul „instanță”, utilizat în prezentul regulament, ar trebui înțeles, în anumite dispoziții, în sens larg, ca incluzând o persoană sau un organ abilitat prin dreptul intern să deschidă procedura de insolvență¹⁵.

II. Grupurile de societăți și insolvența transfrontalieră

1. Grupurile de societăți entitate unitară și distinctă conceptual

Pentru o înțelegere distinctă ale acestor problematici impuse de către insolvența unui membru al grupului de societăți, trebuie prima dată să observăm natura grupului pentru a descifra sursa problemei. Prima dată trebuie spus că există două etape principale în această materie, una principală deschisă pentru una dintre entitățile care alcătuiesc grupul de societăți, procedura de aplicare este deschisă de către instanța de drept de exemplu românească, însă există în interiorul o procedură secundară. De partea cealaltă, insolvența secundară este procedura care poate fi deschisă de către instanțele unui alt stat membru decât cel pe teritoriul căruia se află centrul intereselor principale ale debitorului dacă respectivul debitor are (și) un sediu pe teritoriul acestui stat și dacă anterior s-a

¹³ Pct.(5) Preambulului Regulamentului Uniunii Europene nr. 848/2015 al Parlamentului European și al Consiliului din 20 Mai 2015 privind procedurile de Insolvență.

¹⁴ Raportul Juridic cu element de Extraneitate <https://dreptmd.wordpress.com/cursuri-universitare/drept-international-privat/raportul-juridic-cu-element-de-extraneitate/>.

¹⁵ Pct. (20) Preambulului Regulamentului Uniunii Europene nr. 848/2015 al Parlamentului European și al Consiliului din 20 Mai 2015 privind procedurile de Insolvență.

deschis și o procedură principală de insolvență¹⁶. După cum putem vedea participanții la raport sunt reprezentați de grupurile de societăți, prin dispozițiile art. 2 pct. 13 din regulamentul UE se precizează că „grupul de societăți” înseamnă o întreprindere-mamă alături de toate întreprinderile-filială ale acestora. În continuare de aceleași art. 2 dar la pct. 13 se menționează că „întreprindere-mamă” înseamnă o întreprindere care controlează fie direct sau indirect sau mai multe întreprinderi-filială. Sunt asimilate întreprinderilor-mamă oricare dintre întreprinderile care întocmesc situații financiare consolidate conform Directivei nr. 34/2013/UE a Parlamentului European și a Consiliului¹⁷.

Grupul societar sau Corporation Group este o entitate care poate avea o multitudine de structuri întinse pe un teritoriu vast, cu valențe specifice într-o multitudine de sisteme de drept diferite. Ceea ce este o caracteristică foarte importantă în aplicarea dreptului transfrontalier. Atunci când aceste ansambluri de societăți sunt foarte concentrate, puterea economică este deținută, în fapt, de o singură societate. În acest sens, în practica sunt întâlnite două posibilități, societatea numită „șef de grup” sau „societate-mama” conservă o activitate industrială sau comercială, uneori în legătură cu activitățile altor societăți, în care ea deține acțiuni, recunoscute sub numele de „filiale”, societatea-mamă este o societate holding, al cărei activ este constituit numai din titluri și al cărei obiectiv este gestiunea acestui portofoliu¹⁸. Aceste lucruri reprezintă în fapt trăsăturile în mare ale acestor proceduri, după reprezentarea acestor raporturi. La baza acestei preocupări stă împrejurarea că de cele mai multe ori entitățile juridice cu activitate transfrontalieră pot avea situații patrimoniale/financiare și implicit solvabilitate total diferite în statul în care se găsește centrul intereselor principale (de obicei, sediul social) față de cele corespunzătoare activității desfășurate pe teritoriul altui stat membru¹⁹. Grupurile de societăți urmăresc fie o strategie industrială, fie o strategie financiară. În acest sens, ele încearcă, să stăpânească filierele de producție sau de comercializare, să se orienteze către maximizarea profitului, prin diversificare.

Realizarea grupurilor este legată, deci, de procesele de achiziție a titlurilor de participare, deținerea de astfel de titluri este consecința efectuării unei palete

¹⁶ Corelația dintre procedura principală și cea secundară/teritorială în procedura de insolvență transfrontalieră, Radu Damaschin, 12.06.2019 <https://www.juridice.ro/642945/corelatia-dintre-procedura-principala-si-cea-secundara-teritoriala-in-insolventa-transfrontaliera.html>.

¹⁷ Cooperarea și Comunicarea în Cadrul Procedurilor Privind Insolvența Grupului de Societăți Conform Regulamentului (UE) Nr. 848/2015 Al Parlamentului European Consiliului Din 20 Mai 2015, Viorel Găină, Alexandru Mihnea-Găină, Ed. Arhipelag, XXI Press, 9 Iunie 2018 Târgoviște.

¹⁸ Dicționar Juridic, Grupul de Societăți https://www.rubinian.com/dictionar_detalii.php?id=3492.

¹⁹ Radu Damaschin, *op. cit.*

diversificate de operații, subscrierea de acțiuni emise de societăți noi, participarea la o creștere de capital (prin aport în numerar sau prin aport parțial de activ).

Cumpărarea de titluri emise de societățile existente prin achiziție în bursă, prin ofertă publică de cumpărare, prin ofertă publică de schimb, sau pe baza de bună înțelegere. Atunci când aceste ansambluri de societăți sunt foarte concentrate, puterea economică este deținută, în fapt, de o singură societate. În acest sens, în practică sunt întâlnite două posibilități.

Prima în care societatea numită „șef de grup” sau „societate-mamă” conservă o activitate industrială sau comercială, uneori în legătură cu activitățile altor societăți, în care ea deține acțiuni, recunoscute sub numele de „filiale”;

O a doua teorie este aceea că societatea-mamă este o societate holding, al cărei activ este constituit numai din titluri și al cărei obiectiv este gestiunea acestui portofoliu, putem spune că atunci când societatea-mamă deține mai mult de 25,30% din titluri de valoare emise, acea societate intră în componența grupului. Obiectivele acelei societăți încep să fie unitare cu cele ale grupului.

2. Conexarea domeniului insolvenței transfrontalier și grupurile de societăți

În drept putem spune că regulamentul (UE) 848/2015 al Parlamentului European și al Consiliului din 20 mai 2015 privind procedurile de insolvență („Regulamentul de reformare”, EIR), de modificare a Regulamentului CE nr. 1346/2000 privind procedurile de insolvență, a intrat în vigoare la 25 iunie 2015 și se aplică procedurilor relevante de insolvență începând cu 26 iunie 2017, cu câteva excepții²⁰. Art. 273-311 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență (Codul de insolvență) includ prevederi pentru identificarea legii aplicabile raporturilor internaționale de drept privat în domeniul insolvenței, norme procedurale pentru litigiile transfrontaliere de insolvență și norme care reglementează condițiile de solicitare sau care oferă asistență în procedurile de insolvență deschise pe teritoriul României sau al unei alte țări²¹.

Însă în fapt această realitate a fost posibilă decât după adoptarea noii reglementări, regulamentul vechi din 2000 nu insolvența grupului cu valențe transfrontaliere nu era reglementată. Asta a dus la un dezechilibru în drept datorită lipsei unei reglementări valide, instanțele nereușind să conexeze cele două proceduri.

²⁰ Pentru textul revizuit, a se vedea Regulamentul (UE) 2015/848 al Parlamentului European și al Consiliului din 20 mai 2015 privind procedurile de insolvență (Reformare), publicat în JO L 141 din 19 din 5 iunie 2015,

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF>.

²¹ Cooperare internațională în materia insolvenței. O perspectivă judiciară (I), Nicoleta Mirela Năstasie, 18.09.2018, Universul Juridic <https://www.universuljuridic.ro/cooperare-internationala-in-materia-insolventei-o-perspectiva-judiciara-i/#f9>.

Mai ales în materia comunicării și dialogului, un pas premergător până la urmă în proces. În orice legislație se oferă un cadru legal dialogului și comunicării între instanțe/practicieni/creditori/debitori. Până la urmă cooperarea procedurii principale cu cea secundară trebuie să se desfășoare într-o manieră comună, fiind parte dintr-un grup societar care prin fundamentul acestuia reprezintă un conglomerat comun din punct de vedere economic și de drept. Astfel conexarea grupului societar cu instituția insolvenței a avut loc prin acest regulament care oferă această modalitate legală de a creiona în mod corect și fără interferențe procedura insolvenței. Această procedură fiind una specială în mare parte din sistemele de drept aspectele sunt unele sensibile, grupul societar care au elemente de extraneitate survin multe bariere lingvistice și mai ales politice. Multe sisteme de drept au politici prodebitoare ori procreditoare, aceste lucruri dezechilibrează procesul de rezolvare a procesului insolvenței. Este un lucru fundamental valabil dacă unele state tind să meargă într-o direcție sau alta. Acest lucru nu sprijină absolut nimic, o supraprotecție oferită de un stat sau de instanțe ale creditorilor sau debitorilor nu conferă un sprijin, din contră oferă o șansă celor care în rea-credință au dus la instalarea insolvenței în detrimentul recuperării de creanțe. De aceea Uniunea Europeană schimbă lucrurile și ajută la instaurarea unei reglementări de uniformizare generală ale acestor practici în folosul legiuitorului. Conexarea vine odată cu instalarea acestor seturi de norme și facilitează modul în care membrii participanți la procedura insolvenței comunică și cooperează.

III. Cooperarea și comunicarea în cazul procedurii insolvenței unor membri ai grupului de societăți (art56-art60 din legea cu nr. 848/2015)

Conform art. 56 din Regulamentul Uniunii Europene nr. 848/2015 procedura de insolvență se referă la doi sau mai mulți membri care fac parte dintr-un grup de societăți, practicianul în insolvență desemnat în cadrul procedurii care vizează un membru al grupului cooperează cu practicianul în insolvență desemnat în cadrul procedurii care vizează un alt membru al aceluiași grup, în măsura în care 5.6.2015 L 141/47 Jurnalul Oficial al Uniunii Europene o astfel de cooperare este oportună pentru a facilita administrarea eficace a procedurii, nu este incompatibilă cu normele aplicabile unor astfel de proceduri și nu antrenează niciun conflict de interese. Această cooperare poate lua orice formă, inclusiv încheierea de acorduri sau protocoale. În punerea în aplicare a cooperării instituite la alineatul, practicienii în insolvență își comunică reciproc, cât mai curând posibil, orice informații care ar putea fi relevante pentru cealaltă procedură, cu condiția să se ia măsuri adecvate pentru protejarea informațiilor confidențiale. Analizează eventualele posibilități de a coordona administrarea și supravegherea activității membrilor

grupului care sunt vizați de procedura de insolvență, iar în cazul în care există această posibilitate, coordonează administrarea și supravegherea respectivă. Analizează eventualele posibilități de a reorganiza membrii grupului care sunt vizați de procedura de insolvență, iar în cazul în care există această posibilitate, coordonează propunerea și negocierea unui plan coordonat de reorganizare. De asemenea, aceștia pot să cadă de acord asupra împărțirii între ei a anumitor sarcini, în cazul în care o astfel de alocare de sarcini este permisă de normele aplicabile fiecăreia dintre proceduri²².

Art. 57 din același regulament prevede că procedurile de insolvență se referă la două sau mai multe societăți care fac parte dintr-un grup, instanța care a deschis o astfel de procedură cooperează cu orice altă instanță care are pe rol o cerere de deschidere a procedurii ce vizează o altă societate a aceluiași grup sau care a deschis o astfel de procedură, în măsura în care cooperarea este oportună pentru a facilita administrarea eficace a procedurii, nu este incompatibilă cu normele care se aplică acestor proceduri și nu presupune niciun conflict de interese. În acest scop, instanțele pot, după caz, să numească o persoană independentă sau un organism independent care să acționeze în conformitate cu instrucțiunile acestora, cu condiția ca acest lucru să nu fie incompatibil cu normele care le sunt aplicabile. Instanțele, pot să comunice direct sau să își solicite informații ori asistență în mod direct și reciproc, cu condiția ca această comunicare să respecte drepturile procedurale ale părților și confidențialitatea informațiilor. Cooperarea poate fi pusă în aplicare prin orice mijloc pe care instanța îl consideră adecvat. Aceasta poate privi, în special coordonarea în ceea ce privește numirea practicienilor în insolvență, comunicarea de informații prin orice mijloc considerat adecvat de către instanță. Instanța poate cere coordonarea administrării și a supravegherii activelor și activităților societăților care fac parte din grup, coordonarea desfășurării ședințelor de judecată și coordonarea aprobării protocoalelor, după caz²³.

În cazul practicianului insolvenței art. 58 spune că acel practician desemnat în cadrul unei proceduri de insolvență care vizează o societate membră a unui grup, cooperează și comunică cu orice altă instanță care are pe rol o cerere de deschidere a unei proceduri ce vizează o altă societate membră a aceluiași grup sau care a deschis o astfel de procedură și poate solicita instanței informații privind procedura care vizează cealaltă societate membră a grupului sau asistență privind procedura în cadrul căreia a fost desemnat, în măsura în care o astfel de

²² Articolul 56 Cooperare și Comunicarea între instanțe Cap. 5 Procedurile Privind Insolvența Aplicabile Unui Grup de Societăți Regulamentului Uniunii Europene nr. 848/2015 al Parlamentului European și al Consiliului din 20 Mai 2015 privind procedurile de Insolvență.

²³ Articolul 57 Cooperare și Comunicarea între instanțe Cap.5 Procedurile Privind Insolvența Aplicabile Unui Grup de Societăți Regulamentului Uniunii Europene nr. 848/2015 al Parlamentului European și al Consiliului din 20 Mai 2015 privind procedurile de Insolvență.

cooperare și comunicare sunt oportune pentru a facilita administrarea efectivă a procedurilor, nu implică niciun conflict de interese și nu sunt incompatibile cu normele care li se aplică²⁴.

Competențele practicianului în insolvență în cadrul procedurii care vizează membri ai unui grup de societăți, practicianul în insolvență desemnat în cadrul unei proceduri de insolvență deschise cu privire la o societate membră a unui grup poate, în măsura în care acest lucru este oportun pentru a facilita administrarea eficace a procedurii, să fie audiat în cadrul oricărei proceduri deschise cu privire la orice altă societate membră a aceluiași grup. Să solicite o suspendare a oricărei măsuri legate de valorificarea activelor în cadrul procedurii deschise cu privire la orice altă societate membră a aceluiași grup, cu condiția ca să se propună un plan de reorganizare pentru toate sau pentru unele dintre societățile membre ale grupului cu privire la care a fost deschisă procedura de insolvență în temeiul art. 56. O astfel de suspendare să fie necesară pentru a se asigura punerea în aplicare corespunzătoare a planului de reorganizare. Planul de reorganizare să fie în beneficiul creditorilor în cadrul procedurii pentru care se solicită suspendarea și nici procedura de insolvență în care practicianul în insolvență menționat la prezentul articol alineatul a fost numit și nici procedura cu privire la care se solicită suspendarea nu fac obiectul coordonării. Să solicite deschiderea unei proceduri de coordonare a grupului în conformitate cu articolul 61. Instanța care a deschis procedura menționată suspendă orice măsură legată de valorificarea activelor în cadrul procedurii, total sau parțial, dacă consideră că sunt îndeplinite condițiile. Înainte de a pronunța suspendarea, instanța audiază practicianul în insolvență desemnat în cadrul procedurii pentru care se solicită suspendarea. O astfel de suspendare poate fi pronunțată pentru orice perioadă, care să nu depășească trei luni, pe care instanța o consideră oportună și care este compatibilă cu normele aplicabile procedurii.

Conform art. 59 din reg. Uniunii Europene reglementează cazul în care instanța pronunță suspendarea poate solicita practicianului în insolvență menționat la alineatul să ia orice măsură adecvată disponibilă în temeiul dreptului intern pentru a garanta interesele creditorilor din cadrul procedurii. Instanța poate prelungi durata suspendării pe perioada sau perioadele pe care le consideră oportune și care sunt compatibile cu normele aplicabile procedurilor, cu condiția că durata totală a suspendării (perioada inițială împreună cu oricare astfel de prelungiri) să nu depășească șase luni²⁵.

²⁴ Articolul 58 Cooperare și Comunicarea între Practicienii în Insolvență Cap5 Procedurile Privind Insolvența Aplicabile Unui Grup de Societăți Regulamentului Uniunii Europene nr. 848/2015 al Parlamentului European și al Consiliului din 20 Mai 2015 privind procedurile de Insolvență

²⁵ Articolul 60 Cooperare și Comunicarea între Practicienii în Insolvență Cap5 Procedurile Privind Insolvența Aplicabile Unui Grup de Societăți Regulamentului Uniunii Europene nr. 848/2015 al Parlamentului European și al Consiliului din 20 Mai 2015 privind procedurile de Insolvență.

Părerea pe care vreau să o expun în această lucrare este faptul că prin analiza dreptul național și cel comunitar vom vedea cum dreptul național a absorbit aceste reglementări în interiorul dreptului național. Art. 273-311 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență (Codul de insolvență) includ prevederi pentru identificarea legii aplicabile raporturilor internaționale de drept privat în domeniul insolvenței, norme procedurale pentru litigiile transfrontaliere de insolvență și norme care reglementează condițiile de solicitare sau care oferă asistență în procedurile de insolvență deschise pe teritoriul României sau al unei alte țări²⁶.

Astfel concluzionez prin faptul că dialogul și comunicarea sunt oferite de către infrastructura legislativă a uniunii și a dreptului național, iar definirea vine prin dreptul internațional privat. Aceste lucruri vin în ajutorul dreptului național pentru a soluționa aceste probleme, însă legiuitorul trebuie să fie atent la încadrarea acestor factori ca să aflăm aplicarea acestor legi, fiindcă trebuie să descoperim neapărat ce fel de proceduri sunt aplicabile, astfel comunicarea interinstituțională între legiuitor, practician, instanțe și grupul de societăți este esențial. Astfel aceste lucruri trebuie analizate, în principal să aflăm dispozițiile aplicabile și încadrarea în fapt, apoi în drept aplicarea normelor juridice din legislație pentru ca dreptul să se realizeze perfect²⁷.

²⁶ Cooperare internațională în materia insolvenței. O perspectivă judiciară (I), Nicoleta Mirela Năstasie, 18.09.2018, Universul Juridic <https://www.universuljuridic.ro/cooperare-internationala-in-materia-insolventei-o-perspectiva-judiciara-i/#f9>.

²⁷ Dan Claudiu Dănișor, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, Ed. C.H. Beck, București 2006.

PRESCRIȚIA ACȚIUNII ÎN RESTITUIRE ÎNTEMEIATĂ PE ÎMBOGĂȚIREA FĂRĂ JUSTĂ CAUZĂ

*Drd. Alexandru SPĂNU**

Abstract

The unjust enrichment of a person who is enriched at the expense of another constitutes a legal fact, a civil source of obligation, in which a legal relationship is born based on the enriched being held to reestablished the patrimonial balance through the action of restitution, actio de in rem verso. This action of restitution is exercised on the general ground of 3 year limitation period regulated by article 2517 of the Civil Cod.

Keywords: *action of restitution, unjust enrichment, prescription, subsidiarity.*

1. Considerații generale

Cunoscut încă din dreptul roman într-o formulare generală¹, principiul îmbogățirii fără justă cauză în Vechiul Cod civil, nu a primit o consacrare legislativă, deși erau prevăzute diverse aplicații particulare ale acestuia².

Doctrina și jurisprudența românească în perioada de aplicare a acestui cod civil, au admis existența acestui fapt juridic ca izvor de obligații și au indicat condițiile pe care îmbogățirea fără justă cauză trebuia să le îndeplinească pentru a constitui izvor de obligații civile.

Definită ca un fapt juridic licit prin care patrimoniul unei persoane se mărește fără justă cauză în detrimentul patrimoniului altei persoane, îmbogățirea fără justă cauză este reglementată în actualul cod civil în Capitolul III: Faptul juridic licit, Secțiunea a 3-a: Îmbogățirea fără justă cauză, art. 1345-1348 C. civ.

* Școala doctorală a Facultății de Drept, Universitatea din Craiova, conducător științific Prof. univ. dr. Sevastian Cercel

¹ „lure naturae aequum est neminem cum alterius detriment et iniuria fieri locupletioem”, formulare atribuită lui Pomponius D., 50.17.206 redată de V. Hanga în *Adagii juridice latinești*, Ed. Lumina Lex, București, 1998, p. 60.

² În acest sens exemplificăm printre alte dispoziții: art. 484 C. civ.; 493 C. civ.; 494 C. civ.

Din analiza acestor dispoziții, rezultă condițiile pe care instituția îmbogățirii fără justă cauză trebuie să le îndeplinească cumulativ pentru existența sa, condiții cunoscute în teoria și practica judecătorească drept condiții materiale și juridice.

Având în vedere obiectul demersului nostru din acest studiu, care se limitează doar la *actio de in rem verso* și prescripția extinctivă, urmează să tratăm faptul juridic al îmbogățirii fără justă cauză sub aceste două aspecte. De asemenea urmează să redăm practica judiciară relevantă pe cele două aspecte menționate mai sus.

2. *Actio de in rem verso*

Mecanismul îmbogățirii fără justă cauză, implică trecerea unor valori economice din patrimoniul unei persoane în patrimoniul altei persoane, fără să existe o justă cauză. Ca o consecință a producerii acestui dezechilibru patrimonial și având în vedere principiul echității ca justiție comutativă³, îmbogățitul urmează să restituie persoanei însărcinate avantajul patrimonial obținut prin promovarea unei acțiuni în restituire, cunoscută prin expresia latină *actio de in rem verso*. Deși expresia în limba latină desemnează acțiunea de întoarcere a lucrului, ea nu își găsește cu acest specific originea în dreptul roman, fiind preluată de practica instanțelor franceze din secolul al XIX-lea⁴.

Acțiunea *de in rem verso* în dreptul roman a constituit o aplicație particulară a obligației de restituire în baza principiului îmbogățirii nejustificate. Ea a fost în această perioadă o **acțiune cu caracter alăturat**, *adjectivae qualitatis*, care nu avea un nume propriu și se alătura unei acțiuni principale iar prin ea se arătau motivele exercitării unei asemenea acțiuni⁵. În acest sens ea a fost folosită atunci când fiul de familie, în cadrul dreptului de administrare, contractase datorii iar creditorii puteau urmări pe *pater familias* în limitele îmbogățirii acestuia⁶.

Trebuie precizat că în dreptul roman *actio de in rem verso* nu epuiza toate cazurile de îmbogățire nejustificată, deoarece restituirea era rezervată acțiunilor denumite *condictiones*, acestea din urmă purtând diferite denumiri în funcție de cazurile pentru care au fost create și aplicate de pretor⁷.

În perioada aplicării Codului civil de la 1864, atât literatura de specialitate cât și practica judiciară a atribuit acțiunii *de in rem verso* un caracter subsidiar.

În Noul Cod civil, caracterul subsidiar al acestei acțiuni este prevăzut în mod expres în art. 1348 C. civ, care arată că cererea de restituire în vederea restabilirii

³ M. Nicolae, *Drept civil. Teoria Generală*, Vol. I. Teoria dreptului civil, Ed. Solomon, București, 2017, p. 267.

⁴ P. Vasilescu, *Drept civil. Obligațiile*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 217.

⁵ C. N. Toneanu, *Îmbogățirea fără cauză în revista Dreptul* nr. 5/1905, p. 34.

⁶ În acest sens T. Sâmbrian, *Instituții de drept roman*, Ed. Sitech, Craiova, 2009, p. 76.

⁷ V. Hanga, *Drept privat roman*. Ed. Didactică și Pedagogică. București, 1978, p. 409.

echilibrului patrimonial, nu poate fi admisă dacă persoana însărcinată are dreptul la o altă acțiune pentru a obține ceea ce îi este datorat.

Caracterul de subsidiaritate nu trebuie înțeles în sensul existent și folosit în limbajul curent și anume: de auxiliar, secundar, complementar în al doilea rând⁸.

Prin calificarea acțiunii ca fiind subsidiară, nu înseamnă că reclamantul are latitudinea de a alege într-o acțiune de drept comun și *actio de in rem verso*. Această acțiune poate fi utilizată în cadrul îmbogățirii nejustificate doar atunci când acțiunile de drept comun sunt inadmisibile *de plano*⁹.

Acțiunea *de in rem verso* poate fi folosită de reclamant doar atunci când nu a avut și nici nu are o altă acțiune pentru recuperarea îmbogățirii nejustificate. În acest sens *actio de in rem verso* nu este o acțiune admisibilă „în al doilea rând, o acțiune secundară, complementară, alternativă la o altă acțiune principală¹⁰”. Sub acest aspect *actio de in rem verso* este o acțiune principală, ca orice altă acțiune, admisibilitatea ei fiind condiționată însă, de inexistența altor acțiuni aplicabile la cazurile concrete de îmbogățire fără justă cauză deduse judecății. Acesta este sensul pe care l-a dat și Instanța Supremă caracterului subsidiar acestei acțiuni, arătând că ea „nu poate fi primită ori de câte ori se constată existența vreunei acțiuni în realizarea de drepturi¹¹”.

Urmează să redăm în continuare câteva spețe relevante în care instanțele de judecată au admis sau respins acțiunile în restituire întemeiate pe îmbogățirea fără justă cauză, având în vedere caracterul subsidiar al acesteia.

- Sporul de valoare adus imobilului închiriat în lipsa unei convenții cu privire la aceste îmbunătățiri poate fi solicitat ulterior rezilierii contractului de locațiune, în baza unei acțiuni întemeiată pe îmbogățirea fără justă cauză¹².

- Munca în comun a concubinilor, poate să ducă la constatarea existenței unor drepturi de proprietate comună pe cote părți asupra bunurilor dobândite în timpul conviețuirii, în raport cu contribuția fiecăruia în parte, iar aceste drepturi pot fi solicitate pe calea partajului și nu pe calea unei acțiuni bazată pe îmbogățirea fără just temei¹³.

- Profesorul care a meditat un copil și nu a fost plătit de mama minorului, nu poate să ceară folosul pe care aceasta l-a obținut din această meditare, prin

⁸ Dicționarul Enciclopedic al Limbii Române, Ed. Universul Enciclopedic, București, 2016, p. 1176.

⁹ D. Gherasim, *Îmbogățirea fără cauză în dauna altuia*, Ed. Academiei Române, București, 1993, p. 54.

¹⁰ L. Pop, *Îmbogățirea fără justă cauză în reglementarea Noului Cod civil*, în *Dreptul* nr. 7/2013, p. 34.

¹¹ Tribunalul Suprem Colegiul civil decizia nr. 102 din 17.01.1968 în I Mișuță, Al. Lesviodax Repertoriu de practică judiciară în materie civilă a Tribunalului Suprem și a altor instanțe judecătorești pe anii 1952-1969, p. 196.

¹² I.C.C.J. Secția II civilă, Decizia civilă nr. 1306 din 18.06.2014 în R.D. nr. 4/ 2015, p. 243.

¹³ Trib. Județean Hunedoara, Decizia civilă nr. 899 din 20.09.1984.

scutirea indirectă a acestor cheltuieli pe care oricum le-ar fi făcut cu alt mediator în vederea educării fiului său. Acțiunea de *in rem verso* este o cale de recuperare subsidiară, iar reclamantul care a meditat pe minor în urma unei înțelegeri cu bunicul minorului, fiind plătit de acesta până la decesul său, trebuie să facă dovada că a depus toate diligențele, dar fără succes, ca să se despăgubească mai întâi din patrimoniul bunicului decedat, patrimoniu care a rămas grevat de contractul încheiat de bunic pe când se afla în viață¹⁴.

Această speță așa cum sunt redactate considerentele hotărârii, lasă să se înțeleagă existența caracterului subsidiar al acțiunii în despăgubire, doar că instanța dă o altă interpretare acestui caracter subsidiar.

Instanța a arătat că reclamantul trebuie să facă dovada îmbogățirii pârâtei și însărăcirea sa, dar și că „este lipsit de orice acțiune în revendicarea drepturilor sale după dreptul comun, căci acțiunea *de in rem verso* este o cale de recuperare subsidiară”. Cu alte cuvinte în situația în care reclamantul avea alte mijloace de recuperare a îmbogățirii nejustificate, la care a recurs și care au fost ineficiente, inutile, poate să recurgă la *actio de in rem verso* după epuizarea lor.

- Nu este admisibilă o acțiune întemeiată pe îmbogățirea fără justă cauză, prin care se solicită diferența dintre valoarea creanței care reprezintă un împrumut nerestituit, la care s-au adăugat și penalitățile de întârziere, rezultate în baza unei clauze din contractul de împrumut declarată nulă și valoarea reală a apartamentului adjudecat în contul creanței. Valoare reală a apartamentului pe care a solicitat-o reclamanta putea fi stabilită și valorificată de aceasta, printr-o acțiune în contestație la executare în cadrul procedurii vânzării imobiliare silite a apartamentului său și nu printr-o acțiune în restituire bazată pe îmbogățirea fără justă cauză care este o acțiune în despăgubire¹⁵.

- Cererea reclamantului prin care solicită restituirea autoturismului proprietatea sa sau contravaloarea acestuia și pe care pârâțul l-a vândut este inadmisibilă. Așa cum rezultă din situația de fapt, între părți s-a încheiat o procură special, prin care pârâțul se obliga să înmatriculeze acest autoturism și sa-l vândă la prețul cel mai convenabil pentru reclamant și care urma să fie remis acestuia. Existența unui contract de mandat între părți, antrenează răspunderea contractuală a pârâțului pentru faptele sale în limita mandatului primit de la reclamant. Având în vedere existența acestui mandat și caracterul subsidiar al acțiunii în restituire bazată pe îmbogățirea fără justă cauză, instanța va admite excepția inadmisibilității acțiunii bazată pe acest ultim temei¹⁶.

¹⁴ Jud. III Urban Cartea de judecată civilă, 1333 din 15.09.1936 în Pandectele Române, partea a II-a, 1938, p. 85-86.

¹⁵ Trib. Sibiu Secția I civilă, Sentința civilă 164 din 01.03.2018.

¹⁶ Jud. Onești, Sentința civilă 1094 din 29.03.2012.

- Reclamanta a solicitat plata unei sume de bani ce reprezintă contravaloarea masei lemnoase exploatată și vândută de pârâți de pe terenul proprietatea sa și care a adus la micșorarea patrimoniului său și mărirea nejustificată a patrimoniului pârâților.

Solicitarea reclamantei având ca temei juridic îmbogățirea fără justă cauză, a fost respinsă de instanțele de apel și recurs, care au reținut că, în cauză nu este îndeplinită condiția juridică a absenței oricărui alt mijloc juridic de recuperarea a pierderii suferite de reclamantă. În condițiile existenței unei procuri de administrare dată de reclamantă, în baza căreia pârâții au exploatat și vândut masa lemnoasă și au încasat prețul nerestituit reclamantei, aceasta a avut și are la dispoziție o acțiune izvorâtă din contractul de mandat și nu din îmbogățirea fără justă cauză¹⁷.

- Reclamanta în calitate de moștenitoare a tatălui său, a solicitat restituirea unor sume de bani prin care tatăl său a creditat societatea pârâtă în perioada în care era administrator al acestei societăți. Reclamanta a considerat că este singurul mod de recuperare a pierderii suferite, izvorâtă din faptul juridic licit al îmbogățirii fără justă cauză, deoarece creditările nu au fost efectuate sub forma unor împrumuturi cu dobândă, cu termen, sau cu eventualele penalități în caz de nerestituire la timp. Instanța a considerat că, în cauză, nu este incidentă instituția îmbogățirii fără just temei, pentru că în realitate, pretinsul fapt juridic invocat de reclamantă în susținerea acțiunii, îl constituie contractul de împrumut, iar în această situație, obligația de restituire își are izvorul în convenția părților și poate fi valorificată exclusiv pe calea unei acțiuni contractuale. De aici rezultă că, nu este îndeplinită condiția absenței oricărui alt mijloc juridic pentru recuperarea pierderii suferite de către cel care și-a micșorat patrimoniul¹⁸.

- Sumele depuse în timpul căsătoriei de un soț, într-un cont deschis la bancă pe numele soției, nu pot fi solicitate prin raportare la îmbogățirea fără justă cauză. Având în vedere raporturile patrimoniale care au existat între cele două părți, care aveau calitatea de soți, acestora le sunt aplicabile dispozițiile legale ce reglementează regimul comunității de bunuri. Relația de căsătorie existentă între părți, în timpul depunerii acestor sume în contul soției, creează caracterul de subsidiaritate acțiunii având ca obiect restituirea unor sume de bani reprezentând venituri din muncă, dobândite în timpul căsătoriei. Faptul că între soți s-a încheiat un partaj voluntar este irelevant în cauză, deoarece un asemenea act nu a avut ca obiect suma solicitată prin prezenta acțiune, iar în ipoteza existenței și altor bunuri și sume de bani care nu au făcut obiectul acestui partaj, pretențiile

¹⁷ Trib. Suceava Secția civilă, Decizia civilă 283 din 03.03.2015 rămasă irevocabilă din Decizia civilă nr. 231 din 15.10.2015 a C.A. Suceava Secția I civilă.

¹⁸ C.A. Timișoara Secția II civilă, Decizia civilă nr. 325 din 31.03.2015.

în legătura cu acestea se soluționează tot printr-un act de partaj judiciar sau voluntar și nu printr-o *actio de in rem verso*¹⁹.

- Solicitarea de către reclamant a unor cheltuieli de deplasare, diurnă și cazare, pe care le-a efectuat în urma unor demersuri judiciare la instanțele de judecată în baza unor procuri speciale, prin care a fost mandatat să efectueze lucrări de administrare și de înstrăinare a unor imobile, nu poate avea la baza îmbogățirea fără justă cauză datorită caracterului subsidiar al acesteia. Reclamantul poate promova o acțiune în răspundere contractuală întemeiată pe contractul de mandat²⁰.

- Solicitarea reclamanților de obligare a părților la plata unei sume de bani, ce reprezintă chiriile încasate de aceștia în baza unor contracte de închiriere a unor apartamente, contracte încheiate anterior dobândirii de reclamantă a dreptului de proprietate asupra acestora nu este admisibilă

Instanța a constatat că reclamanții au avut la dispoziție acțiunea în nulitatea contractelor și în răspunderea civilă delictuală împotriva părților, demers judiciar pe care l-au exercitat și care a fost respins ca netemeinic, deoarece chiria pretinsă de reclamanți, reprezintă fructe produse de cele două apartamente anterior dobândirii dreptului de proprietate de către aceștia. În aceste circumstanțe, acțiunea *de in rem verso* exercitată de reclamanți nu întrunește una din condițiile de exercitare a acesteia, și anume reclamantul să nu aibă la dispoziție o altă acțiune în justiție pentru realizarea dreptului său de creanță împotriva părților²¹.

- Este admisibilă acțiunea în restituirea prețului bazată pe îmbogățirea fără justă cauză a părâtei, în situația în care instanța a anulat contractul de vânzare cumpărare încheiat între părți, iar părâta a reintrat în proprietatea apartamentului fără să restituie prețul. Instanța, printr-o hotărâre anterioară, a statuat în mod irevocabil anularea contractului de vânzare-cumpărare dintre părți cu consecința repunerii acestora în situația anterioară, iar în privința restituirii prețului s-a reținut că acesta nu a fost primit de părâta vânzătoare respingându-se cererea sub acest aspect. Această situație de fapt stabilită anterior, în mod irevocabil, nu poate fi opusă reclamantei, deoarece patrimoniul părâtei s-a îmbogățit prin prețul menționat în antecontractul anulat, chiar dacă nu a fost remis direct părâtei ci unui terț creditor al acesteia. Mărirea patrimoniului unei persoane în detrimentul altei persoane, se poate face și indirect prin procurarea unor avantaje patrimoniale, între acestea regăsindu-se și plățile efectuate creditorilor unei persoane

¹⁹ Trib. București Secția IV civilă, Sentința civilă nr. 42 din 20.01.2014 rămasă definitivă prin Decizia civilă nr. 389 din 01.10.2014 a C.A. București Secția III civilă pentru cauze cu minori și de familie rămasă irevocabilă prin Decizia nr. 358 din 04.02.2015 a I.C.C.J. Secția comercială.

²⁰ C.A. Cluj, Secția I civilă, Decizia civilă nr. 3245 din 26.06.2013.

²¹ Trib. Arad, Sentința civilă nr. 604 din 11.07.2016; C.A. Timișoara Secția I civilă, Decizia civilă nr. 94 din 25.05.2017.

cu consecința absolvirii acesteia de obligația de restituire și care conduce la mărirea patrimoniului său.

În consecință excepția ridicată de pârâtă privind autoritatea de lucru judecat în acțiunea de anulare a contractului de vânzare-cumpărare și excepția inadmisibilității acțiunii *de in rem verso* sunt neîntemeiate²².

3. Limitele restituirii în cazul acțiunii întemeiată pe îmbogățirea fără justă cauză.

În perioada când era în vigoare Vechiul Cod civil, atât doctrina cât și practica instanțelor de judecată au arătat în mod constant că restituirea îmbogățirii are o dublă limită²³:

- îmbogățitul este obligat la restituirea îmbogățirii în limita creșterii patrimoniului său, creștere care trebuie cuantificată în momentul introducerii acțiunii la instanțele de judecată;

- însărăcitul poate solicita de la îmbogățit restituirea îmbogățirii acestuia doar în limita însărăcirii sale, deoarece în caz contrar însărăcitul se poate îmbogăți fără să existe un temei legitim.

Această dublă limitare a restituirii îmbogățirii printr-o acțiune *de in rem verso*, în care îmbogățirea și însărăcirea sunt limite reciproce, o regăsim exprimată și de Instanța Supremă care a arătat că: „justa aplicare a principiului îmbogățirii impune ca obligația de restituire a pârâtului să nu depășească îmbogățirea lui efectivă, iar, indisolubil legat de aceasta, să nu depășească valoarea cu care a fost micșorat patrimoniul reclamantului²⁴”.

În prezent, noile dispoziții ale Codului civil au reglementat în mod expres această dublă limitare a restituirii îmbogățirii în art. 1345 C. civ., care arată că obligația de restituire se face în măsura pierderii patrimoniale suferite de reclamantul însărăcit, dar fără ca pârâtul îmbogățit să fie obligat dincolo de limita propriei sale îmbogățiri.

4. Momentul stabilirii obligației de restituire

În perioada de aplicare a Vechiului Cod civil, nu a existat o unanimitate de opinii în privința stabilirii momentului existenței și întinderii obligației de restituire.

²² C.A. Suceava Secția I civilă, Decizia civilă nr. 59 din 19.02.2015; Trib. Botoșani Secția civilă, D.C. nr. 223/A din 12.09.2014.

²³ C. Stătescu, C. Bîrsan, *Tratat de drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Academiei R.S.R., București, 1981, p. 133.

²⁴ Tribunalul Suprem Colegiul civil Decizia nr. 102 din 17.01.1968 în R.R.D. Nr. 6/ 1968, p. 171.

Sub acest aspect unele instanțe au susținut că, întinderea obligației de restituire este evaluată în momentul introducerii acțiunii la instanță²⁵. Această soluție apreciem că a fost legată și de necesitatea ca îmbogățirea pârâtului să subziste la data introducerii acțiunii în justiție.

Alte instanțe au considerat că, momentul evaluării îmbogățirii este cel al datei pronunțării hotărârii judecătorești²⁶.

Doctrina românească, sub influența celei franceze la care s-a adăugat și jurisprudența, au susținut într-o opinie dominantă că aprecierea creșterii patrimoniului pârâtului trebuie făcută în momentul introducerii acțiunii la instanță²⁷.

Noul Cod civil a pus capăt acestor controverse, stabilind în art. 1347 C. civ., că restituirea îmbogățirii urmează a fi datorată dacă îmbogățirea subzistă la data sesizării instanțelor de judecată. În literatura de specialitate s-a precizat, în legătură cu data sesizării instanțelor, că acest moment se aplică atât existenței cât și întinderii obligației de restituire²⁸. Dacă la data sesizării instanței, îmbogățirea pârâtului nu mai există, din motive independente de voința sa, raportul obligațional dintre reclamant și pârât în privința obligației de restituire încetează, iar o eventuală acțiune introdusă la instanță urmează a fi respinsă.

5. Condițiile restituirii îmbogățirii fără justă cauză.

Îmbogățirea fără justă cauză ca fapt juridic, dă naștere unui raport juridic obligațional în care restituirea urmează să se facă în principiu în natură, iar când aceasta nu este posibilă, restituirea se face prin echivalent. În cazul pierii fortuite a bunului restituirea nu va mai avea loc, iar în cazul în care bunul piere din culpa îmbogățitului restituirea se va face prin echivalent.

Proba îmbogățirii fără justă cauză se face potrivit dreptului comun, prin orice mijloc de probă, având în vedere că ne aflăm în prezența unui fapt juridic. Fiind un fapt juridic și nu un act juridic, în acele situații greu de conceput, în care s-ar putea invoca un act juridic în cazul îmbogățirii fără justă cauză, proba acestuia se va putea face în condițiile prevăzute de art. 1191 din Codul civil de la 1864²⁹.

În prezent, în condițiile Noului Cod de procedură civilă³⁰, potrivit art. 250, dovada unui act juridic sau a unui fapt juridic se poate face prin înscrisuri, martori,

²⁵ C.A. Constanța, Decizia civilă nr. 107 din 21.04.2005.

²⁶ C.A. Galați Decizia nr. 8 din 13.01.1997, Sinteza de practică judiciară a C.A. Galați pe anul 1997, Ed. Alma, Galați, p. 46.

²⁷ L. Pop, *Drept civil român. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Lumina Lex, București, 1998, p. 147; D. Gherasim – *op. cit.* p. 33; C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 133.

²⁸ L. Pop, *op. cit.* p. 147.

²⁹ C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 132.

³⁰ Noul Cod de Procedură civilă a fost adoptat, promulgat și publicat în M. Of. nr. 485 din 15.07.2010 prin Legea nr. 134/2010.

prezumții, mărturisirea uneia dintre părți, interogatoriu, expertiză, cercetarea la fața locului sau prin orice alt mijloc de probă prevăzut de lege. În cazul în care proba cu martori este admisibilă și se invocă în cadrul mecanismului îmbogățirii fără justă cauză un act juridic, proba acestuia se va face în condițiile prevăzute de art. 309 C. pr. civ.

În reglementarea Noului Cod civil, restituirea îmbogățirii se va face potrivit condițiilor prevăzute de dispozițiile art. 1639 și urm. C. civ., la care face trimitere art. 1347 alin. 2 C. civ. Restituirea va avea loc în principiu în natură potrivit art. 1639 C. civ. și prin echivalent în condițiile art. 1640 și urm. C. civ.

Din aceste dispoziții observăm că în privința restituirii îmbogățirii nejustificate, aceasta se face potrivit regulilor generale de restituire la care face trimitere art. 1347 al. 2 C. civ. Pe lângă aceste reguli generale există în privința restituirii și reguli speciale și anume:

- cele prevăzute de art. 1345 C. civ. care arată că restituirea se face în limita îmbogățirii dar fără să depășească limita însărăcirii;

- existența și întinderea îmbogățirii nejustificate se stabilesc la data sesizării instanței de judecată potrivit art. 1347 alin. 1 C. civ.

În situația în care, dispozițiile generale privind restituirea îmbogățirii prevăzute de art. 1639 C. civ. intră în contradicție cu dispozițiile speciale din art. 1345 și art. 1347 alin. 1 C. civ., urmează să se aplice acestea din urmă potrivit unei vechi reguli de drept *specialia generalibus derogant*.

În privința restituirii îmbogățirii nejustificate, trebuie precizată existența unor incompatibilități între dispozițiile art. 1645 C. civ. care este o normă generală ce reglementează restituirea fructelor și a contravalorii folosinței bunului și dispozițiile din norma specială prevăzute în art. 1345 C. civ.

Din lecturarea acestor dispoziții rezultă că pentru existența îmbogățirii ca fapt juridic licit, izvor autonom de obligații, este necesar ca îmbogățitul să fie întotdeauna de bună credință. În situația în care îmbogățitul este de rea credință, se creează un raport obligațional întemeiat pe culpă și nu pe un fapt juridic licit în sens restrâns. În acest caz intervine răspunderea civilă delictuală, în care repararea prejudiciului are loc potrivit regulilor prevăzute în Cap. IV, Secțiunea a 6-a, reguli care sunt incompatibile cu regulile speciale care reglementează restituirea îmbogățirii și pe care le-am enunțat anterior. În consecință și în acest caz aceste norme generale la care face trimitere art. 1347 alin. 2 C. civ. nu vor fi aplicabile. Dacă reaua credință a îmbogățitului în privința restituirii îmbogățirii intervine ulterior momentului introducerii acțiunii la instanțe, urmează ca regulile generale de restituire prevăzute de art. 1637 și urm. C. civ. să fie pe deplin aplicabile.

6. Prescripția acțiunii în restituire întemeiată pe îmbogățirea fără justă cauză

Îmbogățirea fără justă cauză dă naștere unui raport juridic obligațional în baza căruia îmbogățitul este obligat la restabilirea echilibrului patrimonial prin acțiunea în restituire, *actio de in rem verso*, care este o acțiune personală patrimonială.

În privința prescripției în perioada de aplicare a Vechiului Cod civil, dispozițiile care vizau prescripția extinctivă a dreptului la acțiune având un obiect patrimonial au fost abrogate prin Decretul nr. 167/ 1958³¹. Noua reglementare nu a prevăzut un termen special de prescripție pentru acțiunea întemeiată pe îmbogățirea fără justă cauză și de aceea, acestei acțiuni i s-a aplicat termenului general de prescripție de 3 ani prevăzut în art. 3 din acest decret.

De asemenea acest act normativ a reglementat, în mod indirect, prin art. 8 al. 2 care face trimitere la art. 8 al. 1 din decret, momentul începutului curgerii termenului general de prescripție de 3 ani în cazul acțiunii în restituire bazată pe îmbogățirea fără justă cauză. Din coroborarea acestor dispoziții, rezultă că momentul la care începe să curgă prescripția dreptului la acțiunea în restituire, este data la care persoana însărăcită a cunoscut sau trebuia să cunoască atât însărăcirea sa și îmbogățirea altei persoane cât și persoana îmbogățită pe nedrept și valoarea îmbogățirii.

În perioada în care era în vigoare Vechiul Cod civil, instanțele de judecată au fost confruntate în privința prescripției extinctive, cu problematica momentului începutului prescripției dreptului material la acțiune³² sau cu aprecierea unor situații de fapt care reprezintă cazuri de întrerupere a prescripției extinctive³³, cu stabilirea naturii creanței pentru a ști dacă, în cauză, este aplicabil termenul de 3 ani prevăzut de art. 3 din decretul nr. 167/ 1958 sau termenul de 5 ani prevăzut de art. 128 al. 1 din Codul de Procedură fiscală³⁴.

³¹ Decretul nr. 167/ 1958 privitor la prescripția extinctivă a fost publicat în M. Of. nr. 19 din 23 aprilie 1958.

³² Trib. Suprem Decizia Colegiului civil nr. 283 din 29.03.1965 în Culegere de decizii Tribunalul Suprem 1965, Ed. Științifică 1966, p. 101, pct. 31; Trib. Jud. Bistrița Năsăud Colegiul civil Decizia nr. 185 din 12 iulie 1968 în RRD nr. 2/ 1970, p. 136-141; Trib. Popular al raionului Năsăud, Sentința civilă nr. 36 din 10.01.1968 în RRD nr. 2/ 1970, p. 136-137; Trib. Covasna, S.C. 1229 din 29.12.2016 rămasă definitivă prin admiterea apelului de C.A. Brașov Secția civilă, Decizia civilă nr. 1258 din 06.07.2017; Trib. Timișoara Secția I civilă, Decizia civilă nr. 2696 din 08-11.2016 rămasă definitivă prin Decizia civilă nr. 110 din 21.06.2017 a C.A. Timișoara Secția I civilă; C.A. Timișoara Secția II civilă, Decizia civilă nr. 325 din 31.03.2015 rămasă definitivă prin Decizia nr. 275 din 09.02.2016 a I.C.C.J. Secția comercială; C.A. Iași Secția civilă, Decizia civilă nr. 172 din 25.02.2019.

³³ Trib. Timiș, Sentința civilă 663/ P.I. din 02.05.2018 rămasă definitivă prin Decizia civilă nr. 176 din 07.11.2018 a C.A. Timișoara secția I civilă; Trib. Covasna, Sentința civilă 815 din 29.10.2015 rămasă definitivă prin Decizia civilă nr. 372 din 08.03.2016 a C.A. Brașov Secția civilă.

³⁴ Trib. Constanța, Decizia civilă nr. 956 din 16.05.2019.

Ulterior prin intrarea în vigoare a Noului Cod civil la 1 octombrie 2011, care a adus o nouă reglementare prescripției extinctive, în instanțe a fost pusă în discuție măsura în care sunt aplicabile dispozițiile din acest cod, în privința prescripției extinctive a acțiunilor introduse după intrarea în vigoare a Noului Cod și care erau întemeiate pe îmbogățirea fără justă cauză produsă înainte de intrarea în vigoare a acestuia.

Cu mici excepții, (când instanțele deși au precizat că, faptele care au adus la îmbogățirea nejustificată s-au produs în perioada aplicării decretului nr. 167/ 1958, au făcut trimitere la noile dispoziții din Noul Cod civil) instanțele au aplicat dispozițiile tranzitorii prevăzute în art. 201 din Legea nr. 71/ 2011³⁵. În interpretarea acestui articol, I.C.C.J. a stabilit că prescripțiile extinctive începute anterior datei de 1 octombrie 2011, împlinite ori neîmplinite la aceeași dată, rămân supuse dispozițiilor art. 11 din decretul nr. 167/ 1958, astfel încât instanțele din oficiu și părțile interesate pot invoca prescripția extincțivă chiar în litigii începute după 1 octombrie 2011³⁶.

Concluzii

Acțiunea în restituire întemeiată pe îmbogățirea fără justă cauză și caracterul ei subsidiar sunt consacrate în mod expres în Noul Cod civil. Cu toate acestea ea naște și în prezent ample discuții în doctrină și soluții contradictorii în practica judiciară, în special atunci când executarea convențiilor se face prin depășirea cadrului contractual inițial.

³⁵ Potrivit art. 201 din Legea nr. 71/ 2011: Prescripțiile începute și neîmplinite de data intrării în vigoare a Codului civil sunt și rămân supuse dispozițiilor legale care le-au instituit.

³⁶ I.C.C.J. Recurs în interesul legii, Decizia nr. 1 din 17.02.2014 privind prescripția extincțivă începută anterior datei de 1 octombrie 2011.

PROTEJAREA VIEȚII PRIVATE PRIN PRISMA SCHIMBĂRII JURISPRUDENȚEI CEDO ÎN CAUZA BĂRBULESCU CONTRA ROMÂNIEI

Drd. Eugen Cristian GRIGORIE
Procuror, Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Craiova

Abstract

Through Grand Chamber judgement in the case of Bărbulescu vs. Romania, the decision of June 2016 of European Court of Human Rights has been changed. It was assessed by the current judgement that Romanian authorities violated the right to private life, in the context of labour relations of an employee's disciplinary dismissal based on the monitoring carried out by his employer

The review of ECHR jurisprudence in the case of Bărbulescu vs. Romania creates consequences in the protection of private life of the employees during working time, setting serious limitatios in their monitorization. Practicly, the Court assessed as a principle the fact that total restriction of usage of electronic communication devices by the employees for personal reasons cannot reduce to zero the human right to a private life.

Keywords: *right to privacy, monitoring of employees, ECHR case law, protection of the right to correspondence.*

Noțiunea de „viață privată”, deși folosită în mod repetat, atât în textul legii noastre fundamentale, cât și în Convenția Europeană a Drepturilor Omului, nu a fost definită până în prezent de legiuitorul român sau în dreptul comunitar.

În absența unei definiții legale, doctrina juridică a încercat numeroase explicații ale noțiunii de viață privată și clasificări ale conținutului acesteia. De-a lungul timpului, ca urmare a nevoii de adaptare la realitățile și evoluția societății moderne,

¹ Școala doctorală a Facultății de Drept, Universitatea din Craiova, conducător științific prof. univ. dr. Ruxandra Răducanu.

conceptul de viață privată a fost redefinit, prin modificarea structurii acestuia, în sensul cuprinderii unor aspecte neavute în vedere inițial.

Prin prisma evoluțiilor tehnologice și a diversificării mijloacelor de comunicare la distanță, protejarea vieții private și în special a corespondenței, capătă noi valențe, implicând o modificare continuă a practicii judiciare comunitare prin extinderea protejării dreptului la corespondență de la corespondența „clasică” la cea „modernă”, desfășurată prin convorbiri telefonice, pe e-mail, pe rețelele de socializare, Facebook, WhatsApp, Instagram, Messenger și altele.

Supravegherea acestor mijloace de comunicare intră sub incidența protejării dreptului la corespondență, cât și a protejării dreptului la viața de familie sau la viața privată.

Un exemplu clar de schimbare și adaptare la noile cerințe și nevoi sociale în protejarea vieții private o constituie cauza Bărbulescu contra României, în care, recent, prin hotărârea Marii Camere, s-a modificat decizia din iunie 2016 a Curții Europene a Drepturilor Omului și s-a constatat că autoritățile statului roman nu au asigurat respectarea dreptului la viață privată, în contextul relațiilor de muncă ale unui angajat care a fost concediat disciplinar pentru utilizarea internetului în interes personal, în timpul de lucru, pe baza unor probe obținute de către angajator prin monitorizarea comunicațiilor electronice ale angajatului.

Pentru a înțelege schimbarea jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului este necesară prezentarea, pe scurt, a stării de fapt reținută în cauza Bărbulescu contra României.

Reclamantul, domnul Bărbulescu, a fost angajat al unei societăți private în perioada 1 august 2004 – 6 august 2007, în calitate de inginer responsabil de vânzări iar, la solicitarea angajatorului, reclamantul a creat un cont Yahoo Messenger destinat a fi utilizat pentru răspunsurile oferite cererilor clienților.

La data de 13 iulie 2007, domnul Bărbulescu a fost informat de angajatorul său că, în perioada 5-13 iulie 2007, comunicările realizate de acesta prin intermediul contului Yahoo Messenger au fost monitorizate, constatându-se că reclamantul a utilizat internetul în interes privat. În condițiile în care reclamantul negase că ar fi utilizat contul Messenger în scop privat, angajatorul i-a prezentat un transcript de 45 de pagini al comunicărilor acestuia, care conținea toate mesajele reclamantului cu logodnica sa și cu fratele său privitoare la chestiuni private. Totodată, transcriptul conținea cinci mesaje scurte pe care reclamantul le trimise logodnicei sale, la data de 12 iulie 2007, prin contul său personal Yahoo Messenger.

La 1 august 2007 domnul Bărbulescu a fost concediat de către angajatorul său pentru că a utilizat rețeaua de internet a companiei la care era angajat în timpul orelor de serviciu, cu încălcarea regulamentului interior, care interzicea utilizarea calculatoarelor companiei în scopuri personale.

Înainte de acest incident, în cadrul societății circulase o nota internă prin care se atenționau angajații despre folosirea în interes personal a resurselor companiei, împotriva Regulamentului Intern, care interzicea în mod complet o astfel de folosire, specificând ca o alta angajată a fost concediată în urma unui astfel de incident. Dl. Bărbulescu a luat la cunoștință atât Regulamentul Intern, cât și nota internă.

Când, pe baza monitorizării, angajatorul l-a confruntat pe dl. Bărbulescu în privința unei utilizări a internetului semnificativ mai ridicată față de utilizarea colegilor, reclamantul a susținut că toate comunicările sale au un caracter profesional și a negat că ar folosi resursele companiei în interes personal.

În urma concedierii sale, domnul Bărbulescu a atacat decizia de concediere la instanțele civile competente, precizând că societatea respectivă i-a adus atingere dreptului său la viață privată și a încălcat secretul corespondenței.

Instanțele naționale au constatat că angajatul a fost informat despre faptul că nu avea voie să utilizeze resursele companiei în scopuri personale, dar și despre faptul că este monitorizat, iar încălcarea acestei reguli a stat la baza procedurii de concediere disciplinară, care a fost în mod corect aplicată de angajator, fiind menținută sancțiunea disciplinară, respectiv concedierea acestuia.

În această cauză, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a subliniat că trebuie clarificat dacă reclamantul a avut o așteptare legitimă la păstrarea caracterului privat al comunicărilor sale realizate prin contul profesional Yahoo Messenger. În acest sens, s-a constatat că prezenta cauză se diferențiază față de alte cauze în care, de pildă, folosirea telefonului de la birou în interes privat era permisă sau, cel puțin, tolerată² sau când regulile interne ale societății angajatoare nu interziceau angajaților să păstreze lucruri personale în biroul profesional³.

Având în vedere că angajatorul era o societate privată, s-a pus problema unei încălcări a art. 8 din CEDO în privința neîndeplinirii obligației pozitive a statului de a asigura respectarea efectivă a vieții private⁴, prin prisma hotărârilor instanțelor judecătorești naționale date în cauzele respective.

Comunicările efectuate de reclamant pe Yahoo Messenger au intrat în sfera de aplicare a dispozițiilor art. 8 din CEDO, fiind în concordanță cu jurisprudența Curții, care stabilea că și convorbirile telefonice efectuate de la locul de munca sunt încadrate în noțiunea de „viața privată” și de „corespondență” în sensul dispozițiilor Articolului 8 alin. 1⁵.

² CEDO, cauza Halford contra Regatului Unit (cererea nr. 20605/92, hot. din 25 iunie 1997).

³ CEDO, cauza Peev contra Bulgariei (cererea nr. 64209/01, hot. din 26 iulie 2007).

⁴ CEDO, cauza X și Y contra Olandei, paragraf 23.

⁵ CEDO, cauza Halford, citată mai sus, paragraf 44 și cauza Amann contra Switzerland [GC], paragraf 43.

De asemenea, și e-mail-urile expediate de la serviciu trebuie protejate în mod similar de dispozițiile Articolului 8, precum și informațiile care pot fi obținute din monitorizarea utilizării personale a internetului⁶.

În motivarea hotărârii, Curtea nu a găsit nerezonabil faptul că un angajator vrea să verifice dacă angajații își îndeplinesc sarcinile profesionale în timpul orelor de lucru, iar angajatorul a accesat contul lui Bărbulescu cu convingerea că acesta conținea comunicații legate de clienți.

Curtea a mai constatat că a fost protejat conținutul comunicațiilor lui Bogdan Bărbulescu. „Instanțele naționale au folosit transcripturile comunicațiilor sale doar în măsura în care acestea dovedeau că a folosit computerul companiei pentru scopurile sale personale în timpul orelor de lucru, iar identitatea persoanelor cu care el a comunicat nu a fost dezvăluită“, a arătat instanța europeană.

Totodată, Curtea a subliniat că, deși comunicările prin Yahoo Messenger au fost monitorizate, această măsură nu a privit alte date sau documente existente în calculatorul reclamantului. Mai mult, reclamantul nu a explicat în mod convingător motivul pentru care acesta a utilizat contul Yahoo Messenger în scopuri personale.

În hotărârea Camerei din 12 ianuarie 2016, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a hotărât, cu șase voturi pentru și unul împotriva faptului că nu a avut loc o violare a articolului 8 al Convenției, constatând că instanțele naționale au realizat un echilibru corect între dreptul domnului Bărbulescu de a i se respecte viața sa personală și corespondența în temeiul articolului 8 și interesele angajatorului său. Curtea a remarcat în special că viața privată și corespondența domnului Bărbulescu fuseseră monitorizate. Cu toate acestea, monitorizarea de către angajator a comunicărilor sale a fost rezonabilă în cadrul procedurilor disciplinare.

Cu toate acestea, hotărârea dată în cauza Bărbulescu contra României nu a trebuit interpretată în sensul că angajatorii au libertatea totală de a monitoriza corespondența privată a angajaților, atunci când utilizează echipamente de serviciu.

În speța de față, Curtea a analizat posibilitatea încălcării art. 8 alin. 1 din CEDO, doar prin prisma procedurilor disciplinare și al atacării acestora în fața instanțelor civile, iar în acest context Curtea a apreciat că instanțele naționale au realizat un just echilibru între interesul angajatului și cel al angajatorului, mai ales ținând cont că angajatul a negat utilizarea echipamentului în scop personal, fapt contrazis tocmai de transcrierile convorbirilor private.

În motivare, Curtea a mai menționat că reclamantul ar fi putut utiliza și alte căi de atac interne, cum ar fi o plângere penală pentru săvârșirea infracțiunii de violarea secretului corespondenței sau o plângere în baza Legii nr. 677/2001 privind protecția datelor cu caracter personal, aspecte care nu au fost realizate și astfel

⁶ CEDO, cauza Copland contra Regatul Unit, paragraf 41.

nu s-a putut constata o încălcare a obligației pozitive a statului de a asigura respectarea efectivă a vieții private.

La data de 6 iunie 2016, cauza a fost trimisă Marii Camere la solicitarea domnului Bărbulescu, iar la data de 05.09.2017 s-a publicat Hotărârea Marii Camere, prin care a fost răsturnată decizia din 06.06.2016 a Curții Europene a Drepturilor Omului și s-a stabilit că autoritățile statului român nu au asigurat respectarea dreptului la viață privată al domnului Bărbulescu, fiind încălcate prevederile art. 8 al CEDO.

Marea Cameră a subliniat în special că, deși era discutabil dacă domnul Bărbulescu ar fi putut avea o așteptare rezonabilă de confidențialitate, având în vedere regulamentele restrictive ale angajatorului privind utilizarea pe internet, despre care fusese informat, instrucțiunile unui angajator nu pot reduce viața socială privată la zero la locul de muncă. Dreptul la respectarea vieții private și la viața privată a corespondenței au continuat să existe, chiar dacă acestea ar putea fi restricționate în măsura în care este necesar.

În timp ce măsura contestată, și anume monitorizarea comunicărilor domnului Bărbulescu care au dus la concedierea sa, fusese luată de o societate privată, ea a fost acceptată de instanțele naționale. Prin urmare, Curtea a considerat că plângerea urma să fie examinată din punctul de vedere al obligațiilor pozitive ale statului.

Instanțele naționale trebuiau să efectueze un exercițiu de echilibrare între interesele concurente în cauză, și anume dreptul domnului Bărbulescu la respectarea vieții private, pe de o parte, și dreptul angajatorului său de a lua măsuri pentru a asigura buna funcționare a companiei, pe de altă parte.

De asemenea, în motivarea deciziei Marea Cameră a enunțat mai mulți factori de care instanțele naționale trebuie să țină cont în cazul analizării intruziunilor în viața privată și, în special, la protejarea dreptului la corespondență, după cum urmează:

- dacă angajatul a fost informat despre posibilitatea ca angajatorul să-i monitorizeze corespondența și celelalte comunicări ale sale și despre implementarea unor asemenea măsuri?

- până unde poate monitoriza angajatorul și care este gradul de intruziune în viața privată a angajatului?

- dacă angajatorul i-a furnizat motive pentru monitorizarea corespondenței angajatului?

- dacă a fost posibilă instalarea unui sistem de monitorizare bazat pe mijloace și măsuri mai puțin intruzive decât accesul direct la conținutul comunicărilor angajatului?

- care au fost consecințele monitorizării angajatului ce este subiect al acesteia?

- dacă angajatului i s-au asigurat garanții adecvate, în special atunci când măsurile de supraveghere ale angajatorului au fost unele intruzive?

Curtea a mai constatat în speța de față că instanțele naționale au identificat în mod corect interesele în discuție, făcând o referire explicită la dreptul reclamantului la respectarea vieții sale private, ca și la principiile juridice ale necesității, finalității, transparenței, legitimității, proporționalității și securității, principii aplicabile și enunțate de Directiva 95/46/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 24 octombrie 1995, referitoare la protecția persoanelor fizice cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal și la libera circulație a acestor date. Tribunalele naționale au mai analizat dacă procedura disciplinară a respectat principiul contradictorialității și dacă reclamantului i s-a oferit posibilitatea de a-și prezenta argumentele.

Însă, totodată, Curtea a reținut faptul că reclamantul nu a fost informat în prealabil despre întinderea și natura monitorizării operate de către companie, nici despre posibilitatea acesteia de a accesa conținutul actual al comunicărilor sale. Tribunalele naționale au omis să cerceteze dacă reclamantul fusese avertizat în prealabil despre posibilitatea ca angajatorul să implementeze măsuri de monitorizare, precum și despre întinderea și natura acestor măsuri. Pentru a fi considerat prealabil, avertismentul angajatorului trebuia făcut înainte ca angajatorul să-și înceapă activitatea de monitorizare, în special atunci când monitorizarea implică și accesul la conținutul comunicărilor angajaților.

De asemenea, s-a mai reținut că instanțele de judecată nu au verificat în mod suficient existența motivelor legitime care să justifice monitorizarea comunicărilor reclamantului și nu au examinat dacă scopul urmărit de către angajator putea fi atins prin metode mai puțin intruzive decât accesul la conținutul în sine al comunicărilor reclamantului.

Curtea a mai constatat că reclamantul a fost supus celei mai severe măsuri disciplinare posibile, și anume concedierea, fără ca vreo instanță națională să examineze gravitatea consecințelor măsurii de supraveghere și a procedurilor disciplinare care au urmat.

În consecință, Marea Cameră a constatat încălcate prevederile art. 8 din CEDO și au statuat că autoritățile naționale nu au protejat în mod corect dreptul domnului Bărbulescu la respectarea vieții private și a corespondenței sale și astfel nu au asigurat un echilibru just între interesele în cauză.

Schimbarea jurisprudenței CEDO în cauza Bărbulescu contra României prezintă implicații în protejarea vieții private a angajaților la locul de muncă, stabilindu-se limitări serioase în ceea ce privește monitorizarea angajaților, practic statuându-se ca principiu faptul că restricționarea absolută a folosirii de către angajați a mijloacelor de comunicare electronică în interes personal, nu poate restrânge la zero dreptul la viață privată al angajatului. Dreptul la respectarea vieții private și a corespondenței continuă să existe la locul de muncă, chiar dacă

acestea ar putea fi restricționate în măsura în care este necesar, iar instanțele judecătorești ar trebui să ia în considerare analizarea factorilor enunțați în motivarea deciziei Marii Camere în privința stabilirii intruziunilor în viața privată.

În concordanță cu schimbarea jurisprudenței CEDO în aceasta se constată și o înăsprire a legislației europene privind protecția datelor cu caracter personal, în cadrul adoptării Regulamentului (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date.

În cuprinsul Regulamentului (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 se statuează că protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal este un drept fundamental expus în articolul 8 alineatul (1) din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene („carta”) și articolul 16 alineatul (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE), care prevăd dreptul oricărei persoane la protecția datelor cu caracter personal care o privesc.

Și în dispozițiile regulamentului menționat mai sus s-a luat act că evoluțiile tehnologice rapide și globalizarea au generat noi provocări pentru protecția datelor cu caracter personal, iar amploarea colectării și a schimbului de date cu caracter personal a crescut în mod semnificativ. Tehnologia a permis atât societăților private, cât și autorităților publice să utilizeze date cu caracter personal la un nivel fără precedent în cadrul activităților lor, iar, din ce în ce mai mult, persoanele fizice fac publice la nivel mondial informații cu caracter personal.

Pentru uniformizarea legislațiilor naționale în privința protecției persoanelor fizice, cu referire la prelucrarea datelor cu caracter personal, Regulamentul UE 2016/679 a fost elaborat în scopul de a furniza securitate juridică și transparență pentru operatorii economici, precum și de a oferi persoanelor fizice în toate statele membre același nivel de drepturi, obligații și responsabilități opozabile din punct de vedere juridic pentru operatori și persoanele împuternicite de aceștia, pentru a se asigura o monitorizare coerentă a prelucrării datelor cu caracter personal, sancțiuni echivalente în toate statele membre, precum și cooperarea eficace a autorităților de supraveghere ale diferitelor state membre.

În adoptarea principiilor prevăzute în prezentul regulament, precum și a celor statuate în motivarea deciziei Marii Camere în cauza Bărbulescu contra României, instanțele naționale urmează să stabilească intruziunile asupra vieții private și, în special, să constate încălcări ale dreptului la corespondență, prin prisma noii jurisprudențe CEDO.

TEORIA PIERDEREA UNEI ȘANSE PRIN PRISMA ACȚIUNILOR IN *WRONGFUL BIRTH* ȘI IN *WRONGFUL LIFE*

*Student Anastasia Munteanu
Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept*

Abstract

Loss of a chance in medical law. New precedent of wrongful birth and wrongful life claims. Perruche Case: between reticence and acceptance. Difficulties with causation, quantification and identifiable criteria. Awarding monetary damages for the lost chance of getting an abortion. Questions of medical and law ethics.

Keywords: *loss of a chance, tort law, medical law, wrongful life, wrongful birth, medical negligence, medical liability.*

Șansele reprezintă o componentă imuabilă din viața fiecăruia dintre noi, motiv pentru care, pierderea lor determină nașterea dreptului la reparație, acestea căpătând valoare juridică odată cu intrarea în vigoare a Codului civil din 2011, ca un răspuns firesc în contextul modernizării societății și a apariției noilor forme a răspunderii civile delictuale.

Astfel, în cadrul art. 1385 alin (4) C. civ, regăsim, pentru prima dată în dreptul românesc, consacrarea instituției pierderii unei șanse ca formă a prejudiciului reparabil, sub condiția ca producerea acesteia să fi fost neîndoielnică¹.

În esență, conceptul pierderii unei șanse poate fi definit ca speranța nerealizată de a obține un avantaj sau de a evita un risc, șansele fiind oportunități pierdute care aveau puterea să ne creioneze un alt traseu al vieții, acestea trebuind să existe dincolo de domeniul imaginarului, fiind necesar să aibă toate prerogativele pentru a putea fi evaluate obiectiv, astfel încât, pierderea șanselor să poată justifica o reparație corespunzătoare.

Incontestabil, teoria pierderii șansei își regăsește, cu precădere, aplicarea în domeniul medical. Această orientare a instanțelor de judecată poate fi explicată

¹ Art. 1385 alin. (2) C. civ. „Se vor putea acorda despăgubiri și pentru un prejudiciu viitor dacă producerea lui este neîndoielnică.”

prin strânsa legătură în care se află cele două vechi științe – dreptul și medicina, punctul de coeziune al celor două distinse profesii constând chiar în obiectul lor de studii – omul. Analizând valorile ocrotite de sistemul medical, cât și de cel juridic, ajungem la concluzia că, în fond, acestea nu diferă atât de mult, medicii protejează omul în materialitatea sa fizică și psihică, ca ființă biologică, vulnerabil în fața bolilor și a morții, juriștii, pe de altă parte, studiază și protejează omul din cealaltă perspectivă a sa, cea de ființă socială, membru în societatea umană, implicat și supus întotdeauna riscurilor din numeroasele raporturi juridice în care intră.

Cazul Perruche. Decizia care a stabilit un nou precedent

În contextul dezvoltărilor noilor tehnologii genetice, așa cum este fertilizarea *in vitro*, a măsurilor medicale paliative, a diagnosticului prenatal, se impune o relativizare și o regândire a reperelor seculare în ceea ce privește percepția asupra vieții și a morții.

În această arie a răspunderii, cazul Perruche, cu siguranță, rămâne a fi reprezentativ, constituind un punct istoric, un precedent nou care ridică multiple întrebări, atât în privința răspunderii civile delictuale, cât și în privința eticii dreptului.

Totul a început în Franța anului 1982², atunci când Josette Perruche, însărcinată în luna a patra, descoperă că fiica ei de patru ani s-a îmbolnăvit de rubeolă, cunoscând efectele dăunătoare pe care o eventuală infestare le-ar avea asupra fătului, Josette Perruche și-a informat medicul că, preferă să avorteze decât să dea naștere unui copil cu grave defecte urmare a contactării rubeolei.

La consilierea medicului, aceasta a efectuat două teste în 12 și 27 mai 1982 care au prezentat rezultate contradictorii, după reevaluare în laboratorul de biologie medicală, medicul a declarat că mama este imunizată împotriva rubeolei și, prin urmare, copilul este în afara oricărui pericol. De asemenea, medicul a considerat că sarcina nu trebuie întreruptă și poate fi dusă la bun sfârșit.

Însă, la 14 ianuarie 1983, se naște Nicholas, suferind de sindromul Gregg sau rubeola congenitală³, manifestat printr-un ansamblu de anomalii grave, tulburări

² Datele privind starea de fapt sunt preluate din raportul consilierului Curții de Casație, P. Sargos, reprodus în articolul lui F. Chabas, *Réparation du préjudice personnel de l'enfant handicapé lorsque son handicap a été contracté in utero*, *La Semaine Juridique* (Juris Classeur Periodique), 2000, nr.50, II, 10438, pp.2293-2312., mai multe detalii pot fi consultate la: <https://www.senat.fr/rap/a01-175/a01-1758.html>.

³ Rubeola congenitală este o afecțiune care apare ca urmare a infecției materne primare cu virusul Rubella în timpul sarcinii. Semnele clinice constau în surditate, afectare oculară (cataractă, retinopatie etc.), anomalii cardiace. Afectarea cerebrală apare atunci când infecția maternă se produce între 3-16 săptămâni de gestație și se manifestă prin retard mental moderat, microcefalie, diplegie spastică.

neurologice, retard mental, surzenie, leziuni oculare, cardiopatie și defecte locomotorii, impunând necesitatea unei asistențe și griji permanente pe durata întregii vieți ai lui Nicholas.

Așadar, pentru a-și găsi dreptatea, soții Perruche introduc o acțiune în justiție la 15 iulie 1989 împotriva medicului și laboratorului de biologie medicală. Tribunalul din Evry pronunțând o decizie favorabilă la 13 ianuarie 1992. Instanța a constatat că doctorul mamei, cât și unitatea de laborator sunt responsabili de starea de sănătate a lui Nicholas, obligându-i în solidar la plata a 500.000 de franci pentru prejudiciul corporal, la care se adaugă 1.851.128 franci cu titlu de prestații periodice.

Medicul acuzat a declarat apel la această hotărâre, susținând că laboratorul care a examinat analizele este singurul responsabil de eroarea medicală produsă. Astfel, la 17 decembrie 1993, Curtea de Apel din Paris, a reținut că medicul a comis o greșală în executarea obligației sale de mijloace, întrucât cunoștea dorința și intenția mamei de a recurge la întreruperea sarcinii în caz de rubeolă. Totuși, Curtea de Apel de la Paris a constatat că afecțiunea copilul nu se află într-o relație de cauzalitate cu faptele medicului, deoarece handicapul este o condiție inerentă cauzată de factorii genetici, astfel încât cei 1.851.128 franci trebuie returnați.

În continuare, părinții, declarând recurs, obțin la 26 martie 1996 casarea hotărârii pe motiv că li s-a indus o realitate eronată conform cu care mama era imunizată, iar copilul se va naște sănătos. În calitate de instanță de rejudecare a fost investită Curtea de Apel din Orleans, aceasta din urmă însă refuză indemnizarea prejudiciului copilul și obligă părinții la rambursarea sumelor, fapt ce îi determină pe reclamânți să introducă o nouă cale de atac, de această dată împotriva acestei ultime hotărâri.

Astfel, după cincisprezece ani de litigii⁴, soții Perruche ajung în fața instanței supreme franceze. Acțiunea a fost formulată în numele copilului, avocații reclamanților susținând că Nicholas are tot dreptul de a-i da în judecată pe medici, deoarece diagnosticarea greșită a avut ca rezultat nașterea sa cu defecte⁵, în consecință, acesta fiind obligat să ducă „o viață inutilă, greșită, viață care nu merită trăită”⁶ în condiții în care acesta ar fi putut să nu se nască⁷. Curtea fost de acord și a considerat

⁴ Pentru prezentarea în amănunt a hotărârilor pronunțate de instanțele de judecată, a se vedea: Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, 6e édition, Dalloz, Paris, 2009, p. 755-760., mai multe detalii la: <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01619213/document>

⁵ Pentru o analiză mai aprofundată a cazurilor de wrongful life in common law (spre exemplu Procanik v. Cillo, Roe v. Wade, Gleitman v. Cosgrove) a se vedea B. Markesinis, *Réflexions d'un comparatiste anglaise sur et à partir de l'arrêt Perruche*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil* nr. 1, 2001, pp. 77-102.

⁶ M. T. Lysaught, *Wrongful Life? The strange case of Nicholas Perruche*, Commonweal Foundation, 22 martie 2002.

⁷ Olivier Cayla et Yan Thomas, *Du droit de ne pas naître: À propos de l'affaire Perruche*, Paris, Gallimard, coll. « Le Débat », 2002

că Nicholas poate fi despăgubit din cauză că neglijența medicilor a avut ca rezultat pierderea dreptului lui Nicholas de a fi avortat, adică pierderea dreptului de a nu se naște. În iulie 2001, Curtea de Casație Franceză și-a reafirmat decizia din cazul Perruche, permițând altor trei copii cu dizabilități să primească despăgubiri de la medicii care nu au reușit să identifice dizabilitățile acestora când erau fetuși.

În acest fel, tragedia unei familii s-a transformat într-o decizie istorică cu caracter normativ care a influențat puternic curentul indemnizării pierderii unei șanse⁸, introducând un nou temei al răspunderii – acțiunile întemeiate pe *wrongful birth* și *wrongful life*.

Acțiunile întemeiate pe *wrongful birth* și *wrongful life*

În ultima jumătate de secol, odată cu dezvoltarea tehnologiilor de reproducere, informațiile în ceea ce privește planificarea familială au devenit din ce în ce mai accesibile publicului. Astfel, pe măsură ce viitorii părinți au devenit mai informați cu privire la diferitele opțiuni reproductive disponibile a evoluat și jurisprudența care apără dreptul exclusiv al indivizilor de a lua propriile decizii cu privire la conceperea și nașterea copiilor.

În acest sens, dacă acest drept este încălcat din cauza neglijenței unuia sau mai multor furnizori de servicii medicale, părinții prejudiciați îi pot acționa în judecată pe motivul *wrongful birth* a unui copil neplanificat sau a unui copil care prezintă defecte fiziologice. În mod similar, un copilul născut poate acționa în judecată pe temeiul *wrongful life*.

Cu siguranță, asemenea acțiuni nu sunt întotdeauna privite cu ochi buni în instanță, întrucât ridică multiple întrebări și dispute de etică și moralitate, totuși, considerăm că existența acestui temei relativ nou de răspundere reprezintă un pas important pentru deschiderea viziunilor și depășirea dogmelor vechi după care unele societăți se conduc până în prezent.

Spre exemplu, în cauza Perruche au fost exercitate concomitent două acțiuni având temeiuri diferite: prima în *wrongful birth*, care presupune despăgubirea părinților, și cea de-a doua în *wrongful life*⁹, care urmărește despăgubirea propriuzisă a copilului născut.

Spre deosebire de cazurile de malpraxis, aria de răspundere este mai largă în cazul acțiunilor întemeiate pe dreptul la viață și alternativele pe care le aveau reclamantii, acțiunea întemeiată pe *wrongful life* având mai multe mutații printre

⁸ Pentru mai multe detalii a se vedea articolul lui F. Chabas, *L'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap*, *Juris Classeur Périodique*, 2001, nr.40, II, 10601, pp.1833-1843 și P.H. Antonmettei, J. Raynard, J.B. Seube, *Travaux dirigés de droit des obligations*, 4 éd. Litec, Paris, 2002, pp.139-142.

⁹ *Wrongful life* în franceză – action de vie préjudiciable

care se numără și *wrongful conception*¹⁰ sau *wrongful pregnancy*¹¹. Diferențierea dintre cele două temeuri de răspundere, *wrongful birth* și *wrongful life* se face în funcție de persoana prejudiciată, dacă în prima variantă – *wrongful birth* – prejudiciați se consideră părinții care au dat naștere unui copil cu handicap, prejudiciul concretizându-se și în povara pe care o va reprezenta creșterea aceluși copil, al doilea teme – *wrongful life* – se fundamentează pe dreptul copilului de nu se fi născut, de a fi avortat și astfel de a fi lipsit de suferințele la care a fost condamnat prin naștere.

Diferența dintre acțiunea in *wrongful birth* și in *wrongful life*

Acțiunile în *wrongful birth* și in *wrongful life* reprezintă o creație a jurisprudenței¹² concretizată într-o formă nouă a răspunderii civile delictuale, care deși nu este reglementată expres de niciun stat, a reușit să producă importante efecte juridice.

Reclamanți într-o acțiune întemeiată pe *wrongful birth* sunt părinții care se simt nedreptățiți de pe urma activității neglijente a medicului, care, în timpul sarcinii, a omis să sesizeze boala de care suferea fătului lor, astfel lipsindu-i pe părinți de șansa de a adopta decizia întreruperii cursului sarcinii.

Pentru a câștiga o acțiune întemeiată pe *wrongful birth*, părinții trebuie să demonstreze îndeplinirea a două condiții principale, prima – existența unui comportament neglijent din partea personalului medical, adică o conduită sub standardele statornicite în domeniul lui de activitate, și cea de-a doua condiție – demonstrarea relației de cauzalitate dintre neglijența medicului și circumstanța nașterii copilului cu handicap, respectiv, dovedirea faptului că, în lipsa conduitei neglijente a medicului, copilul nu ar fi fost adus pe lume.

În ceea ce privește obiectul reparației, într-o asemenea acțiune, despăgubirile care pot fi obținute includ: daunele pentru suferința cauzată părinților, cele rezultate din degradarea calității vieții, cât și prejudiciile patrimoniale în legătură cu tratamentul și îngrijirile pe care trebuie să le suporte părinții pentru creșterea copilului născut cu handicap. O componentă interesantă a prejudiciului reparabil a fost reținută în cauza *Rees vs. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2003],

¹⁰ *Wrongful conception* – acțiune întemeiată pe neglijența medicului care a efectuat defectuos procedura de sterilizare chirurgicală, aceasta conducând la nașterea unui copil neplanificat.

¹¹ *Wrongful pregnancy* – acțiune asemănătoare ca natură cu cea de *wrongful conception*, constând în acțiunea părinților formulată împotriva medicului care a efectuat operația de sterilizare, uneori putând fi îndreptată chiar și împotriva producătorilor de preparate contraceptive, prejudiciul fiind reprezentat chiar de sarcina nedorită, în cuantificarea acestuia încadrându-se și cheltuielile mamei făcute cu ocazia sarcinii, dar și salariul pe care aceasta, în mod normal, l-ar fi primit dacă nu era însărcinată.

¹² Bilá Katerina, „*A Slippery Slope Wrongful Birth and Wrongful Life.*” *Common Law Review* 5 (2004): 1-10.

în care a fost stabilită în calitate de „conventional award”¹³ suma de £15,000.00 pentru ”pierderea posibilității reclamanților de a controla mărimea familiei lor”¹⁴, suma fiind acordată separat de daunele urmarea a *wrongful birth*.

De vreme ce am stabilit că o acțiune *in wrongful birth* privește prejudiciul cauzat părinților prin îndeplinirea defectuoasă a obligației de informare a medicului, acțiunea având ca temei *wrongful life*, respectiv dreptul de a nu exista¹⁵, îl are ca reclamant chiar pe copilul născut ca urmare a neglijenței medicilor.

Întrucât acțiunile în *wrongful life* privesc copiii născuți cu afecțiuni genetice, niciun tratament, acordat mamei în timpul sarcinii, nu ar fi făcut posibil ca acest copil să se nască sănătos, respectiv singurele sale alternative oscilau între a se naște cu handicap sau a nu se naște deloc, adică de a fi avortat. Interpretând a fortiori, ajungem la concluzia că adevăratul prejudiciul al copilul într-o astfel de acțiune este chiar viața lui¹⁶.

Concluzii

Criticate pe motiv că ar contraveni principiilor bioeticii, moralității și nediscriminării, totuși, apreciem că existența acestui nou temei de răspundere reprezintă un pas important pentru deschiderea viziunilor și depășirea dogmelor vechi după care unele societăți, din nefericire, se conduc până în prezent.

Într-o societatea care pretinde a fi modernă, recunoașterea pierderii unei șanse, deopotrivă cu acțiunile în *wrongful birth* și *wrongful life*, drept un veritabil temei al răspunderii constituie un compromis social, o cale de mijloc pentru a răspunde noilor valori și nevoi sociale.

Crearea noului precedent judiciar prin care șansa, cât și viața unui copil nenăscut, au câștigat valoare juridică, reprezintă un prilej de transformare și deschidere a mentalității atât la nivel popular, cât și la nivel instituțional. În pofida subtilității naturii sale, a dificultății de cuantificare, dar și a criticilor aduse, acțiunile *in wrongful life* și *in wrongful birth* merită atenția colectivă, cu atât mai mult cu cât misiunea juriștilor este cea de a pune în lumină nevoile sociale, cât și instrumentele legale de care cei prejudiciați pot dispune.

¹³ Conventional award of damages – noțiune din dreptul anglo-saxon desemnând despăgubirea care nu reflectă nemijlocit pierderea actuală suferită, dar acordarea căreia a fost considerată necesară de către instanță în temeiul circumstanțelor specifice ale cauzei.

¹⁴ Traducere din engleză – conventional award in respect of the loss of the parents' ability to control the size of their family.

¹⁵ Benatar, David. *Better Never To Have Been – The Harm of Coming into Existence*, Oxford: Clarendon Press, 2006.

¹⁶ L. Aynes, *Préjudice de l'enfant né handicapé: la plainte de Job devant la Cour de Cassation*, Dalloz, 2001, chron., p. 492.

DREPT PROCESUAL PENAL: VALORI FUNDAMENTALE ȘI PROCES ECHITABIL ÎNTR-UN CADRU UNITAR

Lect. univ. dr. Djulieta VASILOI
Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată, Chișinău



Normele juridice de drept procesual penal au cunoscut o dinamică aparte în ultima decadă. Intrarea în vigoare a noului Cod de procedură penală, la data de 1 februarie 2014, a însemnat un *momentum* în ceea ce privește organizarea activității judiciare, atât a organelor de urmărire penală, cât și a instanțelor de judecată în materie penală.

Noi abordări au cunoscut inclusiv principiile de bază ale procesului penal, până nu demult aflate între desuetudine și clasic. Astăzi, însă, în cu totul alte coordonate se petrec lucrurile, iar în ceea ce privește aceste principii, prevăzute de dispozițiile art. 2-12 C. pr. pen., legiuitorul român a reușit să realizeze o armonizare între principiile clasice și cele europene, consacrate de prevederile Convenției europene pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, precum și de jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului.

Aceste noi reglementări legale impun o abordare detaliată a tuturor instituțiilor procesual penale, cu atât mai mult cu cât noul cadru legal a adus unele modificări substanțiale în ceea ce privește procedurile de realizare a scopului procesului penal, acela de soluționare a cauzelor penale în mod legal și temeinic. Iar dacă este să ne referim la instituțiile procesual penale nou introduse în Codul de procedură penală, putem aminti procedura de cameră preliminară, precum și procedura privind acordul de recunoaștere a vinovăției. Acestea sunt doar câteva exemple relevante în acest sens.

Această conjunctură judiciară se focalizează asupra noilor instrumente juridice, pe care atât practicienii, cât și viitorii profesioniști ai dreptului – studenții trebuie să le aprofundeze și care sunt, așadar, mai mult decât necesare. În această linie se înscrie și cursul de Drept procesual penal, publicat la Editura Pro Universitaria din București în anul 2020, al autoarei Delia Magherescu. Acesta oferă cititorului o abordare complexă a normelor procesual penale, detaliind fiecare instituție de drept procesual penal din perspectiva cadrului legal în materie de soluționare a cauzelor penale. În acest sens, cursul este îmbogățit cu elemente de practică judiciară din jurisprudența instanțelor de judecată române, la care s-au adăugat prevederile conso-

crate de către jurisprudența Curții de la Strasbourg, de asemenea cu aplicabilitate în ceea ce privește soluționarea cauzelor penale în fața instanțelor penale din România.

Din acest punct de vedere, volumul de *Drept procesual penal* este în primul rând un material didactic, venit în sprijinul studenților, care frecventează cursurile specializării științe juridice.

Structura și conținutul de bază

Acest curs universitar, aflat la prima ediție, este structurat în partea generală și partea specială, fiecare dintre acestea fiind împărțite în capitole și secțiuni. În primul capitol sunt abordate aspectele referitoare la caracteristicile dreptului procesual penal, precum și ale procesului penal. Este vorba despre caracterul *autonom, publicitar și unitar* al procesului penal, caracteristici diriguitoare, de altfel, pentru această știință, pe întreg parcursul procesului penal.

Problematika definirii procesului penal este prezentată din punctul de vedere al tezelor avansate până la acest moment în domeniul dreptului procesual penal. Acestea au la bază cadrul legal în care se desfășoară activitatea judiciară în fața organelor judiciare și care se referă la competența acestora, la procedurile de urmat și, nu în ultimul rând, la participanții în procesul penal. În acest sens, se reține că procesul penal reprezintă o activitate complexă, care este desfășurată de către organele judiciare cu atribuții clar delimitate de dispozițiile Codului de procedură penală. Se reiterează, de asemenea, scopul activității judiciare în cauzele penale, constând în aflarea adevărului și pronunțarea unei soluții legale și temeinice la finalul procesului penal. Cât privește tragerea la răspundere penală a persoanelor care au săvârșit infracțiuni, se reține că instanțele de judecată au două posibilități legale. Una dintre acestea este ca persoanele, cu privire la care se constată nevinovăția acestora, să fie achitate, pe când cea de-a doua opțiune constă în aceea ca persoanele, cu privire la care se constată, dincolo de orice îndoială rezonabilă, că au săvârșit infracțiunile pentru care au fost trimise în judecată să fie trase la răspundere penală potrivit vinovăției cu care au săvârșit faptele respective.

Din acest punct de vedere s-a mai apreciat, că, în contextul prevederilor Codului de procedură penală, este imposibil de formulat o definiție unitară procesului penal, având în vedere complexitatea procedurilor și a activităților desfășurate în cadrul procesului penal. Mai mult decât atât, diversitatea cauzelor penale, deduse organelor judiciare spre soluționare, face imposibilă a astfel de definiție. Nici chiar legiuitorul nu și-a orientat atenția spre o astfel de abordare, care, într-un context atât de complex, ar fi una eronată.

Lucrarea dedică un capitol instituțiilor procesuale privind acțiunea penală și acțiunea civilă, cea din urmă exercitată în cadrul procesului penal, știindu-se că, „*Acțiunea civilă exercitată în cadrul procesului penal are ca obiect tragerea la*

răspundere civilă delictuală a persoanelor responsabile potrivit legii civile pentru prejudiciul produs prin comiterea faptei care face obiectul acțiunii penale"¹.

Producerea unei vătămări prin săvârșirea unei infracțiuni constituie temeiul legal de tragere la răspundere civilă, în cadrul procesului penal, prevădute reglementată de legiuitor, care, lasă la latitudinea persoanei vătămate alegerea căii procesuale de urmat. Mai exact, aceasta are la îndemână dispozițiile procesuale penale pentru valorificarea drepturilor sale, pe calea acțiunii civile, dar, în egală măsură, aceasta poate să aleagă ca repararea daunei produse de infracțiune să se realizeze în fața instanței civile. În lucrarea discutată sunt analizate cazuri concrete de dispunere a dreptului la opțiune, exercitat de către persoana vătămată. Sunt comentate argumentat câteva dintre opiniile exprimate în literatura de specialitate. Astfel, literatura juridică a analizat același punct de vedere, cu privire la care Prof. G. Theodoru a apreciat că există un drept de opțiune al persoanei care a suferit o pagubă prin infracțiune, cu privire la exercitarea acțiunii civile².

Participanții în procesul penal fac obiectul de studiu al Capitolului al III-lea, iar *competența organelor judiciare* este detaliată în cadrul Capitolului al IV-lea. Referitor la competența de exercitare a activităților de către organele judiciare, în lucrare se face trimitere la normele dispozitive sau imperative ale Codului de procedură penală, aplicabile atât în faza de urmărire penală, cât și în faza de judecată a procesului penal. Legiuitorul a distins între competența materială, competența teritorială și competența după calitatea persoanei, caz în care s-a făcut descrierea detaliată a activităților desfășurate de către organul de cercetare penală, procuror, judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară și, nu în ultimul rând, de către instanța de judecată.

O altă instituție-cheie, care își găsește aplicabilitate în cadrul procesului penal, este cea care privește asistența juridică. Aceasta este, din punctul de vedere al procesului echitabil ce caracterizează întregul proces penal român, o cerință esențială impusă de prevederile Convenției europene a drepturilor omului și, în egală măsură, de jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului³. Astfel, Înalta Curte de Casație și Justiție s-a pronunțat în diverse spețe, arătând faptul că asistența juridică este obligatorie în cadrul procesului penal, atât pentru inculpatul persoană fizică, cât și pentru inculpatul persoană juridică, în condițiile dispozițiilor Codului de procedură penală⁴.

¹ Potrivit dispozițiilor art. 19 alin. (1) C. pr. pen., adoptat prin Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 486 din 15 iulie 2010.

² A se vedea G. Theodoru, *Tratat de drept procesual penal*, ed. a 2-a, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 227.

³ A se vedea jurisprudență comentată pe această temă în D. Magherescu, *Modificarea învinuirii în prima instanță (Aspecte comparative)*, ed. a 2-a, Ed. Wolters Kluwer, București, 2016, p. 194-202.

⁴ A se vedea I.C.C.J. – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, Dec. nr. 21/2016, publicată în M. Of. nr. 884 din 4 noiembrie 2016.

Probele și mijloacele de probă sunt prezentate în cadrul Capitolului al V-lea. Una dintre caracteristicile teoretice de bază ale acestor instituții procesuale constă în delimitarea care se precizează între cele două noțiuni specificate mai sus. Așadar, se arată că probele pot fi administrate în cadrul procesului penal, probe care se obțin cu ajutorul mijloacelor de probă, ca instrumente de investigație penală.

Potrivit prevederilor art. 97 alin. (1) C. pr. pen., „*constituie probă orice element de fapt care servește la constatarea existenței sau inexistenței unei infracțiuni, la identificarea persoanei care a săvârșit-o și la cunoașterea împrejurărilor necesare pentru justa soluționare a cauzei și care contribuie la aflarea adevărului în procesul penal*”. În acest context, probele sunt privite în corelație cu scopul principal al procesului penal, anume acela de aflare a adevărului în ceea ce privește existența infracțiunii, persoana făptuitorului, adevăr care poate fi elucidat prin intermediul probelor legal obținute, pe de o parte, și administrate în cursul procesului penal, pe de altă parte⁵.

Capitolul al VI-lea este dedicat *măsurilor preventive și altor măsuri procesuale*, reglementate expres de dispozițiile Codului de procedură penală. Se realizează o analiză fidelă a tuturor măsurilor preventive: reținerea, controlul judiciar, controlul judiciar pe cauțiune, arestul la domiciliu și arestarea preventivă, fiecare prezentând particularități în ceea ce privește procedura de dispunere a acestora și organele judiciare competente în acest sens. De asemenea, se insistă asupra prezentării celorlalte măsuri procesuale: măsurile asigurătorii, restituirea lucrurilor și restabilirea situației anterioare săvârșirii infracțiunii. Dincolo de diferențierile de gen, care apar între aceste tipuri de măsuri procesuale, se reține scopul acestora, constând în asigurarea desfășurării întregului proces penal în condiții de legalitate. În principiu, deosebirea care apare între diversele categorii de măsuri preventive constă în aceea că reținerea poate fi dispusă de către organul de cercetare penală sau procuror, în cursul fazei de urmărire penală, pe când celelalte măsuri preventive pot fi dispuse doar de către judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară sau instanța de judecată, în funcție de stadiul procesual la care se află cauza penală examinată⁶.

Celelalte instituții juridice de drept procesual penal, care sunt analizate în această lucrare, sunt cele care privesc actele procesuale și procedurale comune, discutate în cadrul Capitolului al VII-lea, precum citarea și comunicarea actelor de procedură, mandatul de aducere, termenele procedurale, cheltuielile judiciare și, nu în ultimul rând, nulitățile.

⁵ A se vedea D. Magherescu, *Drept procesual penal*, Ed. Pro Universitaria, București, 2020, p. 134-138.

⁶ *Idem*, p. 185-187.

Partea specială a dreptului procesual penal

Partea specială a Dreptului procesual penal are o însemnătate aparte, fapt pentru care se insistă pe corelația care există între partea generală și partea specială a acestuia, știindu-se faptul că nu se poate realiza scopul procesului penal fără o cunoaștere și aplicare eficientă și eficace a instituțiilor procesual penale, reglementate de dispozițiile părții generale a Codului de procedură penală. Din acest punct de vedere s-a apreciat că se au în vedere „*la elaborarea unei teorii referitoare la corelația dintre partea generală și cea specială a dreptului procesual penal, unele instituții juridice ale procesului penal, care sunt reglementate în partea generală a Codului de procedură penală, dar care desăvârșesc conținutul și finalitatea procesului penal, statuat în partea specială a Codului*”⁷.

În cadrul Capitolului al IX-lea, este analizată procedura în faza de urmărire penală, caracterizată fiind de principii specifice, precum activitatea de strângere a probelor, cu excepțiile prevăzute de Codul de procedură penală. De asemenea, faza de urmărire penală este preponderent realizată în formă scrisă, caracteristică ce cunoaște unele excepții, precum procedura de audiere a persoanelor, activitate care se realizează preponderent în baza principiului oralității. Se evidențiază regulile și excepțiile, care caracterizează faza de urmărire penală, iar instituțiile procesuale de bază se referă la punerea în mișcare a acțiunii penale⁸, schimbarea încadrării juridice a faptei⁹, precum și întocmirea rechizitoriului la finalul acestei faze a procesului penal.

O instituție procesuală nou introdusă în Codul de procedură penală – *camera preliminară* – este discutată în cadrul Capitolului al X-lea. Aceasta reprezintă o etapă intermediară, ce precede procedura de judecată în primă instanță. Ca funcție de bază, această instituție procesuală este prezentată din punctul de vedere al obiectului camerei preliminare, dat de verificarea legalității actului de trimitere în judecată și de verificare a legalității probelor administrate în cadrul fazei de urmărire penală. Codul de procedură penală prevede că atunci când sesizarea instanței de judecată s-a realizat printr-un rechizitoriu întocmit cu nerespectarea prevederilor legale în materie, judecătorul de cameră preliminară va constata existența unui caz de nulitate. Sancțiunea nulității produce efecte juridice în sensul că judecata nu poate avea loc, iar cauza va fi trimisă înapoi la procuror pentru a remedia deficiența observată.

Judecata în primă instanță și în căile de atac face obiectul Capitolului al XI-lea și Capitolului al XII-lea ale cursului. Ambele stadii procesuale se caracterizează

⁷ *Idem*, p. 236.

⁸ A se vedea D. Magherescu, 2016, *op. cit.*, p. 23-40.

⁹ *Idem*, p. 77-107.

prin aceleași elemente comune, publicitatea, oralitatea, contradictorialitatea, nemijlocirea, egalitatea și, nu în ultimul rând, legalitatea care caracterizează întreg procesul penal. Se analizează pertinent actele procedurale în ordinea îndeplinirii acestora. Astfel, ședința de judecată debutează cu actele preliminare, urmează cercetarea judecătorească, dezbaterile, deliberarea, pronunțarea, redactarea și, în cele din urmă, are loc comunicarea hotărârii judecătorești pronunțate de către instanța de judecată.

Referitor la căile de atac, acestea sunt reglementate de dispozițiile Codului de procedură penală: *căi ordinare de atac* – apelul la art. 408-424 C. pr. pen. și contestația la art. 425 C. pr. pen., iar la capitolul V al Titlului III al codului sunt reglementate *căile extraordinare de atac*: contestația în anulare, recursul în casație, revizuirea. Fiecare cale de atac este prezentată cu regulile proprii după care se realizează procedura penală. Sunt avute în vedere chestiunile privind particularitatea fiecăreia, cu precizarea că recursul nu mai este reglementat drept o cale de atac ordinară, în schimb noul Cod de procedură penală reglementează recursul în casație ca o cale de atac extraordinară.

Procedurile penale speciale

Procedurile penale speciale au fost mereu în atenția atât a legiuitorului, cât și a doctrinei de specialitate. Și cursul de Drept procesual penal a dedicat un spațiu amplu acestora, în cadrul Capitolului al XIII-lea, care face referire la acordul de recunoaștere a vinovăției, contestația privind durata procesului penal, procedura privind tragerea la răspundere penală a persoanei juridice, procedura în cauzele cu infractori minori, procedura dării în urmărire, procedura reparării pagubei materiale sau daunei morale în caz de eroare judiciară sau în caz de privare nelegală de libertate ori în alte cazuri și procedura specială privind cooperarea judiciară internațională și punere în aplicare a tratatelor internaționale în materie penală.

Noutatea în materie de reglementare legală o constituie procedura privind acordul de recunoaștere a vinovăției, fapt pentru care aceasta este detaliat prezentată în cadrul acestui curs. Analiza acestei proceduri se focalizează asupra chestiunilor de practică judiciară, pronunțate de către instanțele de judecată din țară¹⁰, aceasta cu atât mai mult cu cât jurisprudența în materie nu a cunoscut puncte de vedere unitare în toate problematicile referitoare la această procedură specială. Astfel de discuții pertinente au fost avansate pe marginea unor hotărâri judecătorești pronunțate de către instanțele de judecată în cauzele penale în care

¹⁰ A se vedea un punct de vedere similar, precum și practică judiciară comentată în D. Maghe- rescu, *Recunoașterea vinovăției și aplicarea pedepsei*, Ed. Hamangiu, București, 2019, p. 42-54.

s-a decis încheierea unui acord de recunoaștere a vinovăției între inculpat și procuror, în faza de urmărire penală a procesului penal¹¹.

Aceeași procedură este discutată și din punct de vedere doctrinar, pe marginea polemicilor care s-au conturat în această materie. Au fost discutate aspecte, precum calitatea persoanei juridice de a fi subiect al acordului de recunoaștere a vinovăției, precum și participarea inculpatului și a apărătorului acestuia în ședința de judecată¹². Aspectele de drept comparat au menirea de a consolida și mai mult, prin diferențierile de reglementare legală, instituția „negocierii” în procesul penal, știindu-se faptul că, în rândul statelor din întreaga lume, există deosebiri considerabile în ceea ce privește implementarea acestei proceduri în sistemul justiției penale. Din acest considerent, punctele de vedere exprimate în această direcție converg către concluzia, conform căreia „*O analiză succintă a prevederilor legale ale altor state cu privire la procedura acordului de recunoaștere a vinovăției este necesară și utilă, dat fiind și faptul că tendința actuală în ceea ce privește legislația majorității statelor este aceea de unificare, iar procesul de uniformizare poate fi observat doar în condițiile cunoașterii fiecărei prevederi în parte (...)*”¹³. Acest silogism ar fi, mai degrabă, o veritabilă aplicabilitate a principiului «unitate în diversitate», dacă acest lucru ar fi cu puțință, dat fiind diferențierile care există între sistemele juridice din întreaga lume, așa cum este cazul sistemului de common-law sau cel romano-germanic din Europa continentală, spre exemplu. Însă, trebuie precizat faptul că, dincolo de deosebirile esențiale ale procedurii speciale a acordului de recunoaștere a vinovăției, fiecare formă procesuală reglementată de diferite state recunoaște garanțiile procesuale ale participanților la procesul penal, cu avantaje pentru inculpat privind reducerea substanțială a pedepsei penale pentru infracțiunea săvârșită¹⁴.

Concluzie

Având în vedere toate aceste chestiuni de drept procesual penal prezentate în lucrarea de Drept procesual penal, apreciez că aceasta abordează, în mod complex și complet, toate temele de bază ale procesului penal, dând posibilitatea studenților de la specializarea științe juridice să-și însușească noțiunile, principiile și instituțiile esențiale ale dreptului procesual penal, în așa fel încât să răspundă nevoilor lor de accedea la profesiile juridice, pentru care se pregătesc.

¹¹ A se vedea, în acest sens, comentarii detaliate ale practicii judiciare: Trib. Mureș, Sent. pen. nr. 158 din 15 decembrie 2018; Trib. Ialomița, Sent. pen. nr. 15 din 23 ianuarie 2019, în D. Magherescu, 2019, *op. cit.*, p. 138-177.

¹² A se vedea D. Magherescu, 2019, *op. cit.*, p. 39-66.

¹³ A se vedea I. Păcurariu, *op. cit.*, p. 46.

¹⁴ *Idem*, p. 45-60.

În calitatea lor de viitori practicieni ai dreptului, indiferent de domeniul în care vor activa după desăvârșirea studiilor universitare, aceștia au nevoie de instrumente juridice teoretice și practice, care să-i ajute să înțeleagă instituțiile juridice în materie. Din acest punct de vedere, consider că acest curs de Drept procesual penal, la care am făcut referire în această lucrare, răspunde pe deplin nevoilor lor și constituie, în acest sens, un veritabil instrument de lucru, care să-i ajute să formuleze teze pertinente cu privire la instituțiile dreptului procesual penal.

Librăria ta de carte de specialitate juridică, economică și business

Din 2008 suntem
alegerea lor...

TU?



Cursuri universitare • Tratamente • Monografii • Coduri • Legislație • Jurisprudență • Reviste de specialitate

www.ujmag.ro



Bd. Iuliu Maniu nr. 7, clădirea Cotroceni Business Center corp C,
sector 6, București (lângă AFI MALL)

021.312.22.21 | 0733.673.555 | comenzi@ujmag.ro



instrument
de pregătire
profesională

PARTENERIAT Suntem o comunitate impresionantă
– peste 40.000 de membri activi

ONLINE Conținut juridic de calitate disponibil
de pe orice dispozitiv:
laptop, mobil sau tabletă

REZULTATE Puteți accesa informații juridice reale, certificate
editorial, necesare activității dvs., în orice moment,
sub semnătura specialiștilor recunoscuți în domeniu

TRADIȚIE În 20 de ani am devenit cel mai important actor al
pieței editoriale juridice! Peste 2.000 de titluri,
1.000 de autori, 12 reviste juridice. Acum și online!

ARTICOLE Peste 10.000 de pagini de conținut
profesional structurat pe 12 secțiuni,
pentru a facilita accesul la conținutul relevant

LEGISLAȚIE Modificări legislative, legi promulgate,
decizii CCR și ICCJ, proiecte de legi

ALĂTURĂ-TE CELOR 40.000 de profesioniști!
BENEFICIAZĂ de avantajele contului premium: GO PREMIUM!
Testează și convinge-te!